

A falta de competência dos Juizados Especiais Criminais para conhecer e julgar os crimes de abuso de autoridade e a impossibilidade de aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995. Uma proposta de jurisdição constitucional.

ANDRÉ LUIS CARDOSO (*)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Teoria do Bem Jurídico – Princípios Constitucionais e os Bens Jurídicos tutelados pela Lei 4.898 de 9 de dezembro de 1965. 2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Proteção de Bens Jurídicos que se fundam na Dignidade da Pessoa Humana e que são inerentes aos Direitos e Garantias Fundamentais - Afronta a Direitos Individuais e Coletivos. 2.2. Princípios Constitucionais Informadores da Administração Pública – Afronta aos Princípios da Moralidade e da Legalidade. 3. Interpretação constitucional – Técnica de Decisão – A Declaração de Nulidade Parcial sem Redução de Texto em face da Inconstitucionalidade de se incluir o Crime de Abuso de Autoridade entre os de Menor Potencial Ofensivo. 4. Considerações Finais.

1) INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 98, inciso I determinou a criação, pela União, Distrito Federal, Territórios e Estados, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, competentes para julgamento das causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Para dar aplicabilidade ao comando constitucional, o legislador ordinário criou a Lei 9.099/95, que definiu no art. 3º, as causas cíveis de menor complexidade e, no art. 61, os crimes de menor potencial ofensivo. Contudo, a Lei 9.099/1995 ficou restrita à Justiça Estadual, havendo, assim, uma inconstitucionalidade por omissão, relativa, no que tange à não regulamentação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Jurisdição Federal⁽¹⁾.

Suprindo a inconstitucionalidade apontada, em boa hora, o legislador ordinário criou, no âmbito da Justiça Federal, com a Lei 10.259/2001, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, fixando, no parágrafo único do artigo 2º a

(1) Nesse sentido STRECK, Lenio Luiz. "Os Juizados Especiais Criminais à Luz da Jurisdição Constitucional: A filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto".

competência para conhecer e julgar os crimes cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, ou multa e, no art. 3º, a competência para o julgamento das causas cíveis até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

Observa-se que, não só no que tange às causas criminais, mas também no atinente às causas cíveis, o legislador infraconstitucional da Lei 9.099/1995 utilizou critério de definição de causas cíveis de menor complexidade e de crimes de menor potencial ofensivo, de questionável constitucionalidade.

No mesmo equívoco constitucional incorreu o legislador da Lei 10.259/2001, e mais, criando celeuma no mundo jurídico, haja vista a criação de crimes de menor potencial ofensivo nos diferentes âmbitos jurisdicionais, indo de encontro ao princípio constitucional da isonomia.

Tendo em vista o tema do presente trabalho, sendo certo que não pretendemos, aqui, escrever um tratado sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, mas tão somente uma abordagem sobre jurisdição constitucional em vista da falta de competência para julgamento dos crimes de abuso de autoridade pelos Juizados Especiais Criminais, é que deixaremos de fazer considerações atinentes aos Juizados Especiais Cíveis e aos critérios adotados pelo legislador para fixação de sua competência.

Com o advento da Lei 10.259/2001, e buscando-se uma interpretação do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/2001 compatível com os princípios constitucionais, mormente o da igualdade, a doutrina erigiu que houve a revogação do art. 61 da Lei 9.099/95, sendo, hoje, crime de menor potencial ofensivo, qualquer crime cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, ou multa. Como não houve, no parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01, qualquer restrição aos crimes que possuem procedimentos especiais, se entendeu que esses com a nova definição também estariam abrangidos pela competência dos Juizados, sendo a eles aplicáveis as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, quais sejam, a composição civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo ⁽²⁾.

Com isso, houve uma drástica ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo que, ao invés de atender aos apelos sociais, por uma política criminal realmente de ajuste aos ideais jurídico-penais modernos e de justiça, que sim, daria uma resposta eficaz à criminalidade de baixíssima potencialidade, criou um vasto rol de delitos que, não obstante ofenderem bens jurídicos de vasto interesse social, passaram a ser considerados de menor potencial ofensivo - à luz da Lei 10.259/01 - e, portanto, merecedores das medidas despenalizadoras previstas no art. 98 da CRFB/88 e na Lei 9.099/95.

Insta comentar, ainda, a triste redação e que, com certeza, dará ensejo a novas discussões acerca da ampliação do rol de crimes de menor potencial ofensivo,

⁽²⁾ Citamos a composição civil porque, conforme previsto no art. 74 da Lei 9.099/1995, tal instituto tem como característica a despenalização, uma vez que acarreta a renúncia ao direito de representação. Contudo, no caso de crimes de ação penal pública incondicionada, como o de abuso de autoridade, a eventual composição civil não surtiria o efeito de impedir a persecução criminal.

feita pelo legislador na novel Lei 10.741/03, o denominado Estatuto do Idoso. Em seu art. 94, menciona que aos crimes previstos naquela Lei, **cuja pena máxima não exorbite 4 (quatro) anos**, é aplicado o procedimento previsto na Lei 9.099/95⁽³⁾. Uma interpretação açodada e sem levar em conta os bens jurídicos protegidos pelo Estatuto do Idoso, certamente, levará ao cometimento de injustiças⁽⁴⁾.

Com isso, pretende-se demonstrar nesse trabalho que o legislador ordinário não tem o poder de definir o que seja crime de menor potencial ofensivo, jogando por terra a teoria do bem jurídico, e estabelecer como critério para aferição da potencialidade ofensiva, simplesmente, a quantidade de pena máxima aplicável.

Por ser o representante da vontade geral, não pode o Legislador, à toda evidência, criar leis que afrontem princípios constitucionais e desatendam o interesse social, deixando de lado a teoria do bem jurídico.

Assim, crimes como o de abuso de autoridade, que afrontam diretamente princípios constitucionais criados para proteção da dignidade e da própria pessoa humana, e princípios ligados ao primado da autoridade do Estado e da administração pública, não podem ser tidos como de menor potencial ofensivo.

Dessarte, a Jurisdição Constitucional existe para corrigir essas imperfeições criadas pelo Poder Legislativo, e para tanto, aplicam-se métodos de interpretação constitucional buscando a primazia da Constituição, que, como bem ensina CANOTILHO, é a lei fundamental e suprema de um Estado⁽⁵⁾.

2) A TEORIA DO BEM JURÍDICO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA LEI 4.898 DE 9 DE DEZEMBRO DE 1965

O escopo imediato e primordial do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos que, segundo LUIZ RÉGIS PRADO, são essenciais ao indivíduo e à comunidade. Isso decorre da própria concepção de Estado de Direito democrático. A tutela penal, portanto, só é legítima quando socialmente necessária e imprescindível para a vida em sociedade⁽⁶⁾.

E ainda, segundo o citado autor, *“o bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e possui suficiente importância para manter a livre convivência social. O conceito material de bem jurídico reside na*

⁽³⁾ Art. 94 da Lei 10.741/03: “Aos crimes previstos nesta Lei, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse 4 (quatro) anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, e, subsidiariamente, no que couber, as disposições do Código de Processo Penal.”

⁽⁴⁾ DAMÁSIO DE JESUS, em artigo jurídico que pode ser encontrado no site www.damasio.com.br, entende que o referido dispositivo do Estatuto do Idoso não promoveu nova ampliação do rol de crimes de menor potencial ofensivo, mas tão somente determinou a aplicação do procedimento previsto na Lei 9.099/95, mais célere, portanto, conferindo maior rapidez ao processo.

⁽⁵⁾ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

⁽⁶⁾ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*, p. 82.

realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário" (7).

Como se evidencia, o Constituinte Originário elevou à proteção constitucional determinados bens jurídicos, valorando cada um e tutelando-os de acordo com os princípios constitucionais, ou normas-princípio. Como escreveu PONTES DE MIRANDA, "os sistemas jurídicos são sistemas lógicos, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos" (8), pelo que se pode concluir que a função do direito é dar valor às situações da vida e regulá-las, distribuindo-as entre os seus destinatários.

Os bens jurídicos, então, foram devidamente valorados pelo Constituinte Originário e protegidos mediante a criação de princípios constitucionais.

Segundo LUÍS ROBERTO BARROSO, "os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição, como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que "costuram" suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos" (9). Sendo assim, a partir da valoração do constituinte sobre determinadas realidades encontradas na sociedade, criando normas-princípio visando à proteção de determinados bens jurídicos, não pode o legislador ordinário, sob pena de infringir a harmonia do sistema constitucional, e a hierarquia existente, levando à inconstitucionalidade, adotar critérios outros para medir a ofensividade de determinado(s) delito(s) deixando de lado a observância ao bem jurídico.

É óbvio que a tutela do bem jurídico de relevância constitucional não fica a cargo apenas do constituinte. O legislador ordinário irá definir os tipos de injusto e proceder à cominação da pena em abstrato, prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, e ainda criar substitutivos penais e medidas despenalizadoras, mas para isso deverá fazer uma valoração dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Dessa forma, o legislador ordinário não está autorizado a estabelecer, sem qualquer limitação, o que seja crime de menor potencial ofensivo (10).

Nesse diapasão, o rompimento legislativo causado com a criação da Lei 9.099/95 e ampliado pela Lei 10.259/01, em relação à Teoria do Bem Jurídico, leva à conclusão de que a norma prevista no art. 61 da Lei 9.099/95, com a ampliação

(7) *Idem*, p. 83.

(8) MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, 1954, T. 1, p. IX.

(9) BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva, pp. 150 e ss.

(10) Segundo LENIO LUIZ STRECK, criminalizar e descriminalizar condutas devem estar "umbilicalmente ligadas aos propósitos do núcleo político essencial da Constituição". Para o citado autor, o legislador não tem a liberdade para legislar da forma que detinha segundo o paradigma liberal-iluminista.

oriunda do art. 2º da Lei 10.259/01, no que se refere a alguns crimes previstos na legislação pátria, ente eles o de abuso de autoridade, é inconstitucional.

A Lei 4.898/65 tutela bens jurídicos não só de cunho individual, mas ligados diretamente à administração pública e à própria autoridade do Estado que cai no descrédito quando um de seus agentes pratica quaisquer das condutas previstas nos arts. 3º e 4º da mencionada lei.

Por esse prisma, editar normas que se contraponham ao comando existente nas normas-princípios, mormente as que se revelam existentes visando a tutelar a realização dos objetivos constitucionais do Estado, devem ser tidas como inconstitucionais.

Não é difícil apontar quais princípios constitucionais se estão afrontando, ao considerar de forma meramente nominativa, o crime de abuso de autoridade como de menor potencial ofensivo. São eles: o princípio da dignidade da pessoa humana, e respectivamente o direito à liberdade, à proteção à propriedade, à intimidade, à liberdade de religião e de opinião, de associação e reunião, legados ao exercício do voto, à incolumidade física, e direito à liberdade de exercício de profissão. Em última análise, todos de cunho extremamente democráticos. A Constituição cidadã, inclusive, traz como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, visto quão importante é o citado princípio para um povo que sofreu durante anos nas mãos de um Estado comandado por um regime ditatorial. Um Estado em que a polícia e a maioria dos Órgãos Públicos, mormente aqueles sem qualquer independência, estavam voltados não a serviço da sociedade, mas aos fins da ditadura militar.

De outra banda há também outros princípios constitucionais que foram, à toda evidência, burlados ao se nominar o crime de abuso de autoridade como de menor potencial ofensivo. Podemos aqui mencionar os princípios ligados à administração pública, mormente os da legalidade e da moralidade, pois não se pode olvidar que o crime de abuso de autoridade também viola bem jurídico que diz respeito ao exercício da autoridade do Estado, uma vez que leva ao descrédito a autoridade dos agentes do Estado quando atos de tal natureza são praticados.

Os bens jurídicos tutelados pela Lei de Abuso de Autoridade expressam um interesse público de alta significação, e não podem ser postos em pé de igualdade com outros bens jurídicos de expressão apenas individual.

Por esse mesmo motivo é que, nos crimes de abuso de autoridade, o preceito secundário não possui apenas um caráter penal, cominando abstratamente a pena restritiva de liberdade imposta pelo desatendimento do preceito primário, mas também administrativo. Basta a singela leitura do art. 6º § 5º da Lei 4.898/65, para se notar que cumulativamente à pena restritiva de liberdade, ou autonomamente, será imposta a sanção administrativa ali prevista, e isso caso não seja aplicada a pena prevista na letra c do § 3º do mesmo artigo, também de natureza administrativa, e que se traduz de maior gravidade.

A afronta direta, e a evidente inconstitucionalidade material, na aplicação da denominação “de menor potencial ofensivo” ao crime de abuso de autoridade é latente, visto que vai de encontro a princípios constitucionais fundamentais ao Estado e que são inerentes aos Direitos e Garantias individuais.

2.1) PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS QUE SE FUNDAM NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E QUE SÃO INERENTES AOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS – AFRONTA A DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil é, como já assinalado princípio que detém força atrativa de todos os direitos e garantias fundamentais, ou seja, um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais ⁽¹¹⁾.

Nesse sentido, ALEXANDRE DE MORAES entendendo que *“Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos”* ⁽¹²⁾.

A idéia que se pode retirar é a de que a dignidade da pessoa humana se fundamenta na proteção de valores individuais não apenas de cunho pessoal, mas que integram um bem jurídico de interesse social, uma vez que há importância social na proteção de valores como a liberdade, a intimidade, o direito de livre reunião e associação, a inviolabilidade da casa, a integridade física.

Para tanto basta nos colocarmos em lugar comum, qual seja, de qualquer do povo, para que possamos sentir a repulsa, como qualquer um sente, quando escutamos pelos meios de comunicação atos de autoridades públicas que ferem de morte os direitos fundamentais, mesmo que praticados contra uma única pessoa. O sentimento comum está ligado a esses valores que se encontram diluídos no seio social, por serem naturalmente inerentes aos seres humanos. De certo, a liberdade, aqui em sentido amplo, é inerente a qualquer ser humano, e num Estado de Direito democrático, apenas excepcionalmente, pode ser suprimida.

⁽¹¹⁾ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros, p.109. O autor chama a atenção, ainda, citando CANOTILHO e VITAL MOREIRA, para o fato de que o sentido de dignidade da pessoa humana possui amplo sentido normativo-constitucional e não simplesmente uma idéia de homem, aprioristicamente falando, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser relativizada para, unicamente, se prestar à proteção de direitos pessoais tradicionais.

⁽¹²⁾ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Jurídica Atlas, p. 48.

Como base da existência da pessoa humana, a dignidade da pessoa humana agrega os direitos fundamentais encartados no art. 5º da Constituição Cidadã, que tutelam bens jurídicos que são, e não poderiam deixar de ser, também tutelados pela Legislação Penal infraconstitucional, qual seja a Lei 4.898/65, que em seus arts. 3º e 4º tipificam as diversas condutas que retratam abuso de autoridade.

Atentar contra o direito de livre locomoção, ínsito a qualquer ser humano, garantia constitucional abrigada pelo ordenamento constitucional, ínsita à tutela da liberdade, significa atuar em sentido contrário às conquistas democráticas e que hoje, também integram, por estarmos em um Estado de Direito democrático, os fundamentos do próprio poder público. O Estado, dessa forma, tem a obrigação de dar efetivo cumprimento ao comando constitucional e encetar medidas inerentes à tutela da liberdade. Portanto, não podem seus agentes, mandatários ou não, atentar contra a liberdade de locomoção.

O art. 5º, inciso XV declara a liberdade de locomoção e de circulação como sendo o direito de livre locomoção no território nacional, e direito de ir e vir de qualquer cidadão ou estrangeiro. Pode, portanto, a pessoa ir para onde quiser, a hora que quiser, não sendo obrigada a dar satisfação a qualquer agente público. Não obstante, deve ser frisado que essa liberdade não possui caráter absoluto, como qualquer princípio constitucional. É o caso, por exemplo, de pessoas que cumprem penas restritivas de direitos, ou se submetem a suspensão condicional da pena, que nestes casos não podem mudar suas residências sem prévia comunicação judicial, ou deixar a comarca por mais de 30 dias sem prévia autorização. Nestes casos, por transgressão às normas da Lei Penal, essas pessoas possuem restrições a sua liberdade de ir e vir. O mesmo se diga daquele indivíduo que se encontra preso, cautelarmente ou definitivamente. Nesses casos, a própria Constituição excepciona o princípio da liberdade, em nome da segurança pública, do pleno e harmonioso convívio social, uma vez que houve transgressão de uma norma de conduta penal – violação a outro bem jurídico constitucionalmente tutelado – conforme se infere dos incisos XLII, XLIII, XLV, XLVI, XLVIII, LIII, LIV, LXI todos do art. 5º da Constituição da República.

Atente-se, contudo, para o fato de que, não obstante não possuir caráter absoluto o direito de liberdade, este é tutelado de tal forma que apenas ao Poder Judiciário cabe a análise e decretação de medidas restritivas da liberdade, conforme os incisos LXI, LXII e LXV do art. 5º. ^(13 14)

⁽¹³⁾ No caso da prisão em flagrante, não obstante haver prisão sem mandado judicial, a aferição da legalidade e da necessidade da prisão cautelar é feita *a posteriori* pelo Juiz.

⁽¹⁴⁾ Exceção, contudo, quanto à prisão de caráter eminentemente militar, quando se tratar de punição por infração às regras administrativas castrenses, como se depreende do art. 142, § 2º da CRFB/88. Trata-se de ato administrativo emanado pela autoridade militar e, nesse caso, não cabe *habeas corpus* para cindir-lhe o mérito. Contudo, em homenagem ao princípio da razoabilidade, caberá a ação constitucional quando se tratar de questionamento não atinente ao mérito do ato, mas sim aos requisitos do mesmo, mormente quando a autoridade militar não for a competente para determinar a prisão.

E não pára por aí. Outros incisos previstos no art. 5º indiciam que o Legislador Constituinte deu grande valor à liberdade, reconhecendo, inclusive, o *habeas corpus* como sendo o remédio para sanar o abuso.

Constata-se que o Constituinte valorou como sendo de forma mais grave a violação a bens jurídicos inerentes à liberdade do cidadão, e isso, como já havíamos dito, deflui de uma experiência da vida real, e que, no Brasil, amargou-se durante décadas, quando estivemos subjugados pela força bruta inerente a uma ditadura militar.

Ninguém duvida de que o ato de um policial, oficial de justiça, membros do Judiciário ou do Ministério Público, ou qualquer outro agente público, exercendo mandato eletivo ou não, que afronta o direito de liberdade, constitucionalmente tutelado e valorado como fundamento da República, viola bem jurídico que expressa um interesse público de alta significação social ⁽¹⁵⁾, não podendo, dessa forma, o Legislador, conformá-lo como sendo de menor potencial ofensivo.

A casa também foi alvo de resguardo constitucional, sendo inviolável, conforme o inciso XI do art. 5º. A Lei de Abuso de Autoridade trata na alínea *b* do art. 3º do fato típico que é a violação do domicílio. O Constituinte Originário preferiu chamar de casa porque possui sentido mais amplo do que o domicílio civil do direito privado ⁽¹⁶⁾.

A valoração do constituinte em relação ao princípio da inviolabilidade domiciliar também foi feita de forma a ascendê-lo como sendo de interesse público e voltado a garantir a paz da pessoa no seu lar ou no ambiente de trabalho, tanto que fez previsão da cláusula de reserva jurisdicional (como ocorre na restrição da liberdade). Dessa forma, outras autoridades públicas, comissões parlamentares de inquérito, que não a autoridade judiciária não podem determinar a busca e apreensão domiciliar. Importante ressaltar que o princípio não é absoluto, guardando exceção no próprio inciso.

O sigilo de correspondência também encontra guarida no texto constitucional, havendo inclusive entendimentos de que é direito individual absoluto não podendo, de qualquer forma, ser violado. Não obstante, entendemos que não existe liberdade individual absoluta, e, portanto, dentro de uma ponderação de interesses, em que se revelará a aplicação da razoabilidade, se no caso concreto for necessário, é permitida a apreensão de correspondência e de comunicações telegráficas ^(17 18).

⁽¹⁵⁾ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*

⁽¹⁶⁾ Conforme informa ALEXANDRE DE MORAES em sua obra *Direito Constitucional*, o STF “pacificou que domicílio, numa extensão conceitual mais larga, abrange até mesmo o local onde se exerce a profissão ou a atividade, desde que constitua um ambiente fechado ou de acesso restrito ao público, como é o caso típico dos escritórios profissionais.”

⁽¹⁷⁾ Posição da 1ª Turma do STF, HC nº 70.814/SP – O Supremo Tribunal Federal entendeu no julgamento do mencionado *habeas corpus* que as liberdades públicas não podem ser utilizadas para salvaguardar atividades criminosas.

⁽¹⁸⁾ Sobre o tema da admissão das provas ilícitas no processo penal e da aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, consultar importante trabalho da lavra do Professor SERGIO

De toda forma, é certo afirmar que o texto constitucional não fez qualquer exceção quanto ao sigilo de correspondência, e a quebra do sigilo só é aceita quando da análise do caso concreto, e se não for razoável manter-se o sigilo dentro de uma ponderação de interesses e frente às especificidades do caso. Assim, se a única possibilidade de afastamento do sigilo advém de decisão judicial e, somente se, da análise do caso concreto se constatar que a manutenção do sigilo afrontará princípios outros da Constituição, igualmente fundamentais e garantidores das liberdades públicas, não se diga que pode o Legislador Ordinário em descompasso aos interesses dos cidadãos que o elegeu, denominar de menor potencial ofensivo a conduta enquadrada na alínea c do art. 3º da Lei de Abuso de Autoridade ⁽¹⁹⁾.

É evidente a alta periculosidade desse tipo de conduta delituosa para a sociedade. Imagine-se o mal que um agente inescrupuloso pode causar à vida de uma pessoa de bem – ou até mesmo de um criminoso – se não fosse elevado a bem jurídico tutelado como liberdade pública, o sigilo de correspondência. Certamente o indivíduo estaria à mercê de chantagens, e de outra banda, o Poder Público estaria comprometido, pois certamente a investigação policial ou o processo criminal seriam utilizados para fins ilícitos, mormente para captação de vantagens indevidamente e de investigações obre a vida privada.

A proteção à liberdade de consciência e de crença (alíneas d e e do art. 3º), a exemplo dos bens jurídicos acima mencionados, também encontra fundamento constitucional nos incisos IV, V, IX (liberdade de manifestação e de consciência) e VI (liberdade de consciência e crença religiosa). Sem qualquer sombra de dúvida, tais liberdades importam à sociedade como um todo, pois é inerente ao próprio ser humano o pensamento e a possibilidade de livre manifestação, bem como o de crer naquilo que quiser e ser adepto da religião que quiser. Ora, a violação de tais direitos, tais como a proibição de fiéis em manifestar sua devoção publicamente, é ato que deve ser repudiado, e encontra amparo para medidas efetivas na Lei de Abuso de Autoridade.

Também as liberdades de associação e de reunião, tipificadas nas alíneas f e h do já mencionado artigo de lei encontram tutela de liberdade pública nos incisos XVI (direito de reunião) e XVII, XVIII, XIX, XX (liberdade de associação), todos do art. 5º da CRFB/88.

A rigor da liberdade de reunião, verifica-se da simples leitura do inciso XVI que os indivíduos não necessitam de autorização da autoridade para se reunirem, mas tão somente devem comunicar previamente a reunião, a fim de evitar problemas à ordem, a única obrigação é a de que não impeçam reunião já previamente marcada para o mesmo local. Note-se que o texto constitucional se

DEMORO HAMILTON, intitulado "As Provas Ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e a Autofagia do Direito", in *Processo Penal - Reflexões*, Ed. Lumen Juris.

⁽¹⁹⁾ A proteção jurídico-penal do art. 3º, letra c se estende também para o sigilo de dados e de comunicações telegráficas. Inclui-se também a situação do correio eletrônico, desde que se entenda que possui a natureza jurídica de correspondência.

refere apenas às hipóteses em que a reunião se dará em locais abertos ao público, excluindo a reunião em propriedade particular. Nesse último caso, por certo, salvo os casos de reunião para a prática de crimes, em nenhuma hipótese poderá ser frustrada.

Da mesma forma, o direito de associação que também mereceu guarida da Constituição da República, elevado a condição de liberdade pública, tem cunho social, visto que a violação do bem jurídico ali em questão atingirá inúmeras pessoas que, em um Estado de Direito democrático, querem, e podem, exercer a sua liberdade e se associarem. Há restrição apenas para os casos de associação para fins criminosos e de cunho paramilitar.

Mais uma vez vê-se que a tutela das liberdades públicas, agora atinente ao direito de associação, ganhou ampla valoração pelo constituinte que reservou ao Poder Judiciário, com a garantia do devido processo legal, o poder de extinguir ou suspender as atividades de uma associação. No primeiro caso exige-se, conforme o texto constitucional, o trânsito em julgado.

Quanto ao direito de voto, a fim de se manter a lisura das eleições, e para assegurar o princípio democrático, além das normas penais tipificadas no Código Eleitoral e em outras leis especiais, a Lei 4.898/65, na alínea g do art. 3º, fez previsão de tipo específico para os casos em que as autoridades públicas desrespeitarem os direitos e garantias legais do direito de voto.

A tutela constitucional do direito de voto encontra abrigo no art. 14 da Constituição da República, que também está entabulada no título II e, em sendo assim, também se traduz em um direito fundamental do cidadão. A soberania popular para escolha dos representantes do povo é realizada por um procedimento eleitoral, sendo assegurado a todos os cidadãos o livre direito de exercer o sufrágio universal, o que assegura a efetivação de um regime democrático, em que o povo pode escolher aqueles por quem será governado, e seus representantes nas casas políticas legislativas.

Nem de longe é de menor potencial ofensivo a conduta de uma autoridade que pretende violar o direito do cidadão ao voto, mormente o que se vê no interior do país, em regiões onde ainda impera o coronelismo.

A Constituição buscou assegurar a legitimidade do processo eleitoral, assegurando, como direito fundamental, o voto, sendo que o legislador infraconstitucional, mesmo que sem muito avanço, atendendo a Constituição, editou leis visando a coibir práticas que atentam contra a legitimidade do processo eleitoral e, em última análise, a própria democracia, sendo exemplos o próprio Código Eleitoral (Lei 4.737/65) recepcionado pela atual Constituição, a Lei Complementar nº 64 de 1990 (Lei das Inelegibilidades)⁽²⁰⁾, entre outros instrumentos legais para manter a lisura e a legitimidade das eleições. Vê-se que todos são instrumentos necessários ao Estado de Direito democrático.

⁽²⁰⁾ A Lei das Inelegibilidades, na visão de FÁVILA RIBEIRO, é importante instrumento de combate ao abuso de poder, sendo que não se limitou a reajustar as espécies de inelegibilidade; segundo o citado autor, "Não somente viabilizou a aplicação da ação implantada no art. 14, §§ 10 e 11, que abre

Nessa pegada, não pode o legislador infraconstitucional, por outro lado e na contramão das garantias fundamentais e das aspirações sociais, tratar como de menor potencial ofensivo o crime de atentar contra o livre direito ao exercício de voto, quando praticado por autoridade pública. É inerente ao máximo interesse social, e assim foi valorado pelo constituinte originário, que a liberdade de voto não seja, de qualquer forma, violada. A tutela desse tipo de liberdade visa a atender a própria idéia de poder que se encontra no parágrafo único do art.1º da Constituição da República.

Imagine-se em uma cidade interiorana, cuja população é formada em sua maioria por camponeses, que pouco conhecem as garantias e direitos que possuem e temem as autoridades constituídas e ainda aquelas pessoas que, por exercerem alguma função pública, a rigor do art. 5º da Lei 4.898/65 também são consideradas autoridades para os efeitos da lei, e nessa cidade, quando do processo eleitoral para Prefeito, determinados mesários coagem os eleitores a votar em determinado candidato. Ora, evidente que a conduta se amolda à alínea g do art. 3º da Lei 4.898/65, e seria absurdo que tudo se resolvesse em prestação alternativa de cesta básica, e não fosse possível ao Juiz a aplicação das sanções administrativas previstas na Lei de Abuso de Autoridade.

A incolumidade física do indivíduo também foi alvo de tutela penal pela Lei de Abuso de Autoridade, uma vez que a Constituição, em seu art. 5º, inciso III foi incisiva ao proibir a tortura e qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante. À toda evidência não pode um policial militar, sob o argumento de ter sido desacatado por uma pessoa, desferir-lhe um tapa no rosto. Além de ser inerente ao agente público o respeito ao cidadão, criminosos ou não, estando no momento representando o Poder Público deve se pautar seguindo os princípios constitucionais informadores da administração pública, mormente os da moralidade e da legalidade.

A resposta penal deve ser adequada e, sendo assim, não pode o agente que, de forma violenta, humilhante e degradante, pratica abuso de autoridade ser punido com uma simples prestação de serviço como forma de prestação alternativa. Por certo, tratando-se de conduta inerente à tortura, não há qualquer discussão, até porque a quantidade de pena não permitiu ao legislador nominar tais crimes como de menor potencial ofensivo – até quando?

Por último, a alínea j do citado artigo prevê a tutela do bem jurídico inerente ao livre exercício profissional. A Constituição tem no trabalho e na livre iniciativa (inciso IV do art. 1º) um princípio fundamental. Agregue-se a isso o que consta do inciso XIII, direito da pessoa de exercer qualquer trabalho ou profissão, desde que, é claro, caso haja regulamentação legal essa seja atendida.

margem à investida judicial anulatória após efetivada a diplomação, pelo prazo de quinze dias, diante de provas de abuso de poder, corrupção ou fraude” – Abuso de Poder no Direito Eleitoral – Ed. Forense.

O art. 4º da Lei 4.898/65 define outros tipos de abuso de autoridade, levando em consideração especialmente a autoridade que os comete, mas tutelando os mesmos bens jurídicos já analisados nas linhas acima.

Como se vê, as condutas definidas como crimes na Lei 4.898/65 não são e nunca poderiam ser de menor potencial ofensivo, uma vez que afrontam a dignidade da pessoa humana e diversos direitos fundamentais tidos como liberdades públicas, sendo certo, ainda, afirmar que o exercício dessas liberdades e o respeito das autoridades constituídas a esse exercício é que caracterizam um Estado como sendo de Direito democrático.

Não paira dúvida de que o legislador infraconstitucional, portanto, não estava autorizado a isonomizar os crimes em que a pena máxima não seja superior a dois anos, denominando-os de menor potencial ofensivo, cabendo a realização de interpretação constitucional para corrigir essa imperfeição legislativa e resgatar a autoridade da Teoria do Bem Jurídico.

2.2) PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA LEGALIDADE

Não só a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana é evidente, mantendo-se a interpretação que hoje é conferida, no sentido de aplicação do art. 61 da Lei 9.099/95, modificado pelo art. 2º da Lei 10.259/01. Insta apontar que a aplicação dos citados dispositivos afronta os princípios que informam a administração pública, mormente os da moralidade e da legalidade e, em última análise, o primado da autoridade.

A moralidade administrativa, como bem salienta EMERSON GARCIA, “é extraída do próprio ambiente institucional, condicionando a utilização dos meios (*rectius*: poderes jurídicos) previstos em lei para o cumprimento da função própria do Poder Público, a criação do bem comum, o que denota um tipo específico de moral fechada, sendo fruto dos valores de um círculo restrito ocupado pelos agentes públicos. Enquanto a moral comum direciona o homem em sua conduta externa, permitindo-lhe distinguir o bem do mal, a moral administrativa o faz em sua conduta interna, a partir das idéias de boa administração e de função administrativa, conforme os princípios que regem a atividade administrativa”⁽²¹⁾.

Como se vê o Poder Público deve prover o bem comum, devendo seus agentes se pautar de forma condizente com os ditames administrativos, conduzindo-se, em seu atuar, sem a prática de condutas que afrontam os direitos fundamentais, pois, assim agindo, estarão faltando com o dever de proteção que tem o Poder Público para com o povo.

Devem os agentes observar os valores inerentes à atividade estatal, não perdendo de vista que seus atos defluem diretamente da lei, e não apenas de

⁽²¹⁾ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*, p. 42.

suas vontades. Ainda com EMERSON GARCIA, “A moralidade limita e direciona a atividade administrativa, tornando imperativo que os atos dos agentes públicos não subjuguem os valores que defluem dos direitos fundamentais dos administrados, o que permitirá a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana. Além de restringir o arbítrio, preservando a manutenção dos valores essenciais a uma sociedade justa e solidária, a moralidade confere aos administrados o direito subjetivo de exigir do Estado uma eficiência máxima dos atos administrativos, fazendo que a atividade estatal seja impreterivelmente direcionada ao bem comum, buscando sempre a melhor solução para o caso” (22).

Dessa forma, o Legislador também não está livre para a prática de atos legislativos destituídos da observância desses valores constitucionais, não podendo criar lei que entre em rota de colisão com o conteúdo material do texto constitucional, mormente que visa a resguardar a atuação dos agentes públicos. O atendimento ao princípio da moralidade é o que também se busca com a tutela penal da Lei de Abuso de Autoridade, pois se a conduta moral dos agentes visa de certa forma a atender o bem comum e a dignidade da pessoa humana, aquele que infringe a norma penal incriminadora deve receber resposta penal adequada.

O princípio da legalidade exige a adequação do ato à lei e, em casos de abuso de autoridade, a atividade dos agentes infratores encontra-se totalmente destituída de legalidade. A lei não permite a atividade atinente a infringir as liberdades individuais, pelo contrário, a Constituição determina que o Estado observe as garantias fundamentais.

Não pode ser de menor potencial ofensivo a conduta que afronta diretamente bens jurídicos que se encontram espelhados em princípios constitucionais informadores da administração pública e do atuar de seus agentes, e que, em última análise, servem para conduzir o Poder Público na busca do bem comum e assim atender ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

3) INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL – TÉCNICA DE DECISÃO – A DECLARAÇÃO DE NULIDADE PARCIAL SEM REDUÇÃO DE TEXTO EM FACE DA INCONSTITUCIONALIDADE DE SE INCLUIR O CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE ENTRE OS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Após tudo isso, é possível se chegar à conclusão de que a aplicação genérica do art. 2º da Lei 10.259/01 para todos os crimes em que for abstratamente cominada a pena máxima não superior a 2 anos, acarreta inquestionável inconstitucionalidade, frente à afronta de bens jurídicos que pertencem a princípios constitucionais que revelam vasto interesse social.

A questão, portanto, deve ser resolvida pelo controle de constitucionalidade, ou seja, procedendo-se a uma Jurisdição Constitucional.

(22) *Op. cit.*, pp. 44/45.

Entre as técnicas de controle de constitucionalidade existentes, ao caso presente atende a da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Ressalte-se que não se confunde com a interpretação conforme a Constituição. Nesta se realiza a interpretação da norma de acordo com a Constituição e assim uma lei é considerada constitucional apenas com aquela interpretação, desconsiderando-se todas as outras. Na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, contrariamente, mantém-se o texto, mas exclui-se determinada hipótese de aplicação ⁽²³⁾, ou seja, a lei é tida como constitucional, desde que não se aplique a determinada hipótese.

É o que ocorre no caso do presente estudo. O art. 2º da Lei 10.259/01 é constitucional, desde que não aplicado ao crime de abuso de autoridade ⁽²⁴⁾.

A declaração de nulidade parcial sem redução de texto caracteriza-se pela exclusão de determinada interpretação, algum sentido que se possa extrair da norma, ou alguma hipótese de aplicação. A lei continua vigendo sem qualquer alteração de sua expressão literal, mas algumas hipóteses de aplicação são tidas como inconstitucionais ⁽²⁵⁾.

A técnica da declaração de nulidade parcial sem redução de texto impede que se retire do texto da norma inquinada de inconstitucional alguma expressão, o que, aliás, seria impossível, uma vez que o texto perderia sentido literal ⁽²⁶⁾. O que se retira da norma é determinado sentido ou hipótese de aplicação.

Conforme ensina LENIO STRECK, as sentenças que aplicam o instituto da nulidade parcial sem redução de texto ou a interpretação conforme a Constituição são interpretativas porque *“se afastam do cânone tradicional da interpretação do direito”*. Ambas as decisões, a que adiciona sentido à norma e a que retira de sua interpretação determinado sentido são formas de correção da atividade legislativa e, conforme LENIO, *“são manifestações dos Tribunais que longe estão da clássica função de ‘legislador negativo’, pois se assim não fosse, bastaria expungir o texto normativo do sistema, declarando-se-o inconstitucional”*. ⁽²⁷⁾

Uma vez que a aplicação do art. 2º da Lei 10.259/01 aos casos de crimes de abuso de autoridade é inconstitucional, uma vez que estaria em rota de colisão

⁽²³⁾ Conforme ensina LENIO LUIZ STRECK, *“Muito embora a confusão que se possa fazer entre a declaração de nulidade sem redução de texto com a interpretação conforme a Constituição, deve ficar claro, com GILMAR FERREIRA MENDES, que, enquanto nesta se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, naquela ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal”*.

⁽²⁴⁾ O art. 2º da Lei 10.259/01 é inconstitucional também, se aplicado para outros tipos penais, que apenas deixamos de mencionar porque o objeto central desse estudo é o crime de abuso de autoridade.

⁽²⁵⁾ ANDRADE, André. *“Dimensões da Interpretação Conforme a Constituição”*, in *A Constitucionalização do Direito* - 2003, p. 121.

⁽²⁶⁾ De acordo com CELSO RIBEIRO BASTOS, citado por ANDRÉ ANDRADE (p. 121), a técnica é comumente utilizada *“quando a norma é redigida em linguagem ampla e que abrange várias hipóteses, sendo uma delas inconstitucional”*.

⁽²⁷⁾ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, p. 480.

com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental, e que busca resguardar as liberdades públicas e, ainda, princípios inerentes à administração pública e ao Poder Público que, à toda evidência, resta maculado com o atuar criminoso de alguns agentes, cabe, enquanto não decidida a questão em sede de controle concentrado, que os Juízes singulares e os Tribunais decidam em controle difuso.

A aplicação da nulidade parcial sem redução de texto não é afeta apenas ao STF, podendo ser também levada a efeito pelos Tribunais e Juízes singulares, que fazem o controle difuso de constitucionalidade no julgamento do caso concreto. Isso decorre da interpretação que se deve dar ao parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868. Conforme ensina LENIO STRECK, *“ao estabelecer efeito vinculante às decisões decorrentes do controle abstrato de constitucionalidade, equiparou a declaração de inconstitucionalidade stricto sensu à declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto e até mesmo à interpretação conforme a Constituição. Isso significa dizer que, no caso específico, qualquer tribunal pode, além de declarar a inconstitucionalidade de uma lei – em sede de acolhimento total ou parcial quantitativa –, entender, por exemplo, que esta é somente parcialmente inconstitucional, permanecendo o dispositivo em sua literalidade”* ⁽²⁸⁾.

No caso do delito de abuso de autoridade, o Juízo singular para o qual for distribuído determinado processo, realizando decisão interpretativa de nulidade parcial sem redução de texto, como razão de decidir manterá vigente o dispositivo do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01, mas o interpretará de forma a dar-lhe uma releitura constitucional, e não o considerará como de menor potencial ofensivo. Isso porque sua incidência aos crimes de abuso de autoridade, por entrar em conflito material com princípios constitucionais fundamentais, é inconstitucional.

Não há óbice, como foi visto, para que Juízes e Tribunais realizem a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, mormente porque se funda no controle difuso que, historicamente, é desenvolvido pelo Judiciário brasileiro ⁽²⁹⁾, sendo certo ainda afirmar que tais formas de interpretação constitucional visam a manter no sistema determinadas leis em que se possa encontrar sentido constitucional, o que, aliás, facilita o trabalho legislativo. A própria Lei 9.868/99 permite que o judiciário corrija imperfeições nos textos aprovados pelo Legislativo.

4) CONSIDERAÇÕES FINAIS

A caracterização como crime de menor potencial ofensivo aos delitos de abuso de autoridade, levando-se em conta os bens jurídicos constitucionais que a Lei 4.898/65 visa a tutelar, deve ser tida como inconstitucional.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, p. 517.

⁽²⁹⁾ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2ª ed. pp. 34/ 35.

Assim, cabe ao Juiz singular, exercendo função judicante perante o respectivo Juizado Especial Criminal, declinar de sua competência para o juízo criminal comum, em face da inconstitucionalidade já apontada, o que não permitiria a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/95, atendendo ao interesse social na reprimenda penal de tais crimes.

Para tanto, o Juiz deve utilizar a técnica de decisão interpretativa da nulidade parcial sem redução de texto para abduzir da norma do parágrafo único do art. 2º da Lei 10.259/01 a hipótese de sua incidência ao crime de abuso de autoridade que, efetivamente, não pode ser classificado como sendo de menor potencial ofensivo, pois transgredir bens jurídicos interligados com princípios fundamentais.

Ainda, o Órgão do Ministério Público que funciona perante o Juizado Especial Criminal, da mesma forma, deve declinar de sua atribuição para uma Promotoria Criminal ou de Investigação Penal ⁽³⁰⁾, uma vez que, se o delito não é de menor potencial ofensivo, não se poderá julgá-lo no JECrim e muito menos promover a aplicação das medidas previstas na Lei 9.099/95.

Tais proposições visam simplesmente à adequada aplicação do art. 2º da Lei 10.259/01, que ampliou o rol dos crimes de menor potencial ofensivo, demonstrando a incorreção de sua aplicação aos crimes de abuso de autoridade, hipótese de clara inconstitucionalidade, revitalizando a aplicação da Constituição e, para tanto, enfocando a importância da Jurisdição Constitucional na realização do controle de constitucionalidade, que, infelizmente, vem sendo esquecida pelos Tribunais.

⁽³⁰⁾ O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro criou, no seu âmbito, Promotorias de Investigação Penal e sua atribuição e das Promotorias Criminais está regulada na Resolução PGJ nº 786/97 com as modificações advindas das Resoluções 966/01, 971/01, 1.004/01 e 1.043/01.

^(*) ANDRÉ LUIS CARDOSO é Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.