



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO

GABRIEL VIANNA CAVALCANTE FERNANDEZ

**APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER NA ANÁLISE
DO OFERECIMENTO DE AÇÃO PENAL PELO ACUSADOR PÚBLICO**

Salvador

2018

GABRIEL VIANNA CAVALCANTE FERNANDEZ

APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER NA ANÁLISE
DO OFERECIMENTO DE AÇÃO PENAL PELO ACUSADOR PÚBLICO

Monografia apresentada a Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Jr.

Co-orientadora: Profa. Dra. Alessandra Rapassi
Mascarenhas Prado

Salvador

2018

GABRIEL VIANNA CAVALCANTE FERNANDEZ

APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER NA ANÁLISE DE
AÇÃO PENAL OFERECIDA PELO ACUSADOR PÚBLICO

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em 06 de março de 2018

Banca Examinadora

**Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho
Jr. (orientador)**

Julgamento: _____ Assinatura: _____

**Profa. Dra. Alessandra Rapassi
Mascarenhas (co-orientadora)**

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Geovane de Mori Peixoto

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Me. Lucas Vianna Matos

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Por se tratar de um trabalho de fim de curso, chega a hora de agradecer a todos que estiveram comigo nessa jornada. À Criss, minha mãe, que sempre me apoiou e nunca me deixou faltar amor. À Marcos, por ser um bom marido pra ela e padraсто para mim. Aos meus falecidos avós, que também foram meus pais. Amo vocês mais do que tudo, D. Lalá e Dr. Oflávio. À toda família Vianna Cavalcante. Ao meu pai Marcelo.

Agradeço também à minha família do coração. À Lúcia, minha companheirinha, que esteve do meu lado desde que entrou de vez pra minha vida e hoje divide um teto comigo. Te amo. À todos os meus amigos. Especialmente Eras, Pato, Lorenzo, Gringo e Candi. Mais especialmente ainda pra Dan, pra quem não pude dar minha presença nesses últimos momentos, difíceis momentos.

Sou privilegiado por duas vezes me graduar na Universidade Federal da Bahia. Por conhecer tanta gente bonita, elegante e sincera. Inclusive aquelas pessoas que me ajudaram a escrever esse trabalho com conselhos, advertências, dicas e escuta. Lembro aqui, por todos, de Lucas Vianna e Manoel Teixeira – além, é claro, dos meus orientadores Elmir Duclerc e Alessandra Prado. Por ter a oportunidade de viver tudo isso, agradeço a cada uma das pessoas que luta por um Ensino Público, Gratuito, de Qualidade e referenciado pelas necessidades do povo.

Agradeço demais a todos que de alguma forma me ensinaram um pouco do ofício do direito. No Serviço de Apoio Jurídico da UFBA: as sajuanas Júnia, Morgana e Clarissa. No Ministério Público: Dra. Maria Eugênia, Dr. Estácio, Dra. Rosa Patrícia e o servidor Marcos Campos. No Patronato de Presos: os assessores Adriane, Giancarlo, Raissa e Renata, e os monitores Daniel Lima, Camila Hernandez, Vinícius Romão, Antenor Aguiar e Bruna Portella. Na advocacia privada: Dra. Isa Macêdo, Dra. Mariana Rocha e Dr. Rodrigo Camarão. Um especial agradecimento à Dra. Vanessa Carvalho e ao Dr. Luiz Coutinho, meus preceptores na advocacia criminal privada.

Agradeço muitíssimo à banca por se predispor a avaliar este trabalho de conclusão de curso e somar os seus conhecimentos à minha formação através das críticas e conselhos que, com certeza, me ajudarão a seguir em frente.

Por fim, agradeço ao meu país e à minha cidade por me abrigarem. Amo muito o Brasil e mais ainda Salvador. Fico muito feliz de saber que aqui é a minha casa. E torço por dias melhores para todos nós.

FERNANDEZ, Gabriel Vianna Cavalcante. Aplicabilidade da teoria do desvio de poder na análise do oferecimento de ação penal pelo acusador público. 82 fl. 2018. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

Este ensaio investiga elementos para a verificação da aplicabilidade da teoria do desvio de poder na análise de validade da ação penal oferecida pelo acusador público, a partir dos parâmetros fornecidos pela Constituição de 1988 e legislação vigente. Utiliza-se como marco teórico o realismo marginal de Eugênio Raúl Zaffaroni, no qual se propõe o direito como um saber prático, direcionado à contenção do poder punitivo. Num primeiro momento, verifico a existência de debate jurisprudencial afeto ao objeto de trabalho quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 42.697/GB, no qual se utiliza a tese do abuso do poder de denúncia para o trancamento de ação penal. Com o objetivo de melhor compreender as teses em jogo, busco contextualizar este debate no tempo-espaço e relacioná-lo com as suas repercussões práticas naquele momento histórico. Na sequência, estudo as noções de regime jurídico de direito público, função jurídica, abuso de poder e desvio de poder. Tudo isso a fim de instrumentar uma compreensão mais ampla de direito público que possibilite dialogar as ferramentas teóricas da dogmática administrativista com processo penal. Adentro, por conseguinte, na conceituação da ação penal como um poder público, afastando-me das influências de uma teoria geral do processo. Por fim, chego aos seguintes elementos de conclusão: (a) no plano constitucional, há uma vedação ao desvio de poder na persecução penal, em favor da liberdade; (b) no plano legal, a cláusula da justa-cause e as próprias condições da ação carregam potencial de funcionamento enquanto instrumentos de controle das finalidades do poder de ação; (c) há uma base epistemológica comum entre os mecanismos de controle do exercício do poder público em geral e aqueles que regem o controle das denúncias criminais; e, (d) por conseguinte, o ato de oferecimento de ação penal pelo acusador público se submete a um amplo controle de legalidade envolvendo, inclusive, os fins que animam o seu exercício.

Palavras-chave: Direito público. Processo penal. Teoria do desvio de poder. Ação penal.

FERNANDEZ, Gabriel Vianna Cavalcante. Applicability of the misuse of purpose theory in the analysis of the criminal charge offered by a public prosecutor. 82 fl. 2018. Monograph (Undergraduate) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

ABSTRACT

This essay investigates elements to the verification of the applicability of the misuse of purpose theory to analyze the criminal charge validity offered by a public prosecutor, using the parameters of the 1988 Constitution and present legislation. The theoretical framework is the 'marginal realism' of Eugênio Raúl Zaffaroni, in which he proposes the criminal legal system as a practical knowledge, intended to limit the exercise of the punitive power. First, I verify the existence of a judicial debate over the study object looking at the trial of Habeas Corpus n. 42.697/GB, whereupon the criminal charge misuse of purpose thesis is used to end the criminal procedure. I contextualize this debate in time and space to understand the playing thesis and relate them with their practical repercussions in that historical moment. After that, I study the notions of public legal system, legal function, abuse of power and misuse of purpose. All of this, it is used to instrumentalize a broader comprehension of the public legal system and make possible the dialog between theoretical tools of administrative dogmatics and the criminal procedure. Therefore, in the conceptualization of the criminal procedure as a public power, I move away from the influences of a general theory of the legal process. Finally, I come to the following conclusions: (a) at the constitutional level, there is a prohibition of misuse of purpose in criminal prosecution for freedom; (b) in legal terms, the just-cause clause and the actual requirements of the criminal charge carry the potential of functioning as instruments of control of the ends of the criminal charge power; (c) there is a common epistemological basis between the mechanisms of control of the exercise of public power in general and those governing the control of the criminal charge power; and, (d) consequently, the criminal charge power submits itself to a broad control of legality involving, even, the purposes that animate its exercise.

Key words: Public legal system. Criminal procedure. Misuse purpose theory. Criminal charge.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
1.1	ESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO	11
1.2	ASPECTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS	12
1.3	A REFLEXÃO ENSAÍSTICA COMO FORMA DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA..	15
2	DEBATES JURÍDICOS EM TORNO DO ABUSO DO PODER DE DENÚNCIA .	16
2.1	O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N. 42.697/GB	16
2.2	CONSIDERAÇÕES DE HELENO FRAGOSO SOBRE O ABUSO DO PODER DE DENÚNCIA	20
2.3	RESSALVAS DE UM PROMOTOR DE JUSTIÇA	22
2.4.	RESGATE DA NOÇÃO DE ABUSO DO PODER DE DENÚNCIA COMO FUNDAMENTO DA JUSTA CAUSA PELO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE ...	25
3	APONTAMENTOS A GUISA DE UM DEBATE	27
4	APORTES DE UMA TEORIA DO DESVIO DE PODER	36
5	O PODER DE AÇÃO	48
6	APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER NA ANÁLISE DO OFERECIMENTO DA AÇÃO PENAL PELO ACUSADOR PÚBLICO.....	59
6.1	DA APLICABILIDADE PROPRIAMENTE DITA	60
6.2	POSSÍVEIS REPERCUSSÕES DA APLICAÇÃO	68
7	CONCLUSÃO	73
	REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia parte de intuições a respeito das condições de possibilidade de uma articulação entre a teoria do desvio de poder com o processo penal, tendo em vista a ampliação do espaço das garantias no processo penal. Para viabilizar um estudo da questão – ainda que não exauriente, dadas as limitações próprias de um trabalho de conclusão de curso – centro atenção no ato de oferecimento de denúncia, observando-o em face do aparato conceitual fornecido por uma teoria do desvio de poder. Assim, esta pesquisa tem como objeto a busca de elementos para a verificação da aplicabilidade da teoria do desvio de poder na análise jurídica de validade da postulação penal condenatória de autoria do acusador público.

A fonte de inspiração dos questionamentos que buscam resposta nesta monografia foi a prática jurídica forense e a própria realidade que nos circunda. E não poderia ser de outra forma, principalmente quando se compreende o direito penal como um saber prático.

O estalo inicial para pensar aplicabilidade da teoria do desvio de poder ao ato de oferecimento da ação penal pelo acusador público, contudo, não se deu no contato com a processualística ordinária. Mas sim em 2016, através do acompanhamento, por todas as mídias possíveis, da tramitação do processo de impedimento de Dilma Rousseff, que a destituiu do cargo de presidenta da república eleita pelo povo, sacudindo as estruturas jurídicas do nosso país e arremessando-nos de vez em uma crise cujas dimensões remontam a sombrios precedentes históricos.

Para além da acusação propriamente dita¹, chamou-me especial atenção a forma como a defesa técnica de Dilma tratou o uso degenerado das competências públicas, atribuídas a deputados e senadores na condução do processo de impeachment², utilizando-se da teoria do desvio de poder para pugnar pela nulidade dos atos

¹ O processo de impeachment tem natureza jurídica processual penal. As normas do Código de Processo Penal aplicam-se subsidiariamente àquelas estabelecidas pelo diploma normativo de regência do rito de impedimento. Nesse sentido, artigo 38 da Lei n. 1.079/50.

² A constituição brasileira de 1988, em seu artigo 86, atribui à Câmara dos Deputados o controle de admissibilidade das acusações formuladas em face do Presidente da República. Quando o objeto da acusação trata de crimes de responsabilidade, como os atribuídos à presidenta Dilma, a competência para seu julgamento remete ao Senado Federal.

processuais cujo conteúdo fosse incompatível com as finalidades previstas em lei. Uma das teses da defesa consistia, portanto, em desnudar a forma através da qual muitos dos parlamentares utilizaram-se dos poderes inerentes aos seus respectivos mandatos para manipular aquele processo³, subtraindo-lhe seu conteúdo material e transformando-o em mero procedimento a dar forma a um “verdadeiro golpe de estado, travestido de legalidade” (BRASIL, 2016, p. 417).

Partindo, então, da observação do extraordinário, para o cotidiano do sistema penal, surge a percepção do duplo potencial que a teoria do desvio de poder tem a desempenhar junto à dogmática processual penal do dia-a-dia. Por um lado dando tratamento jurídico adequado aos atos que, na prática, se desviam da programação ideal imposta pelo ordenamento em voga. Por outro, possibilitando um sincero debate no processo penal sobre as disparidades entre as promessas do sistema de justiça criminal e a sua realidade operativa.

A escolha específica do ato de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público como objeto de análise, por sua vez, se deu em razão de uma conjunção de fatores. O primeiro destes está relacionado às controvérsias teóricas ainda vigentes em torno da caracterização jurídica da ação penal de natureza pública, a partir de uma teoria geral do processo. Aliado a isto, as percepções sobre o potencial punitivo encerrado na mera formalização da demanda penal denotam a importância de um exame de admissibilidade criterioso das acusações. Por fim, a pouca atenção dedicada às decisões de recebimento das denúncias no cotidiano do foro, em cotejo com os demais atos decisórios da marcha processual, é demonstrativo da sempre necessária reflexão acerca dos instrumentos de controle das iniciais de natureza criminal⁴.

³ O exemplo mais eloquente da tese se consubstancia na impugnação do ato de recebimento da acusação de crime de responsabilidade contra a presidenta da república, cuja competência remetia ao então presidente da Câmara, Eduardo Cunha, em virtude do vício de desvio de poder. Segundo a defesa da presidenta Dilma, Eduardo Cunha teria se utilizado desta competência pública que detinha em virtude do cargo por si ocupado, para barganhar votos necessários contra abertura de processo de cassação de seu mandato junto ao Conselho de Ética da Câmara. Frustrada sua tentativa de angariar apoio junto ao Planalto e Partido dos Trabalhadores, permitiu a instauração do processo de *impeachment*, como forma de retaliação (BRASIL, 2016, p. 440-449).

⁴ Sobre as lacônicas decisões de recebimento de denúncia, Guilherme Brenner Lucchesi: “tão reduzida é a importância dada pelos julgadores a este ato decisório, que não são poucos os casos em que não há uma decisão propriamente dita de recebimento de peça acusatória: na maior parte das vezes, é utilizado um simples carimbo, no qual estão gravados “R. a denúncia. Cite-se o acusado”, ou então um modelo pronto de recebimento, no qual faltam apenas o número dos autos e a data da audiência de instrução e julgamento” (2008, p. 10). Nesta interessante monografia de conclusão de curso, em que se reafirma o

Como é possível pressentir da narrativa inicial, trata-se de um campo aparentemente novo de pesquisa, tendo em vista a quase inexistência de bibliografia a tratar sobre a temática, pelo menos de forma direta. Ao longo da produção deste trabalho, no entanto, identifiquei que o objeto estudo ora tratado teve espaço na reflexão jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC n. 42.697/GB, abrigado sob a alcunha de “abuso do poder de denúncia” (BRASIL, 1966).

Da lavra do ministro Victor Nunes Leal, o voto condutor daquela concessão suscitou um pequeno debate a respeito do âmbito de abrangência do tal abuso do poder de denúncia e a sua relação com o instrumental de controle de admissibilidade das ações penais de natureza pública outrora vigente (BRASIL, 1966, p. 517-536). Na sequência, assinam publicações dialogando diretamente com referido julgado o conhecido penalista Heleno Cláudio Fragoso (1967) e o promotor de justiça José Raimundo Gomes da Cruz (1967). O próprio Victor Nunes Leal, já na condição de ex-ministro do STF, iria rememorar a possibilidade de abuso do poder de denúncia em um artigo que tece reconsiderações sobre esta temática no âmbito do direito administrativo (1981). No ano 2000, tem-se o resgate da tese esposada no HC n. 42.697/GB para fundamentar nova ordem de habeas corpus, em julgado do Supremo Tribunal Federal, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertente (BRASIL, 2000).

Nesta monografia, o estudo da aplicabilidade da teoria do desvio de poder na análise da denúncia criminal se dará com base nos referenciais normativos fornecidos pela Constituição Federal de 1988 e atual legislação vigente. De todo modo, a existência de precedentes históricos sobre os quais a reflexão é incontornável para a pesquisa faz obrigatório o resgate de momentos outros da história do Brasil – tanto para compreender como o sentido jurídico das proposições pregressas, quanto para iluminar a compreensão do direito de hoje, situando-o no tempo-espaço.

dever de fundamentação da decisão inaugural do processo criminal, o autor junta aos anexos inúmeros exemplares de decisões de recebimento literalmente “carimbadas” (2008, p. 71-85).

Meu objetivo ao fim do estudo é trazer elementos para a demonstração da aplicabilidade do instrumental teórico fornecido por uma teoria do desvio de poder na análise do oferecimento da ação penal pelo Ministério Público.

1.1 ESTRUTURA E DESENVOLVIMENTO

O presente trabalho foi desenvolvido partindo das reflexões jurisprudenciais e doutrinárias sobre o chamado abuso do poder de denúncia, passando pela análise específica da teoria do desvio de poder e do poder de ação, para ao fim esboçar linhas gerais sobre a existência de condições de aplicabilidade da teoria do desvio de poder à análise do oferecimento da ação penal. Para fins didáticos, dividi este trabalho em cinco momentos.

No primeiro momento, faço uma exposição dos debates em torno do abuso do poder de denúncia, que se desenrolam a partir do julgamento do HC n. 42.697/GB, da relatoria do ministro Victor Nunes Leal. Apresento, assim, para além do resumo deste julgado, os artigos que surgem logo após a sua publicação. Um deles favorável à tese empreendida por Victor Nunes Leal, de autoria do advogado Heleno Cláudio Fragoso; outro refratário, da lavra do promotor de justiça José Raimundo Gomes da Cruz. Por fim, expõe-se um resgate jurisprudencial daquele julgado, no HC n. 80.161-7/RJ, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.

No segundo momento, contextualizo o referido debate, situando-o no tempo-espaço. Rememoro, assim, as disputas entre o Supremo Tribunal Federal e o Executivo militar, que se instaurara com o golpe de 1964, relacionando-as com as nuances jurídicas do processo penal da época. Busco ainda investigar as repercussões práticas das orientações teóricas que guiam o pensamento de Victor Nunes Leal, Heleno Fragoso e José Gomes da Cruz.

No terceiro momento, empreendo pesquisa sobre os conceitos de direito público que irão nortear este trabalho. Procuo, assim, relacionar a ideia de abuso de poder com a teoria do desvio de poder; apresento as noções de regime de direito público e de função pública. Ao final, detenho-me no destrinchamento dos estudos sobre a teoria do desvio de poder e seus pormenores.

No quarto momento, estudo a ação penal de natureza pública. Critico as importações conceituais do direito privado, que acabam por contaminar o direito penal, tanto material quanto processual. Abduco, em sequência, das construções que definem a ação penal como um direito subjetivo, autônomo e abstrato, em busca de um conceito mais adequado, que denote a necessidade de contenção do poder punitivo.

No quinto e último momento, utilizo as ferramentas que colhi nos pontos anteriores para discutir a aplicabilidade da teoria do desvio de poder ao oferecimento de ação penal pelo acusador público. Tento ainda conjecturar possíveis consequências prático-jurídicas desta aplicação, para além da já reconhecida exigência do mínimo empírico na formalização de acusação criminal.

1.2 ASPECTOS TEÓRICO-METODOLÓGICOS

O estudo jurídico aqui proposto parte da perspectiva realista marginal, de Eugênio Raúl Zaffaroni (1998). O realismo marginal tem como mote a denuncia do abismo existente entre as promessas do discurso jurídico penal tradicional e a realidade operativa do sistema. A discrepância entre teoria e prática se faz ainda mais visível do ponto de vista latino-americano, onde as agências punitivas assumem, como função implícita, uma série de tarefas relacionadas à contenção das vastas maiorias despossuídas, transformando-as em minorias políticas através da promoção do *apartheid* racial, do superencarceramento, do genocídio e do medo, consequentemente.

Frente a essa realidade, cabe ao jurista comprometido contribuir para a construção de um discurso jurídico penal que seja, ao mesmo tempo, racional e não legitimador das atrocidades inerentes à movimentação persecutória e punitiva protagonizada pelo Estado (ZAFFARONI, 1998, p. 188/250).

Para isto, parte-se da concepção de que o direito é um saber prático, que procura o conhecimento para orientar as decisões judiciais, buscando dotá-las de racionalidade e sistematicidade. Diante, pois, da irracionalidade própria do fenômeno penal, a principal função do direito penal (e processual penal) é a contenção do poder punitivo para a conservação do Estado de Direito (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 40).

O conhecimento que operacionaliza a interpretação sistemática da legislação penal e o aparato normativo que lhe envolve é a dogmática jurídica. Este saber é sempre contingencial, pois se referencia a partir de uma decisão pré-sistemática, situada no tempo e espaço, para então construir seu aparato conceitual sistematizado, de acordo com um sentido (objetivo político), definido de antemão (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 154). Quando a decisão política inaugural está voltada para a construção de um Estado Democrático de Direito, o objetivo da dogmática é garantir a segurança jurídica dos direitos e bens de toda a população (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 152/3), fornecendo parâmetros de controle interno e externo da atividade jurisdicional, a fim de conter, ainda que discursivamente, o arbítrio.

No campo das “ciências penais”, têm surgido cada vez mais vozes que compreendem a dogmática processual como um discurso de fundamental importância para a realização dos direitos e garantias dos cidadãos em face do poder punitivo, sem desatentar, contudo para a “força penal configuradora básica”⁵ (ZAFFARONI *et al*, 2011, 289/290) contida nos instrumentos de persecução penal.

Ou seja, a movimentação das estruturas processuais do sistema penal, não obstante tenha se construído na mitologia jurídica como um avanço civilizatório, carrega consigo potenciais formas de controle e punição, cujas repercussões, por muitas vezes, assemelham-se a da própria pena, tamanha dor e sofrimento capazes de causar⁶.

Soma-se a esta visão, a necessária crítica dos resultados possíveis do processo penal, quais sejam, a aplicação de penas e medidas de segurança. Neste sentido, acompanho a ideia de agnosticidade defendida por Zaffaroni, que não confere

⁵ Define-se poder configurador como aquele que se exerce sob o pretexto da criminalização secundária, no controle das pessoas através dos mais diversos expedientes (detenção arbitrária, fichamento, vigilância etc) (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 52).

⁶ O exemplo máximo deste diagnóstico é o sistema de cautelaridade processual penal, marcado pela hiper-prisionização sem julgamentos e manifestas características de antecipação de tutela, principalmente quando fundamentada nos termos elásticos, tais como a *garantia da ordem pública*. De acordo com o último levantamento nacional de informações penitenciárias, a taxa de presos sem condenação chega a incríveis 40,2%, sendo ainda mais grave no Estado da Bahia, onde 58,2% da população prisional está no aguardo de seu julgamento. Esses dados são ainda mais alarmantes considerando o *déficit* total de 358.663 vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4%, considerando a realidade nacional (BRASIL, 2017, p. 8).

aprioristicamente nenhum sentido racional e edificante à cominação, aplicação e execução de sanções penais (1998).

Tendo em vista essas questões, exige-se da dogmática jurídica formulações capazes de dar conta desse complexo específico, e ao mesmo tempo, multivalente que é o processo penal. Abandono, portanto, as muletas outrora fornecidas por uma teoria geral do processo, que busca abranger sob sua disciplina modelos de decisão de conflito tão dispares como o cível, o administrativo e o penal.

Um primeiro passo que se dá nesse rumo é a formulação que compreende a ação penal, não mais dentro da lógica dos direitos subjetivos, todavia, sim, enquanto um poder público (DUCLERC, 2016, p. 108/112). Desta forma, o poder de ação estaria inscrito nos marcos da divisão das funções do poder, viabilizando a separação e controle mútuo entre acusação e jurisdição no âmbito estatal. Seu mote, portanto, não condiz com um esforço de garantia – tal como privilegiado na abordagem da ação de natureza cível, cujo destinatário ideal é um particular em face do Estado-Leviatã –, mas sim a um esforço de redução de danos e limitação do poder.

A compreensão da ação penal enquanto poder público traz consigo preocupações em torno dos efeitos jurídicos possíveis de serem extraídos quando o manuseio da ação penal é viciado pelo chamado desvio de poder – definido por Celso Antônio Bandeira de Mello como “manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência” (2012, p. 57). Respondendo esse tipo de questionamento, a teoria do desvio de poder propõe que, havendo descompasso entre o ato produzido e a sua programação teleológica, tem-se a verificação da invalidade daquele, por violação de legalidade.

Como é possível constatar na doutrina e jurisprudência – não obstante as inúmeras objeções que possam se fazer a sua aplicação prática –, a teoria do desvio de poder tem exercido um especial papel dentro da tecnologia dogmática jurídica do direito administrativo, viabilizando-se enquanto mecanismo corretivo do agir real do Estado e suas instituições em face do programa constitucional.

Assim, diante do latente estado de deslegitimidade do sistema penal e do respectivo discurso jurídico que busca lhe tornar palatável, bem como considerando a natureza eminentemente pública da persecução criminal, a teoria do desvio de poder pode contribuir para o desenvolvimento do debate da dogmática processual penal, trazendo para este ramo do conhecimento mecanismos de exposição e controle das competências atribuídas pela lei ao órgão acusatório oficial no manejo desse sensível instrumento que é a ação penal.

1.3 A REFLEXÃO ENSAÍSTICA COMO FORMA DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA

A forma escolhida para a reflexão acerca do objeto proposto é a de ensaio científico pelas suas características de estudo reflexivo, com caráter de provisoriedade e pela maior liberdade de expressão propiciada por esse gênero. Sobre o necessário amadurecimento para fazer um trabalho desse porte, tomo tal requisito de forma relativa. O presente trabalho é o resultado do meu aprendizado durante a graduação em direito na Universidade Federal da Bahia e das experiências que tive nesse período, nada mais do que isso. Assim, tomo as seguintes considerações de Adorno como refúgio:

É inerente à forma do ensaio a sua própria relativização: ele precisa compor-se de tal modo como se, a todo momento, pudesse interromper-se. Ele pensa aos solavancos e aos pedaços, assim como a realidade é descontínua, encontra sua unidade através de rupturas e não à medida que as escamoteia. A unanimidade da ordem lógica engana quanto à essência antagônica daquilo que ela recobre. A descontinuidade é essencial ao ensaio, seu assunto é sempre um conflito suspenso. (2003, p. 35).

Frise-se: a adoção deste tipo de produção para trazer a tona um tema de dogmática jurídica não significam abdicar do caráter sistemático que se impõe ao direito. Antes, contudo, representa o estágio de concretização da reflexão que se busca empreender e a minha necessidade de trazê-la a debate público, sem mais embaraços.

2 DEBATES JURÍDICOS EM TORNO DO ABUSO DO PODER DE DENÚNCIA

2.1 O JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS N. 42.697/GB

A talvez mais remota reflexão sobre o abuso do poder de denúncia encontrada na jurisprudência brasileira está presente no HC n. 42.697/GB, julgado procedente à unanimidade em 13 de outubro de 1965 pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do então relator, ministro Victor Nunes Leal (BRASIL, 1966). A referida ação constitucional foi proposta pelo professor Heleno Cláudio Fragoso, com o objetivo de trancamento de ação penal por inépcia e ausência de justa-causa. Segundo o impetrante, além de não cumprido o requisito de exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a acusação não guardaria lastro em prova, consubstanciando-se abuso de poder a propositura daquela ação penal (FRAGOSO, 1967, p. 8-9).

Para compreender o cerne do raciocínio empregado pela defesa e desenvolvido pelo relator do *habeas corpus* em questão, é preciso remontar o aparato normativo encontrado na lei processual penal para a análise da validade das denúncias criminais oferecidas ao poder judiciário.

À época do julgamento do HC n. 42.697/GB, os elementos legais de filtragem das iniciais acusatórias eram fornecidos pelos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal^{7 8}, em sua redação original. Como é possível perceber da leitura desses dispositivos, os parâmetros legais de controle da acusação não forneciam instrumentos suficientemente claros para o controle dos elementos empíricos que subsidiavam as denúncias. Isto porque o inciso I do art. 43 dava margem para interpretações que condicionavam a admissibilidade da denúncia à mera narrativa abstrata da ocorrência de

⁷ Art. 41, Código de Processo Penal: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁸ Art. 43, Código de Processo Penal: A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - o fato narrado evidentemente não constituir crime; II - já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III - for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal. Parágrafo único. Nos casos do no III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição (totalmente revogado pela Lei nº 11.719, de 2008).

crime. Ademais, segundo o texto do artigo 569 do Código de Processo Penal⁹, as omissões da denúncia ou da queixa podem ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final – regra esta utilizada por vezes para não se proceder com a rejeição da denúncia, mesmo quando em face de violação dos requisitos impostos pelos artigos 41 e 43 desse mesmo diploma normativo¹⁰.

É justamente diante desta ampla margem de arbítrio dada pela literalidade do texto do Código Processual Penal ao acusador público no manejo do poder de ação que se insere o debate proposto pelo ministro Victor Nunes Leal no HC n. 42.697/GB.

Em seu voto, o ministro Leal rememora que o artigo 141, § 23, da então vigente Constituição Federal de 1946 conferia *habeas corpus* não somente frente à ilegalidade, mas também em casos de abuso de poder¹¹. No entendimento do ministro, tais expressões não seriam redundantes, porém complementares, dando forma a uma noção mais ampla de antijuridicidade que se sobreporia à ilegalidade *strictu sensu* – aquela que se define pela contrariedade explícita ao texto legal (BRASIL, 1966, p. 529-30).

Assim, a partir de uma interpretação constitucionalizada do texto legal, o conceito de coação legal utilizado pelo Código de Processo Penal para regular o cabimento de *habeas corpus*¹², deveria necessariamente abranger os casos de abuso de poder, tal como previsto pelo texto constitucional (BRASIL, 1966, p. 529-530).

(...) quando o Código fala em "coação ilegal", não pode significar que esteja reduzida a hipótese de abuso de poder, que a Constituição menciona, somente àqueles casos em que haja violação específica de uma norma legal perfeitamente definida. O que se deve concluir é exatamente o contrário. Como o abuso de poder, pela Constituição,

⁹ Art. 569, Código de Processo Penal: As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final.

¹⁰ “Por ocasião do julgamento de um dos h.c. sobre o caso “Comal” no Tribunal Federal de Recursos, alguns eminentes magistrados afirmaram que a deficiência da denúncia na narração do fato delituoso é sanável, em virtude do que dispõe o art. 569 Cód. Proc. Penal” (FRAGOSO, 1967, p. 10). O caso da Companhia Comercial Paulista do Café (Comal), referido por Heleno Fragoso nesse excerto, deu origem ao HC n. 42.697/GB.

¹¹ § 23 do art. 141, Constituição Federal de 1946: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.

¹² Art. 647, Código de Processo Penal: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

autoriza o *habeas corpus*, e o Código regula o *habeas corpus* no pressuposto da coação ilegal, daí resulta que os casos de abuso de poder ficam transformados, pelo Código, em casos também de ilegalidade *stricto sensu*. Não é, pois, a ilegalidade que define o abuso de poder, é o abuso de poder que se insere na categoria da ilegalidade (BRASIL, 1966, p.530).

Segundo o ministro Victor Leal, no processo penal, esta noção ampliada de ilegalidade teria expressão nos conceitos de abuso de poder e de justa-causa¹³, fornecidos respectivamente pela Constituição e pelo Código de Processo Penal, como hipóteses ensejadoras da concessão de ordem de *habeas corpus*. Dada a ausência de limites estáticos na sua semântica, abuso de poder e justa-causa seriam institutos cuja concretização estaria substancialmente atrelada ao desenvolvimento da reflexão pretoriana, na análise caso-a-caso (BRASIL, 1966, p. 530).

Mais especificamente sobre a noção de abuso de poder, o ministro Leal concorda que a sua conceituação tem sido negligenciada, mas principalmente em virtude da ampla interpretação que se tem dado à figura da justa-causa. Não obstante as imprecisões existentes, mesmo na doutrina administrativista, o voto condutor do HC n. 42.697/GB encontra na subversão da finalidade social do ato, o elemento caracterizador do abuso de poder (BRASIL, 1966, p. 530-531).

O fim *anti-social* pode estar vinculado à intenção malévola de quem pratica o ato. Mas não é só nos casos em que haja esse elemento subjetivo que se caracteriza o abuso. O fim anti-social também pode ser encontrado no resultado anti-social da ação da autoridade. Se há uma denúncia, embora apresentada por erro de boa-fé, resulta que uma pessoa evidentemente inocente tem de suportar os ônus da ação penal, parece lógico que esse resultado anti-social compromete a denúncia como ato de abuso de poder (BRASIL, 1966, p. 531).

Portanto, pensar o poder de ação a partir dos parâmetros fornecidos por esta concepção de abuso de poder, seria necessária e conseqüentemente refletir sobre as suas finalidades, dentro de um Estado de Direito.

(...) o poder de denúncia não existe para atormentar as pessoas, para criar dificuldade aos seus negócios, para cercear sua liberdade de locomoção; a denúncia é um instrumento confiado ao Ministério Público para fazer atuar a lei penal, para defender a sociedade contra

¹³ Art. 648, inciso I, do Código de Processo Penal: A coação considerar-se-á ilegal quando: I - não houver justa causa.

os criminosos, para reprimir os crimes que tenham sido cometidos. Se o resultado da denúncia é a sujeição de pessoa inocente à ação penal, em princípio, está caracterizado o abuso. (BRASIL, 1966, p. 531).

Como já exposto, é a partir da linguagem da justa-causa que os tribunais começam a fazer um controle de admissibilidade das postulações acusatórias, adentrando aos elementos de convicção que lhes davam sustento, para além dos requisitos legais constantes no Código de Processo Penal da época. Para Victor Nunes Leal, as ordens de *habeas corpus* escoradas no descompasso entre a acusação e seu lastro informativo, seriam, em última instância, concedidas por meio da hipótese constitucional do abuso de poder (BRASIL, 1966, p. 533).

Consequentemente, surge como necessário para o ministro problematizar a jurisprudência pretérita do Supremo – que veda o exame da prova em sede de *habeas corpus* –, tendo em vista o fenômeno do abuso do poder de denúncia. Veja-se a manifestação de Victor Nunes:

Não há, pois, Sr. Presidente, um desvio do Supremo Tribunal na sua antiga orientação de não examinar prova em *habeas corpus*. O Supremo Tribunal não examina prova no sentido de que não as submete a uma reapreciação subjetiva.

É isso, somente disto, que estamos impedidos de fazer. Mas como verificar se houve ou não abuso de poder, sem levar em conta, em certa medida, as provas em que se baseia a acusação ou a condenação? Ficaria letra morta a cláusula constitucional, que dá *habeas corpus* em caso de abuso de poder, se o Supremo Tribunal se impusesse uma vedação absoluta nessa matéria. É o nosso dever é fazer cumprir a Constituição (BRASIL, 1966, p. 533).

É importante frisar que as manifestações de alguns dos outros ministros sobre o caso em apreço no HC n. 42.697/GB, embora coadunem para a concessão da ordem, não necessariamente explicitam total corroboração ao raciocínio jurídico engendrado pelo relator do *writ* (BRASIL, 1966, p. 535-536).

Tempos depois, o ministro Victor Nunes Leal irá rememorar este julgamento em texto publicado na Revista de Direito Administrativo, no qual tece reconsiderações sobre o tema do abuso de poder (1981). Dentre as diversas temáticas tratadas, todas pertinentes ao direito administrativo, figura menção ao seu voto no HC n. 42.697/GB

como exemplo de reflexão sobre o abuso do poder de denúncia criminal pelo Ministério Público.

2.2 CONSIDERAÇÕES DE HELENO FRAGOSO SOBRE O ABUSO DO PODER DE DENÚNCIA

Pouco depois do julgamento do HC 42.697/GB, o impetrante desta ordem, professor Heleno Cláudio Fragoso, publicou artigo sobre ilegalidade e abuso de poder na denuncia e na prisão preventiva, dialogando intensamente com o voto do ministro Victor Nunes Leal (1967).

Em termos dogmáticos, um dos elementos que surgem enquanto novidade, em relação ao referido julgado, é a caracterização da denúncia enquanto uma exposição narrativa e demonstrativa, a partir da doutrina do professor João Mendes. Ou seja, para além de expor os fatos com todas as circunstâncias, a exordial acusatória “deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção, e nomear testemunhas e informantes” (MENDES, 1911 *apud* FRAGOSO, 1967, p. 2-3).

Adentrando mais especificamente à temática do abuso do poder de denúncia, pode se dizer que o texto do professor Fragoso corrobora entendimento consignado no voto do ministro Leal no HC n. 46.697/GB. Algo em nada surpreendente, afinal o próprio Victor Nunes Leal veio a afirmar posteriormente que todos os elementos básicos do acórdão final daquela impetração já estavam inscritos em sua petição inicial (LEAL, 1981, p. 14).

Assim, Heleno Fragoso chama atenção para os casos em que, não obstante cumpridos os requisitos de admissibilidade previstos em lei, o ato de oferecimento de denúncia se descola da realidade e dos elementos que lhe dão acesso. Segundo este autor, nestas situações não se incorreria em ilegalidade explícita; porém, contudo, haveria abuso de poder: “Há abuso de poder quando o funcionário se serve ilegitimamente de faculdades ou de meios de que legalmente pode dispor” (FRAGOSO, 1967, p. 10-11). Neste sentido, com supedâneo no artigo 141, § 23, da então vigente Constituição Federal de 1946, o *habeas corpus* serviria, sim, para como instrumento

para coibir a malversação do poder de denúncia, com fundamento na hipótese de concessão por abuso de poder, tão negligenciada por doutrina e jurisprudência.

De forma muito interessante, o professor Fragoso demonstra que, até então, o controle do abuso do poder de denúncia pela insuficiência de prova teria sido articulado através de outras vias argumentativas. Uma delas seria através do diálogo com a noção de legítimo interesse, enquanto condição da ação. Esse conceito, mais desenvolvido na processualística civil¹⁴, foi trazido por Heleno Fragoso através dos estudos do professor José Frederico Marques, que afirma: “É preciso que haja o *fumus bonni juris* para que a ação penal contenha condições de viabilidade. Do contrário, inepta se apresentará a denúncia, por faltar legítimo interesse, e conseqüentemente, justa causa” (MARQUES *apud* FRAGOSO, 1967, p. 13).

Entretanto, o principal caminho eleito pelos julgadores para viabilizar o controle das denúncias sem lastro probatório seria o da ampliação do conceito de justa causa, que – de forma bastante assistemática e sem respaldar-se no enquadramento técnico da necessidade de verificação de abuso de poder – teria conduzido os tribunais a adentrarem cada vez mais no exame da prova quando do julgamento dos *writs* constitucionais (FRAGOSO, 1967, p. 18).

Para além dos aspectos teóricos, o professor Heleno Fragoso chama atenção no seu texto para as práticas do abuso do poder de denúncia e das prisões preventivas, em um contexto histórico-político extremamente repressivo como o do pós-golpe de 1964. Segundo Fragoso, após a vitória da “revolução”¹⁵, a ação repressiva do Estado passa a centrar fogo contra os apoiadores do governo deposto, utilizando-se do poder de ação. Uma das finalidades dessas demandas criminais era dar ares de legitimidade às prisões ilegais que se prolongavam, uma vez que permaneciam em vigor as garantias constitucionais, mesmo após o advento do Ato Institucional n. 01 (1967, p. 5-6).

¹⁴ Art. 2º do Código de Processo Civil de 1939: Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse, econômico ou moral.

¹⁵ É digno de nota que o professor Heleno Fragoso expressou posição favorável ao golpe de 64 publicamente por diversas vezes, não somente no texto sob em análise (1967), mas inclusive em uma pequena obra de sua autoria, lançada no ano de 1965: “A justiça penal e a revolução”. Este posicionamento não o impediu de formular críticas ao “direito penal revolucionário” e de, posteriormente, ser vítima do autoritarismo do regime, chegando ao ponto de ser mantido em cativeiro durante três dias em virtude de sua militância advocatícia e acadêmica (ALVES, 2016, p. 185-189).

Para isto, as acusações se utilizaram de uma série de heterodoxias, do ponto de vista da técnica jurídica, como por exemplo: associação dos perseguidos do sistema penal com o comunismo, por meio de meras conjecturas, para enquadrá-los no artigo 2º, inciso III, da Lei n. 1.802/1953¹⁶, com o objetivo tornar a Justiça Militar competente para apreciação da matéria¹⁷; exposições narrativas extensas e repletas de adjetivações, porém sem explicitar as condutas típicas sob denúncia; investigações e ações penais movidas por conteúdo probatório extremamente frágil e especulativo; dentre outros tenebrosos expedientes (1967, p. 5-8 e 14).

O abuso das prisões preventivas é um ponto importante tratado por este autor. A sua relação com o abuso do poder de denúncia se faz mais visível nos casos das prisões obrigatórias, em razão da jurisprudência que ostentava o seguinte entendimento: “havendo denúncia, ao recebê-la e decretar a prisão preventiva, o juiz integra em sua decisão o conteúdo da denúncia, não sendo necessária nesse caso outra fundamentação”¹⁸ (FRAGOSO, 1967, p. 16).

2.3 RESSALVAS DE UM PROMOTOR DE JUSTIÇA

O julgamento do HC n. 42.697/GB pelo Supremo Tribunal Federal também gerou repercussões críticas em relação ao tratamento deferido às noções de justa causa e abuso de poder referentes à propositura da ação penal. Neste sentido, tem-se artigo da autoria do então promotor de justiça do Estado de São Paulo, José Raimundo Gomes da Cruz, cujo conteúdo é expressamente reativo ao raciocínio empreendido pelo ministro Victor Nunes Leal na condução do respectivo acórdão (1967).

¹⁶ Art. 2º, inciso III, da Lei n. 1.802/1953: Tentar: (...) mudar a ordem política ou social estabelecida na Constituição, mediante ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro ou de organização estrangeira ou de caráter internacional;

¹⁷ Essa prática se tornou comum com o advento do Ato Institucional n. 02, que transferiu à justiça militar o processamento e julgamento dos crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social.

¹⁸ De acordo com Fragoso, a princípio vigorava entendimento de que a prisão obrigatória deveria ser imposta automaticamente, verificados os requisitos da lei. Com o tempo a jurisprudência teria passado a exigir a prova da materialidade e indícios de autoria para a sua efetivação (1967, p. 15-16). No que se refere aos julgados nos quais se coloca que o mero recebimento da denúncia supriria a fundamentação da prisão obrigatória, Hélio Tornaghi doutrinava que, “caso a denúncia for aceita, pode-se dispensar a fundamentação *quanto à existência do crime*. Indispensável, no entanto, será, sempre a fundamentação quanto a prova da autoria (TORNAGUI *apud* FRAGOSO, 1967, p. 16).

O doutor José Raimundo Gomes da Cruz expõe em seu texto uma compreensão de ação penal identificada à teoria geral do processo. Logo, em seu modo de ver, o oferecimento das denúncias e queixas passaria necessariamente por um exame de admissibilidade baseado na teoria das condições da ação, seguindo a lógica do processo civil (1967, p. 53/55)

Estas condições da ação seriam identificadas exata e respectivamente nos três incisos do artigo 43 do Código de Processo Penal. O inciso I trataria da possibilidade jurídica do pedido, devendo ser interpretado como a exigência de que a denúncia narre o fato típico, ou, melhor dizendo, o crime em tese. O inciso II corresponderia ao interesse de agir, que se consubstanciaria na punibilidade do acusado. O inciso III, por sua vez, encerraria a legitimidade ativa e passiva, ou seja, a pertinência subjetiva das partes em relação ao objeto da ação^{19 20} (CRUZ, 1967, p. 55-57).

Partindo deste pressuposto, o autor apresenta tese na qual defende que os instrumentos de averiguação da carência de ação previstos em lei seriam bastante e suficientes para o exame de admissibilidade das iniciais acusatórias. Assim, as interpretações sobre os termos legais do abuso de poder da justa-causa que se prestassem a estreitar o regime de admissibilidade da ação penal seriam inaceitáveis, “a menos que tal doutrina fique demonstrada com método, segurança e certeza” (1967, p. 59).

Para sustentar seu raciocínio, este promotor de justiça argumenta que o uso de terminologia de caráter indeterminado poderia gerar insegurança jurídica quanto aos requisitos necessários exercício da ação. Deste modo, a interpretação do conceito de

¹⁹ José Raimundo Gomes da Cruz, sobre a parte final do último inciso então vigente art. 43 do Código de Processo Penal: “Longe de sequer fazer alusão à condição do interesse para agir, a expressão final do inciso III em questão, que impõe rejeição da denúncia ou queixa quando ‘faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal’, apenas torna explícito que a representação do ofendido (ou de seu representante legal), ou a requisição do Ministro da Justiça, por exemplo, constituem condição da ação penal, mas relativa a legitimação para esta, à titularidade integral ou pertinência subjetiva completa” (19XX, p. 56). Importante frisar que atualmente, mesmo a doutrina que compreende pela pertinência da importação da teoria das condições da ação do modelo processual civil para o penal, compreende que tais condições de procedibilidade integram o conceito de possibilidade jurídica do pedido. Neste sentido, Eugênio Pacelli, seguindo as lições de Afrânio Silva Jardim (2017).

²⁰ Como o próprio doutor José Raimundo Gomes da Cruz faz questão de frisar em seu texto, há quem pense diferente. Nas palavras deste promotor de justiça, o professor José Frederico Marques defenderia que o interesse de agir enquanto condição da ação constaria na segunda parte do inciso III, art. 43, Código de Processo Penal e seus sentidos extrapolariam a mera punibilidade do agente criminoso para dar substância ao conceito de justa-causa (MARQUES *apud* CRUZ, 1967, p. 56/57).

justa causa mais condizente com a segurança dos direitos individuais seria aquela que a identifica com a concorrência das três condições da ação, quando preenchidos os requisitos do artigo 43 do Código de Processo Penal (CRUZ, 1967, p. 69-70). Esta proposição condiz com a concepção defendida pelo doutor José Raimundo Gomes da Cruz, que entende admissível a ação penal mesmo em caso de dúvida, ancorando-se na exposição de motivos do Código de Processo Penal, na qual consta que “o brocardo *in dubio pro reo* só pode funcionar quando averiguada toda a matéria da causa” (1967, p. 63).

Em relação ao abuso de poder enquanto hipótese para a concessão de *habeas corpus*, o doutor Gomes da Cruz entende que este conceito seria mera espécie do gênero ilegalidade, escorando-se para isto no pensamento do desembargador Seabra Fagundes²¹ (FAGUNDES, 1957 *apud* CRUZ, 1967, p. 65). Além disto, reclama por critérios mais precisos para a compreensão daquilo que se entenderia por abuso do poder de ação, inferindo sua possível identidade com a expressa ilicitude das demandas processuais civis intentadas por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro, tal como descrito no art. 3º do Código de Processo Civil de 1939²² (1967, p. 66).

Por fim José Raimundo Gomes da Cruz demonstra reserva em relação ao *habeas corpus* em sua modalidade trancativa da ação penal, afirmando que a jurisprudência, de modo geral, acompanhava essa resistência. De acordo com este promotor de justiça, o rito da ação constitucional, utilizado com a finalidade de impedir o processamento de demanda penal com base em ausência de prova, implicaria em violação à garantia constitucional da instrução criminal contraditória (1967, p. 68-69).

²¹ Deve-se frisar que a noção dos administrativistas sobre o sentido da palavra ilegalidade ultrapassa as margens delineadas pela literalidade do texto legal. Assim sendo, o controle das finalidades implícitas da lei, por exemplo, é considerado um controle de estrita legalidade, para o direito administrativo. Nesse sentido, para evitar enganos, vale reproduzir por inteiro a compreensão de Seabra Fagundes sobre a definição de *habeas corpus* na Constituição de 1946, na sua obra “O controle dos atos administrativos”: “À definição do âmbito do instituto bastaria a expressão ilegalidade, compreensiva de todos os vícios administrativos capazes de ensejar o controle jurisdicional. Inclusive o que se queira denominar, especificamente, de abuso de poder. A redundância do texto constitucional se explica, no entanto, pelo propósito de antes vivificar o instituto que acanhá-lo, tanto mais quanto o período pusera à mostra lastimável tendência restritiva da jurisprudência, notadamente no Supremo Tribunal” (FAGUNDES, 1967, p. 271).

²² Art. 3º, Código de Processo Civil de 1939: Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.

2. 4. RESGATE DA NOÇÃO DE ABUSO DO PODER DE DENÚNCIA COMO FUNDAMENTO DA JUSTA CAUSA PELO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE

Já no ano 2000, o ministro Sepúlveda Pertence, antigo sócio de Victor Nunes Leal na advocacia²³, irá resgatar o raciocínio construído pelo ex-ministro para conceder ordem de trancamento de ação penal por ausência de justa-causa, tendo como fundamento último da concessão a ocorrência de abuso do poder de denúncia²⁴. Veja-se trecho da ementa do referido julgado, HC n. 80.161-7/RJ, julgado procedente à unanimidade pela primeira turma do Supremo Tribunal Federal:

Falta de justa causa para a ação penal: hipótese que, por imperativo da Constituição, há de abranger tanto a ilegalidade *strictu sensu*, quanto o abuso de poder, a fim de remediar a indevida instauração de processos penais não apenas por força de denúncias formalmente ineptas, mas também de denúncias arbitrárias e abusivas, porque manifestamente despidas do mínimo necessário de suporte informativo, ou como sucede no caso, confessadamente baseadas em mera suposição do Ministério Público (BRASIL, 2000).

Como é possível perceber, trata-se de julgado claramente influenciado pela noção de abuso de poder propugnada por Victor Nunes Leal. No texto do voto, o ministro Sepúlveda Pertence cita textualmente o HC n. 42.697/GB e seu esforço compilatório dos casos em que o Supremo Tribunal Federal explora das potencialidades da cláusula da falta de justa causa para a ação penal. Sepúlveda Pertence fala ainda da dificuldade de se demarcar o limite do instrumento de *habeas corpus* para verificar a ausência de qualquer base empírica para a denúncia, ainda mais em contexto de provas controvertidas (BRASIL, 2000).

Como novidade em relação aos debates travados em torno do HC n. 42.697/GB, tem-se a explícita caracterização do processo penal como um ritual punitivo, *per se*:

²³ Segundo Isadora Curi, José Paulo Sepúlveda Pertence e Victor Nunes Leal formaram sociedade de advogados, logo após a aposentação compulsória deste último do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal (2008, p. 5).

²⁴ Antes do julgamento deste *writ*, o ministro Sepúlveda Pertence já se utilizara da noção de abuso de poder para fundamentar o não conhecimento de um *habeas corpus* impetrado pelo Ministério Público, mas cujo objeto claramente desfavorecia o paciente. Na espécie, fixou-se a seguinte ementa: “A legitimação do Ministério Público para requerer ‘habeas-corpus’ é um poder a ser utilizado segundo a destinação própria do instrumento processual, qual seja, a de garantir a liberdade de locomoção ilicitamente coarctada ou ameaçada: utilizar-se o Ministério Público de ‘habeas corpus’ – ainda que em nome da melhor interpretação da lei -, para alcançar objetivos potencialmente lesivos à liberdade do cidadão é caso típico de abuso de poder, com o qual não transige o Tribunal” (BRASIL, 1995).

Creio ser de Carnelutti a observação acerca de dramático paradoxo do processo penal: para saber se se deve aplicar a pena, é necessário o processo, mas o processo, pelo estigma que acarreta e os constrangimentos que gera já é, em si mesmo, uma pena: assim, com o processo, começa-se por punir aquele de quem se pretende saber se merece ser punido (BRASIL, 2000).

Utiliza-se, o ministro, deste fato, como pressuposto para denotar a importância de uma reflexão criteriosa sobre a justa causa no processo penal.

3 APONTAMENTOS A GUISA DE UM DEBATE

Os debates travados em torno do julgamento do HC n. 42.697/GB tiveram como questão central a necessidade de um material empírico mínimo para o oferecimento da ação penal. Tratou-se, portanto, da ampliação dos instrumentos de controle dos atos postulatórios das acusações, incrementando o regime de admissibilidade das demandas penais a partir da cláusula constitucional que preserva o direito de liberdade em face dos abusos do poder de denúncia.

Retomando a premissa básica deste trabalho, que entende o direito como um saber prático, é importante notar que a celeuma intelectual tratada nos tópicos anteriores se situa no tempo-espaço. Isto implica correlacionar o raciocínio dogmático engendrado pelos referidos atores do mundo jurídico com o momento institucional pelo qual passava o Brasil, à época. Deste modo, rememorar o contexto em que se desenrolaram os debates trazidos nos tópicos anteriores – bastante vivo no texto do professor Heleno Fragoso (1967) – é condição sem a qual se torna impossível compreender e situar tanto o voto do ministro Victor Nunes Leal, quanto as resistências apresentadas pelo promotor de justiça José Raimundo Gomes da Cruz.

Como todos deveriam saber, o regime autoritário instalado no Brasil em 1º de abril de 1964 é um dos capítulos da Guerra Fria, que se desenrolou pelo globo terrestre a partir das disputas travadas entre as duas grandes potências do momento: Estados Unidos e União Soviética. Em nossa margem, a expressão mais dolorosa deste conflito de proporções globais se manifestou numa onda de golpes militares direitistas a tomar grande parte do continente latino-americano. No caso do Brasil, mais especificamente, a cólera anticomunista foi instrumentalizada por uma aliança civil-militar para desbancar o governo João Goulart, que oferecia brechas para a propagação de lutas democratizantes e céticas em relação à política externa norte-americana (HOBSBAWN, 1995, p. 429).

O processo de construção e estabilização da ditadura militar brasileira foi marcado pela ampla utilização do braço penal do Estado para a persecução das

oposições, sejam elas reais, potenciais ou imaginadas²⁵. Uma vez à frente do poder executivo, os militares promoveram intervenções nos demais poderes, remodelando-os de acordo com suas conveniências. Essa paulatina reprogramação das instituições vai se estender às agências do sistema penal como um todo, exacerbando a sua função política de controle social, e readequando-a aos objetivos do novo regime²⁶. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal sofreu diretamente as consequências do golpe, seja com a alteração do número e composição dos seus membros, seja com a redução das suas competências constitucionais (COSTA, 2006, p. 159; CURI, 2008, p. 38).

O primeiro ato institucional promovido pelos militares foi outorgado à nação em 09 de abril de 1964, trazendo modificações à Constituição de 1946. O Supremo Tribunal Federal passou relativamente incólume a esta primeira investida normativa do governo golpista. A sua composição pré-golpe, por exemplo, fora mantida, não obstante a forte pressão exercida por setores importantes da mídia conservadora nacional e da chamada linha dura do exército em favor da cassação dos ministros indicados pelos governos de atuais opositores da “revolução” (VALÉRIO, 2010).

Segundo Otávio Valério, muito embora a Suprema Corte nunca tenha questionado as bases jurídicas sobre as quais se assentava o regime militar brasileiro, “a desconfiança da linha dura e as pressões por uma interferência no STF cresciam na razão direta da concessão de *habeas corpus* em favor de políticos e comunistas presos com base em inquéritos policiais-militares (IPMs)” (2010, p. 91).

Como afirma Heleno Fragoso, a mera neutralização imediata dos suspeitos através da ação policial não era suficiente aos interesses da “revolução”. Neste contexto, a utilização do poder de ação era fundamental, “inclusive como forma de coonestar as prisões que se prolongavam indefinidamente, pois as garantias constitucionais permaneceram em vigor com a legislação revolucionária” (1967, p. 5-6).

Em meio a esta perturbadora conjuntura, é importante lembrar a necessária correlação entre as conflituosidades concernentes ao poder político e a reflexão jurídica.

²⁵ Nesse sentido, Heleno Fragoso (1967).

²⁶ Para uma visão mais panorâmica, o Projeto Brasil Nunca Mais faz um amplo mapeamento do quadro institucional da época, trazendo à baila casos exemplares, onde se descrevem os heterodoxos expedientes da justiça penal brasileira para lograr êxito condenatório em processos criminais (1985).

Como faz questão de frisar Zaffaroni, em referência ao pensamento de Foucault, o poder não somente se expressa na conformação da dimensão material da realidade, mas também é responsável pela gestação das subjetividades cognoscentes (1998, p. 67). A implicação básica desta premissa é definir a produção dos saberes como indissociável das relações de poder²⁷. Isso não significa que os debates jurídicos travados no seio de disputas nevrálgicas que opunham Supremo Tribunal Federal e a linha dura militar possam ser automaticamente vinculados às escolhas políticas mais imediatas dos seus protagonistas. Mas definitivamente as ferramentas teóricas nelas forjadas se articulam, ainda que potencialmente, com concepções mais amplas sobre o papel do Estado, os direitos e garantias fundamentais, o sistema penal e, em última análise, as sociabilidades humanas em geral.

Como já explicitado, no campo teórico-dogmático, vários tópicos de processo penal estão em entrelaçada disputa dentro do debate iniciado pelo julgamento do HC n. 42.697/GB. Dentre eles, o conceito de justa-causa; o significado da expressão abuso de poder em nosso ordenamento jurídico; o regime de admissibilidade das acusações em voga; o escopo e profundidade do instrumento de *habeas corpus*; bem como a própria natureza do ato de oferecimento da ação penal pública. No entanto, é importante perceber que o sentido prático dessa contenda se unifica em torno da definição da amplitude do controle jurisdicional sobre o poder de denúncia, seja pelo próprio órgão judiciário competente para o processamento do feito, seja pela superior instância.

Conforme Heleno Fragoso (1967) e Victor Nunes Leal (BRASIL, 1966) deixaram claro, até então os limites desse controle estavam sendo alargados de maneira intuitiva pela jurisprudência, trilhando a via da interpretação extensiva da justa-causa como hipótese de concessão de *habeas corpus*. A fronteira prático-teórica em disputa, no caso, seria a da possibilidade de análise do lastro informativo que subsidiava as denúncias criminais, para fim de trancamento da ação penal. Isto porque, como já explanado, o regime legal de admissibilidade vigente não fornecia elementos para uma crítica da acusação sob o ponto de vista de sua base empírica.

²⁷ As relações entre saber e poder estão espalhadas por toda a obra de Michel Foucault. Aqui, inspirou-se, sobretudo, em uma compilação de conferências deste filósofo proferidas em visita ao Brasil e lançadas sob o título “A verdade e as formas jurídicas” (2002).

O grande mérito do entendimento apresentado pelo ministro Victor Nunes Leal é o de sistematizar as intuições que garantiam a ampla interpretação do signo da justa-causa, a partir do assento constitucional ocupado pelo abuso de poder como hipótese concessiva de *habeas corpus*. O voto condutor do HC n. 42.697/GB demonstra o fulcro constitucional da jurisprudência que, até então, de forma assistemática, impunha o trancamento das ações penais desacompanhadas de elementos mínimos de informação da ocorrência do delito e de sua autoria. Esta interpretação carrega uma dupla consequência, do ponto de vista teórico.

Num primeiro plano, fornece elementos normativos sólidos para que o conceito de justa-causa se desenvolva para além dos limites impostos pelo estrito texto legal. Para efeito do regime de admissibilidade então vigente, isto significa a possibilidade de extrapolação dos mecanismos fornecidos dos artigos 41 e 43 do Código de Processo Penal no controle do recebimento das acusações.

Num segundo plano, concerne aos instrumentos de contenção do abuso do poder de denúncia, garante à ação de *habeas corpus* escopo para viabilizar o cotejo prova que dá lastro à denúncia sob questionamento, desde que não se faça uma avaliação subjetiva do material trazido aos autos²⁸. Desta forma, o então ministro promoveu uma interpretação distintiva (*distinguishing*)²⁹ do precedente do Supremo Tribunal Federal, que impunha vedação ao exame da prova nos *writs* constitucionais. Em última instância, o posicionamento defendido pelo ministro Victor Nunes dialoga diretamente com o direito ao recurso, em seu sentido mais amplo, uma vez que contra o abuso do poder de denúncia e as arbitrariedades porventura cometidas em uma equivocada decisão de recebimento não haveria outra via impugnatória *ad quem*, senão a do *habeas corpus*. *Where is a wrong, there is a remedy*³⁰.

²⁸ Embora não esteja totalmente claro o que o ministro Victor Nunes quis dizer com expressão “apreciação subjetiva da prova”, tenho que se tratou da (im)possibilidade de, em sede de *habeas corpus*, definir-se a verossimilhança do conteúdo extraído dos meios de prova carreados aos autos, sob pena de usurpação da competência do órgão responsável pela cognição exauriente da ação penal condenatória.

²⁹ “Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente” (DIDIER JR. *et al*, 2015, p. 491).

³⁰ Tradução livre: onde há um erro, há um remédio. Esse brocardo do direito anglo saxão é usado de forma intencionalmente corrompida (*where is a wrong there is NO remedy*) por Otávio Valério em sua dissertação para referir-se à cassação do direito de *habeas corpus* pelos militares (2010, p. 190-193).

Do ponto de vista das acusações, por outro lado, garantir a máxima amplitude ao poder de denúncia – ou o mínimo constrangimento no seu exercício – veicula-se a poder ainda mais amplo que aquele: o de impor um processo contra alguém. Quanto menos limites a jurisdição estabelece ao ato de oferecimento da acusação penal, mais a vontade do acusador público torna-se determinante automático da sujeição do acusado a um processo penal. Esse talvez seja o sentido mais pragmático que possa ser extraído da posição apresentada pelo promotor de justiça José Raimundo Gomes da Cruz em sua crítica ao julgamento do HC n. 42.697/GB.

A partir da abordagem trazida para a elucidação das questões desenvolvidas no referido julgado, o doutor Gomes da Cruz se localiza em uma perspectiva teórica que compreende o ato de oferecimento da denúncia criminal como um direito subjetivo do acusador. Essa percepção decorre não apenas da sua filiação explícita a uma teoria geral do processo, mas principalmente de duas passagens do seu texto, nos quais o exercício de ação penal é associado à categoria dos direitos individuais e objeto de garantias. Exemplificar-se-á.

Ao tratar das condicionantes normativas que impediriam a justa causa de ser interpretada de forma ampliada, afirma o ilustre promotor, em clara alusão aos requisitos do artigo 43 do Código de Processo Penal:

O estudo de ambos os ramos do direito, dentro do quadro geral da ciência jurídica, parece conduzir sempre, em benefício da própria segurança dos direitos individuais, a afastarem-se fórmulas inexatas, incertas e indeterminadas. É mais simples e seguro afirmar-se que só pode haver ação penal quando haja *crime em tese*, ainda *punível* e sejam *legítimas* as partes no processo, do que exigir-se, por exemplo, *fumus boni juris*, expressão fluida, vaga e imponderável, como a de justa causa, sem o sentido seguro e definido que neste trabalho se propõe (1967, p. 62).

No que tange a aludida impossibilidade de se adentrar a base empírica que lastreia a denúncia, eis o argumento de José Raimundo Gomes da Cruz, traçado a partir da doutrina do procurador de justiça João Severino Peres:

“Para o recebimento da denúncia entendo que basta descreva esta um fato que, em tese, constitua crime. Já para a prisão preventiva, seria necessário mais, como acentuei”.

Caso contrário, derrogar-se-ia a garantia constitucional da instrução criminal contraditória (art. 150, da Carta vigente, em seu § 16). Demonstra o Procurador da Justiça João Severino de Oliveira Peres, em alentada dissertação, que “se a lei permitisse ao magistrado, no despacho de recebimento da denúncia, a solução da controvérsia, o cometimento da decisão de fundo, estaria criando o caos em matéria processual, uma vez que estaria ensejando o término do processo sem que tivesse sequer iniciado, subtraindo-se o sumário, o contraditório, numa palavra, a ação penal” (1967, p. 68).

Mais a frente continua, estendendo a censura ao *habeas corpus* trancativo, ainda tendo por referência o supramencionado procurador:

Não se deve perder de vista que, de modo geral, quando se tenta obtenção de *habeas corpus*, já ocorreu o despacho da denúncia, obviamente no sentido do recebimento desta pelo seu “juiz natural”. Se se condena julgamento antecipado por este, quando o órgão da acusação providencia a inauguração da ação penal, ajuizando-a, maior crítica merece o *habeas corpus* que interrompa o processo em marcha. Relembrando a condição de *dominus litis* do Ministério Público, na ação penal, o mesmo João Severino Peres acentua que “ao oferecer a denúncia, tem o Ministério Público, no inciso I do art. 43, a garantia de que não será rejeitada, porque instaurador da ação penal, a não ser que o fato nela não constitua, evidentemente, crime em tese, já estiver extinta a punibilidade ou seja manifesta sua ilegitimidade como parte” (1967, p. 68-69).

Como é possível notar, o centro de gravidade do pensamento deste promotor de justiça gira em torno da necessidade de garantir-se o “direito de ação penal” – ao fim e ao cabo, identificado com os demais direitos individuais. Em nome da proteção deste direito seria justificável uma interpretação restritiva de quaisquer institutos que porventura viessem a limitar o seu exercício.

Em decorrência desta concepção de ação penal, apresenta-se a instrução contraditória como um direito que assiste ao Ministério Público contra o acusado. O conteúdo deste “direito ao processo”, aliás, é apresentado como um obstáculo ao controle da base empírica das acusações penais, seja pela rejeição da denúncia pelo juízo de conhecimento, seja pelo seu trancamento pela via de *habeas corpus*. Há, contudo, alguma imprecisão no alarde que se faz sobre a possibilidade do término prematuro desses processos – taxado como uma subtração à ação penal –, vez que a

extinção de ação penal por ausência de elementos mínimos de convicção não possui condão de fazer coisa julgada material³¹.

Como afirmam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, “o poder direto dos juristas dentro do sistema penal limita-se aos raros casos que as agências executivas selecionam, abarcando o processo de criminalização secundária. E restringe-se à decisão de interromper ou habilitar a continuação desse exercício” (2011, p. 64). Considerando esta reflexão, pode-se ressaltar que as opções teóricas defendidas pelo doutor José Raimundo Gomes da Cruz coadunam com a concentração de poderes nas mãos dos órgãos de acusação e da administração em geral, em favor da habilitação jurídica desarrazoada do poder punitivo.

Tal orientação jurídico-política se faz ainda mais temerária quando se leva em conta o período histórico em questão, reconhecidamente marcado pela já mencionada exacerbação da persecução penal pelos órgãos executivos; pela utilização abusiva dos tipos penais – abertos, diga-se – inscritos na Lei de Segurança Nacional³²; pela vigência do inaceitável instituto da prisão processual obrigatória³³; entre outras questões da ordem do dia, sejam elas mais afeitas ao direito ou à política.

Aproveitando o ensejo para retomar o esforço de contextualização que vinha sendo empreendido, é importante memorar que o HC n. 42.697/GB foi uma das últimas concessões antes do início do empreendimento da neutralização dos empecilhos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal às persecuções penais protagonizadas por um Executivo militarizado. O estopim destes embates se deu com a publicação de uma entrevista do presidente do Supremo, em 25 de outubro daquele ano, condenando a reforma do judiciário que vinha sendo aventada pelos setores mais conservadores ligados aos militares e cujo mote era a ampliação do número de ministros do Supremo.

³¹ Embora extemporâneo ao debate, vale a pena reproduzir aqui o entendimento da atual ministra do Superior Tribunal de Justiça, Maria Thereza Assis de Moura: “o ato decisório que rejeita a denúncia ou queixa, sob a fundamentação de insuficiência de prova do fato e/ou indícios insuficientes de autoria, é terminativa, isto é, nada obsta a que seja instaurada ação penal, se surgirem novas e relevantes provas, que modifiquem a situação” (2001, p. 259).

³² Nesse sentido, Nilo Batista: “No Brasil, as famigeradas leis de segurança nacional compunham autentico florilégio de tipos penais violadores, pela construção de crimes vagos, do princípio da legalidade” (2007, p. 78).

³³ Art. 312, Código de Processo Penal de 1941: A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Nesta manifestação, “o ministro Ribeiro da Costa, defendendo um princípio caro ao liberalismo, condenava a interferência do Executivo e do Legislativo no Judiciário e observava que o aumento de seus membros só poderia ocorrer por recomendação do Supremo e votação do Senado” (COSTA, 2006, p. 166).

Dois dias após o pronunciamento do ministro foi emitido o Ato Institucional n. 2, contendo ampla reforma do judiciário e do sistema político como um todo. No que tange ao Supremo Tribunal Federal, além da ampliação para dezesseis do número de ministros, houve uma série de mudanças. As principais, do ponto de vista da persecução penal, relacionam-se com a perda da competência para julgamento dos crimes contra a segurança nacional de natureza interna, contrariando a Súmula 298 do Supremo³⁴; a necessidade de prévio julgamento dos *habeas corpus* impetrados em favor dos acusados de crimes contra a segurança nacional pelo Superior Tribunal Militar; a inaplicabilidade de lei mais específica, em face de crimes contra a segurança nacional; e, por fim, a extinção de foro privilegiado para o julgamento de crimes da Lei de Segurança Nacional, como forma de burlar a Súmula 394 da corte maior³⁵ (VALÉRIO, 2010, p. 135-138).

De acordo com Otávio Valério, a neutralização do Supremo Tribunal Federal se consolidaria com a imposição do Ato Institucional n. 5 (2010, p. 183-211), cuja faceta mais simbólica, do ponto de vista das lesões à judicatura e às garantias fundamentais de contenção do poder punitivo, é a supressão do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e contra a economia popular³⁶. Também com fulcro neste ato institucional, proceder-se-á com a intervenção mais drástica no Supremo, até então realizada pelo governo militar: a aposentação compulsória dos ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal. De certa forma, pode-se dizer através da força, interrompem-se as possibilidades de um desenvolvimento mais profícuo no Supremo Tribunal Federal das teses inauguradas pelo ministro Leal sobre a questão do abuso de poder de denúncia.

³⁴ Enunciado n. 298 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: O legislador ordinário só pode sujeitar civis à justiça militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares.

³⁵ Enunciado n. 394 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.

³⁶ Art. 10, Ato Institucional n. 5: Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Com o passar do tempo – e muito embora sem recorrer à sistemática apresentada no voto condutor do HC n. 42.697/GB –, a justa-causa acabou por triunfar na jurisprudência como um tópico de controle empírico das denúncias criminais, tornando “o binômio ‘prova do crime e indícios suficientes de autoria’, reconhecido, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal como indispensável para o recebimento da incripação” (MOURA, 2001, p. 275). No que tange ao manejo do *habeas corpus* para a averiguação da justa causa, verifica-se uma forte tendência de vedá-lo sob o argumento de que o *writ* constitucional não se presta ao exame da prova (MOURA, 2001, p. 285).

Como se observou do capítulo anterior, as teses levantadas pelo ministro Victor Nunes Leal sobre o abuso do poder de denúncia foram resgatadas pelo ministro Sepúlveda Pertence, retomando terreno no Supremo Tribunal Federal, por assim dizer (BRASIL, 2000). Uma das obras mais importantes já escritas sobre justa-causa, a tese de doutoramento da professora Maria Thereza Assis de Moura, hoje ministra do Superior Tribunal de Justiça, cita trechos inteiros do voto de Victor Nunes Leal em pelo menos três momentos: para fundamentar o sentido multifário que se dá a justa-causa; para referenciar a necessidade de base jurídica e fática para a propositura da ação penal; e, para discutir o exame da prova em *habeas corpus*³⁷ (2001, p. 19, 274 e 285).

Com o advento da Lei n. 11.719/2008 a justa-causa passa a ser requisito legal expresso para o recebimento das iniciais acusatórias. Na sua interpretação corrente, entretanto, tem se emparedado a justa-causa na ideia do mínimo probatório necessário, negando-se deste modo a própria amplitude de atuação deferida pela semântica da expressão. Em sentido contrário, resgatando a noção do abuso de poder como fundamento negativo de interpretação do conceito de justa causa, irei trabalhar nos próximos capítulos com as condições de aplicabilidade de uma teoria do desvio de poder à análise do oferecimento da ação penal. A intenção é, portanto, explorar ao máximo os potenciais contendores do poder punitivo inscritos na cláusula constitucional que veda o abuso de poder em favor da liberdade.

³⁷ Infelizmente, nesta obra, a ministra não dialoga com a noção de abuso de poder como fundamento último para interpretação da justa causa, tal como defendido por Victor Nunes Leal.

4 APORTES DE UMA TEORIA DO DESVIO DE PODER

Para compreender como a reflexão acerca do abuso de poder de denúncia irá desaguar em uma teoria do desvio de poder é preciso perceber como estes conceitos estão relacionados. Para isto, importante retomar o conceito de abuso de poder tal como manipulado por Victor Nunes Leal em seu voto no julgamento do HC n. 42.697/GB.

Como se pode observar referido julgado, o ministro Victor Nunes Leal parte da lição de Pontes de Miranda para afirmar que o abuso se consubstancia na irregularidade do uso do poder. Ao dialogar com o direito administrativo, como já falado anteriormente, afirma Leal que a delimitação conceitual deste instituto é de difícil realização, ainda mais em face das aparentadas noções de excesso de poder e desvio de poder. Deste modo, o ministro do Supremo Tribunal infere que a legislação trata da noção de abuso de poder por meio de outras palavras, cujo núcleo semântico seria equivalente, tais quais “desvio de poder”, “desvio de finalidade”, “abuso de cargo ou função”, “abusos das autoridades” etc. (BRASIL, 1966).

Dentre as possibilidades oferecidas pela noção de abuso de poder, é justamente o sentido teleológico desta irregularidade que irá guiar o ministro ao longo do seu voto, o qual centra atenção nos possíveis fins antissociais a que servem as denúncias criminais desconstruídas de material empírico a lhes dar sustento. É importante ressaltar que o Ministro Victor Nunes Leal considera haver vício de abuso de poder não somente nos casos em que o ato é produzido de forma dolosa, mas também naqueles em que há produção de resultado antissocial, não obstante a boa-fé do agente (BRASIL, 1966, p. 531).

De acordo com Caio Tácito – um dos autores com quem dialoga Victor Nunes –, o abuso de poder se verifica quando da violação da legalidade extrínseca ou intrínseca dos atos administrativos. Conforme este autor, a análise de legalidade estrita do ato administrativo abrangeria não somente os elementos da competência, da legalidade do objeto e da sua forma (elementos externos do ato), mas também adentraria aos motivos ensejadores do ato, bem como à sua finalidade (elementos internos do ato) (1975, p. 27).

Tradicionalmente, o pensamento jurídico brasileiro agia com timidez no controle jurisdicional dos atos da administração, sob o argumento de não se invadir a competência do executivo quanto ao exercício de seu poder discricionário deferido pela norma de direito³⁸. Entretanto, paulatinamente a reflexão doutrinária e a própria jurisprudência passaram a aceitar o controle dos motivos ensejadores do poder discricionário e as finalidades a que este se servia.

Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado; A finalidade é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos” (TÁCITO, 1975, p. 26-27).

Essa construção do pensamento jurídico, que se subsidia em grande parte no diálogo com os saberes alienígenas³⁹, trouxe a lume a teoria do desvio de poder, cujo foco pousava, sobretudo, no controle das finalidades em vista das quais eram produzidos os atos administrativos. Considerando tais fatos, pode-se dizer que o desvio de poder está compreendido como uma espécie do gênero abuso de poder⁴⁰, fornecendo assim aportes para a análise da malversação do exercício do poder a partir dos elementos teleológicos que informam a produção dos atos jurídicos pelos prepostos do Estado. Por extensão, o estudo do abuso do poder de denúncia empreendido em torno do julgamento do HC n. 42.697/GB se comunica diretamente com as reflexões acerca da teoria do desvio de poder desenvolvidas por doutrina e jurisprudência.

Para este trabalho, irá se utilizar a definição de desvio de poder formulada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que o compreende como a “utilização de uma

³⁸ Isso se verifica nos próprios comentários de Victor Nunes Leal, em análise do primeiro caso em que se utilizou a teoria do desvio de poder no Brasil, saído da lavra de Seabra Fagundes. Naquela oportunidade, quase vinte anos antes do julgamento do HC n. 42.697/GB, Victor Nunes defenderia somente adentrar ao controle de finalidade de um ato quando esta possibilidade estivesse explícita na norma (1948). Estas polêmicas serão resgatadas em artigo posterior, no qual Victor Nunes afirma ter retificado a sua perspectiva, influenciado por autores como Caio Tácito e o próprio Seabra Fagundes (1981).

³⁹ A doutrina do desvio de poder tem origem nos julgados do Conselho de Estado da França, com *leading case* datado do ano de 1864 (MELLO, 2012, p. 56).

⁴⁰ O próprio Victor Nunes Leal já houvera afirmado isto em comentário de jurisprudência de sua autoria (1948, p. 75). No mesmo sentido, Caio Tácito (1975, p. 49) e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (MELLO, 1969 *apud* MELLO, 2012, p. 57).

competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição” (2012, p. 56). A teoria do desvio de poder enquadra esse tipo de comportamento como uma transgressão à própria lei – e causa, portanto, de invalidade do ato desviante (2012, p. 56-58). Nestes termos, o desvio de poder é um vício de legalidade.

Dito isto, faz-se necessário perceber que aquilo que estou denominando como teoria do desvio de poder não pode ser tratado como um marco inteiramente homogêneo. Antes, contudo, deve ser encarada enquanto uma tradição desenvolvida dentro do pensamento jurídico, cujo objeto de estudo se volta para as condições de controle da atuação do poder público em vista das finalidades impostas pelo direito e pelo interesse público. Até porque a dimensão e amplitude dadas a este tipo de controle pela doutrina e jurisprudência irão depender não somente de operações próprias da técnica jurídica, mas também das concepções e disputas a respeito do papel reservado a cada um dos poderes do Estado; do grau de compromisso do poder público com os direitos e garantias fundamentais; do modelo de justiça e de judiciário defendidos; entre outras questões nevrálgicas.

Não obstante este trabalho não tenha fôlego para adentrar de forma mais aprofundada nas diversas noções de poder, parte-se do pressuposto da centralidade que o Estado Nacional tem na organização das vidas humanas no Ocidente, reivindicando para si o monopólio da produção e interpretação do direito, bem como o uso legítimo da força. Muito embora o aparelho estatal e seus prepostos tenham de fato um papel muito importante no exercício destes poderes, não é possível pensá-los fora das relações de concorrência e/ou competição que estabelece com outros poderes sociais. Ainda assim, permanece válida para fins de reflexão jurídica, a oposição abstrata que se faz entre Estado e indivíduo, no que tange a diametralmente oposta capacidade de exercer poder e ser destinatário de direitos e garantias. De todo modo, à busca de referenciais de orientação e ilustração, reproduz-se conceito de poder forjado por Christiano Falk Fragoso:

O poder, em termos de exercício, consiste na capacidade interessada, e inerente a todo o corpo social, de produzir, a partir da personalidade, propriedade e/ou organização social, e por meios coercitivos, compensatórios e/ou condicionantes (que podem se expressar de vários modos: influência, manipulação, coerção, persuasão, etc.)

efeitos sobre outrem, ou de produzir verdades e saber sobre algum objeto de conhecimento (2016, p. 39).

Feita esta pequena prévia, torna-se possível tratar do Estado como um espaço privilegiado para o exercício das relações de poder, dada sua aptidão para gerar efeitos sobre os particulares, através de sua atuação, bem como de produzir verdades e saber, dotando-os de institucionalidade. Do ponto de vista do direito moderno, o Estado é a representação máxima do poder institucionalizado⁴¹. No paradigma constitucional, este poder é controlado através da sua fragmentação e da designação de funções concorrentes para seus braços. Nesse sentido, afirma-se que “o Estado uma vez constituído, realiza seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição” (FAGUNDES, 1967, p. 16).

A função enquanto conceito de dogmática consiste em uma posição jurídica, caracterizada pela titularidade de poderes instrumentais previstos como meio para a realização de interesse de outrem. A titularidade dos poderes inerentes a uma função está subordinada a uma série de deveres jurídicos, que impõem a prática das condutas necessárias e adequadas para a promoção dos interesses a ela atrelados; e, noutra face, a proibição de atuação incompatível ou desnecessária para a realização do encargo. “Esses deveres jurídicos são impostos no interesse da comunidade em seu todo, o que inviabiliza a identificação de um direito subjetivo atribuído a indivíduo específico e determinado (titular da condição de sujeito ativo)” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 147).

A quase totalidade das atribuições criadas pelo direito público apresenta natureza funcional. O conceito de função é indispensável para a compreensão do direito público. O Estado é investido de funções, não de direitos subjetivos. (...) O poder jurídico inerente à função é o instrumento para a realização dos fins transcendentes protegidos pela ordem jurídica (JUSTEN FILHO, p.148).

Deste modo, as clássicas funções do poder corresponderiam à produção, realização e interpretação do direito, distribuídas na forma de competências entre os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário. Esta repartição do poder tem origem na

⁴¹ “O Poder Constituinte, manifestação mais alta da vontade coletiva, cria o Estado (ou o reconstrói), através da Constituição, lei básica em que lhe determina a estrutura geral, institui a autoridade, delimitando a organização dos poderes públicos, e define os direitos fundamentais do indivíduo. A Constituição é, assim, a expressão primária e fundamental da vontade coletiva organizando-se juridicamente no Estado, que com ela principia a existir e segundo ela demarca seus fins” (FAGUNDES, 1967, p. 15).

crítica ao absolutismo e visa impedir a concentração das funções do Estado em torno de uma única estrutura organizacional. “Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que ‘o poder controle o próprio poder’. Ocorre a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 115-116).

Percebe-se, contudo, que “cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo a função que nominalmente lhe corresponde, e sim tem nela a sua competência principal ou predominante” (FAGUNDES, 1967, p. 17-18). Para dar conta deste fenômeno, no qual se verifica que cada um dos poderes da República, além da sua função típica, exerce sobremaneira funções atípicas, construiu-se a ideia de que os atos funcionais dos órgãos dos Estados possuem duas dimensões: uma formal, outra material (FAGUNDES, 1967; TÁCITO, 1975).

No sentido material, se diz que um ato é legislativo, administrativo ou jurisdicional quando, pela sua natureza peculiar, está contido no âmbito de alguma dessas funções. No sentido formal ou orgânico, o ato será classificado como legislativo, administrativo ou jurisdicional conforme o órgão de que emane seja o Poder Legislativo, o Poder Executivo ou o Poder Judiciário. (FAGUNDES, 1967, p. 31).

Esta dissociação entre a natureza jurídica do ato e o órgão responsável pela sua produção está intimamente ligada à própria historicidade com que se constituem as relações de poder dentro dos mecanismos de estatais. Contribui também para este fenômeno a dificuldade que se tem por vezes em delimitar a extensão das funções administrativa, legislativa e jurisdicional.

Como já inferido anteriormente, o desenvolvimento da teoria do desvio de poder se deu quase que inteiramente na observância da função administrativa do Estado (TÁCITO, 1992, p. 1). Decorre disto a necessidade de se refletir sobre a sua conceituação, ainda que brevemente, considerando todas as dificuldades inerentes a esta tarefa.

O professor Caio Tácito compreende a função administrativa como a concretização das previsões legislativas, expressa na “atividade do Estado que visa a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas individuais ou a concorrer para a sua

formação, bem como realizar atos materiais” (1975, p. 53). Seabra Fagundes, de forma semelhante afirma que a função administrativa estaria vinculada à aplicação da lei de ofício, determinando situações jurídicas individuais, concorrendo para a sua formação e praticando atos materiais (1967, p. 16-20).

Para Fagundes, a função administrativa guardaria grande semelhança com a função jurisdicional do Estado. Isto porque ambas seriam responsáveis pela realização do direito no caso concreto, enquanto a atividade legislativa estaria voltada para a formação do direito, em abstrato (1967, p. 16-17). A diferenciação entre jurisdição e administração, portanto, se daria em razão de três fatores: a) momento do seu exercício – uma situação contenciosa surgida no processo de realização do direito; b) modo de alcançar a sua finalidade – interpretação definitiva do direito controvertido; c) finalidade do seu exercício – o trancamento da situação contenciosa, consequência necessária da interpretação fixada (FAGUNDES, 1967, p. 27-28).

Marçal Justen Filho, por sua vez, traz a função administrativa estatal como um “conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente” (2014, p. 122). A vagueza desta definição torna necessário ao autor ressaltar que dela estão excluídas o poder jurídico de produção de normas primárias e de prolatar decisões de caráter jurisdicional (2014, p. 122-123).

A amplitude das definições trazidas denota, por si só, a quantidade de situações abarcadas pela dita função administrativa do Estado. Algumas das suas emanações, diga-se de passagem, possuem grande afinidade com as demais funções do Estado. Isso pode se perceber, por exemplo, do exercício do poder normativo pela administração, bem como da existência dos processos administrativos.

Por outro lado, mesmo atos de natureza genuinamente legislativa ou jurisdicional podem carregar consigo, de forma simbiótica, uma dimensão eminentemente administrativa. Tome-se, por exemplo, a sentença. Do ponto de vista da função jurisdicional, a prolação da sentença de mérito significa a definição do direito aplicável a uma situação de fato, com perspectivas de imutabilidade. Sob a ótica da

administração da justiça, por outro lado, o ato material de sentenciar surge como um dever funcional do magistrado, após o termino da instrução processual e manifestação final das partes; quando da sua lavratura, o juiz define de ofício questões que em nada tem a ver com o objeto do processo, como, por exemplo, a fixação dos honorários do advogado dativo; uma vez pronta, demanda-se sua apresentação em cartório, para que seja juntada aos autos e cumpridas todas as formalidades legais decorrentes; a sentença é, por fim, objeto da aferição da produtividade do juízo pela administração do Tribunal; e assim por diante. Indissociáveis, portanto, são as mais diversas formas de atuação do poder público daquilo que chamamos de função administrativa do Estado.

O denominador comum destas funções do poder, por assim dizer, é sua submissão a um regime jurídico especial: o regime de direito público, caracterizado “pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem é atribuída a titularidade de bens vinculados à realização de valores essenciais, assim como a competência para promover a satisfação de interesses indisponíveis” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 145). Em um Estado Constitucional de Direito, o regime de direito público subordina a atuação da máquina estatal e seus poderes à realização dos direitos fundamentais e da democracia (JUSTEN FILHO, 2014, p. 149).

A partir desta noção unificadora, grandes estudiosos do direito administrativo passam a admitir a extensão da teoria do desvio de poder para o controle dos atos legislativos e jurisdicionais (MELLO, 1988 e 2012; TÁCITO, 1992).

(...) o desvio de poder é vício que pode afetar comportamento oriundo das funções típicas de quaisquer dos Poderes, já que, no estado de Direito, as competências públicas não são “propriedade” de seus titulares, mas simples situações subjetivas ativas, compostas em vista da satisfação dos fins previstos nas normas superiores que lhes presidem a instituição. O descompasso teleológico entre as finalidades da regra de competência – qualquer que seja ela – e as finalidades do comportamento expedido a título de cumpri-la, macula a conduta do agente, viciando-a com o desvio de poder (MELLO, 2012, p. 77).

Neste sentido, Caio Tácito faz um longo resgate doutrinário e jurisprudencial das possibilidades de controle do poder legislativo a partir das categorias fornecidas pela teoria do desvio de poder (1992). Em um dos casos de desvio de poder legislativo trazido por este autor, aponta-se “a nulidade de leis estaduais em que, no término de

governos vencidos nas urnas eram criados cargos públicos em número excessivo, (...) tão-somente para o aproveitamento de correligionários ou de seus familiares” (1992, p. 4), tese esta com repercussão no Supremo Tribunal Federal⁴². Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez traz interessante hipótese de desvio de poder no âmbito jurisdicional.

Se em Câmara de um Tribunal determinado juiz mudar seu voto, passando a acompanhar os dois outros, e o fizer deixando explícito que tal mudança é procedida com o fito de, gerando unanimidade, impedir a interposição de embargos de divergência, terá se patenteado desvio de poder, corrigível jurisdicionalmente (1988, p. 17-18).

O alargamento das fronteiras de controle das funções públicas apontado por esta doutrina está diretamente ligado ao triunfo da ideia de que os instrumentos de poder fornecidos pelo aparato estatal devem estar a serviço da realização do programa constitucional. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, o “eixo metodológico do direito público *não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever*” (2012, p. 14). Esse dever é orientado pela finalidade para a qual a função jurídica foi projetada, independentemente da sua natureza administrativa, legiferante ou jurisdicional. Superada, portanto, a noção de que a teoria do desvio de poder teria seu âmbito de aplicação restrito apenas a uma parcela da atuação dos poderes públicos. Seja porque a função administrativa está espraiada por todo o campo de atuação do Estado. Seja porque as demais funções do poder também são subordinadas aos fins previstos pela Constituição.

A noção de dever como linha primordial para a interpretação do direito público dá sentido a toda uma nova abordagem sobre o fenômeno da discricionariedade. Via de regra, o poder discricionário tem sido tratado como espaço de arbítrio do agente público que lhe detém – incólume, por conseguinte, aos mecanismos de controle externo. Contra esta visão, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma se defere a alguém certo poder

⁴² “Para o desfazimento dessas leis que caracterizavam os chamados testamentos políticos, o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese da validade de novas leis que, anulando leis inconstitucionais, reconheciam o abuso pelos poderes legislativos estaduais da competência, em princípio discricionária, da criação de cargos públicos. O primeiro acórdão, proferido no mandado de segurança n. 7.243, em sessão de 20 de janeiro de 1969, manteve a anulação de leis do Estado do Ceará, com as quais, no apagar das luzes de uma situação política derrotada, em apenas 56 dias, mediante 25 atos legislativos foram instituídos, sob forma de criação ou transformação, 3.784 novos cargos públicos, o que equivalia a um terço do total do funcionalismo estadual então existente, estimado em 12.000 servidores, elevando o custo mensal do pessoal, a 94,24% das rendas do Estado” (TÁCITO, 1992, p. 4).

como mero instrumento para que se cumpra o dever legal, atingindo os fins previstos na norma (2012, p. 15). A partir destas categorias (dever, discricionariedade, finalidade), compreende-se que há, em verdade, um dever de alcançar a finalidade legal, através de instrumento mais ou menos flexíveis de atuação.

Um dos maiores equívocos reside em submeter a discricionariedade à disciplina do direito subjetivo privado. O erro pode derivar da afirmativa de que a discricionariedade envolve uma margem de liberdade ou a legitimação da escolha pessoal do aplicador. Essa fórmula verbal é perigosa, porque pode conduzir à suposição de que o aplicador do direito estaria na mesma posição jurídica do credor, numa relação de direito privado. Assim, alguém diria que o administrador no exercício da discricionariedade, pode escolher entre agir e não agir, tal como o faria o particular na gestão de seus interesses egoísticos. Essa é uma concepção equivocada. A discricionariedade é uma manifestação da natureza funcional das competências estatais. Apresenta feição de dever-poder; não se apresenta como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal (JUSTEN FILHO, 2014, p. 247).

A discricionariedade implícita na norma de direito pode ser verificada no deferimento de certa autonomia de atuação para a busca da finalidade por parte do agente público: possibilidade de praticar ou não o ato diante de determinada situação; praticá-lo no momento adequado; revestir o ato desta ou daquela maneira; ou ainda decidir sobre a providência a ser tomada. Admite-se também haver discricionariedade quando da utilização de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, suscetíveis a interpretações muito diversas quanto ao seu conteúdo, bem como no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato que aciona a norma. Por fim, pode-se dizer que há discricionariedade quando a finalidade da norma se reporta a valores, ou seja, conceitos plurissignificativos, cuja concretização não é unívoca (MELLO, 2012, p. 15-20).

É relevante colocar em destaque a ocorrência da discricionariedade quanto aos fins para propiciar seu controle, bem como evitar que a invocação genérica ao *interesse público* constitua a forma pela qual escolhas inadequadas sejam adotadas e se tornem imunes a este controle (JUSTEN FILHO, 2014, p. 250-251).

As previsões normativas que deferem algum grau de discricionariedade para sua aplicação tem seu fundamento guardado na impossibilidade do legislador em oferecer, de antemão, soluções ótimas para todas as situações da vida as quais o direito será chamado a dar tratamento. Deste modo, a legislação dá espaço para que o agente

público, diante das nuances do caso concreto, verifique qual será a solução pertinente a ser adotada, tendo em vista as finalidades que inspiram a norma de direito sob manejo (MELLO, 2012, p. 36). A existência de discricionariedade no plano abstrato da norma, não significa a sua ocorrência concreta, no momento de aplicação.

(...) o campo de liberdade existente no mandamento ou na norma de Direito em abstrato, é muito maior do que o campo de liberdade existente perante a situação concreta, já que a norma se fez ampla ou com certa liberdade, *precisamente para que fosse adensada ante o caso concreto e ao lume de sua finalidade*. Em despeito da lei haver permitido, *em tese*, que a Administração optasse por uma ou outra conduta, *no caso concreto* deixaria de ser atendida a finalidade da norma se fosse negado o que a parte requereu (MELLO, p. 39-40).

Partindo destes pressupostos, a finalidade da norma exsurge como baliza para aferição do grau de discricionariedade reservada ao agente público quando da sua atuação no caso concreto: “(...) é a finalidade da regra o que permite compreendê-la e que vai lhe dar o sentido que efetivamente tem” (MELLO, 2012, p. 45).

A importância do sentido da norma para a sua aplicação prática faz refletir sobre a possibilidade de verificação do fenômeno do desvio de poder mesmo nos casos cuja linguagem dê a entender imposição de conduta vinculada ao agente público. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello traz o seguinte exemplo:

Suponha-se lei que, em linguagem desatada, estatua: "É terminantemente proibido o ingresso de veículos automotores no perímetro central da cidade." Imagine-se que dentro deste perímetro alguém sofre um enfarte em plena rua. Se, ante a gravidade e urgência da situação, um médico pretender ali ingressar com seu automóvel, transportando equipamento instalado no veículo para socorrer emergências da espécie, certamente deverá ser-lhe facultado o ingresso com seu automóvel no perímetro central vedado a veículos automotores. Se o agente público responsável pelo trânsito o impedir, sob a alegação de que está a cumprir uma regra que não lhe deixa alternativa, incidirá um desvio de poder. Com efeito, inequivocadamente, apesar dos termos peremptórios da norma, não haverá sido finalidade dela gerar embaraços no caso de situações extremas como a indicada. A “lógica do razoável”, tão encarecida - com justa razão - por Recasens Sicbes, impõe a adoção de conduta afinada com uma inteligência fiel à finalidade da regra. Logo, se o agente não o fizer, estará utilizando a competência para finalidade

distinta daquela em vista da qual foi instituída. De conseguinte, incorrerá em “desvio de poder” (MELLO, 1988, p. 14-15) ⁴³.

Há diversas modalidades de desvio de poder verificáveis na casuística. O arquétipo comumente utilizado para exemplificar o vício de finalidade é aquele em que o agente, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia ao interesse público. Entretanto, como já ficou claro nos parágrafos antecedentes, esta não é a única possibilidade de desvio de poder. Este pode existir também quando o agente, manejando uma competência abstratamente remetida à função que lhe é atribuída, busca atender a uma finalidade pública, diversa da prevista pela norma. Ou ainda, quando este mesmo agente busca a finalidade de interesse público, porém por vias excedentes ao poder que lhe fora outorgado ou por meios outros que não os legalmente previstos.

(...) também há vício de intenção que desemboca em desvio de poder quando o agente, ao produzir o ato o faz compondo-o propositalmente de maneira a forjar empecos, dificuldades incômodos adicionais à defesa do administrado ou à alegação de direitos em sede administrativa ou jurisdicional. É de bem ver que a expedição de ato nestas condições não está ajustada à finalidade própria dele. Responde a uma falsa noção de interesse público considerar que sua busca justifica o pisoteamento de outros direitos – como o de defesa ampla, do respeito à lealdade e boa fé – igualmente confortados no sistema normativo (MELLO, 2012, p. 70).

Deve-se frisar, contudo, aquilo que já se encontra implícito no raciocínio que vem sendo empreendido: diferentemente do que se pode pensar certo senso comum, o desvio de poder não se caracteriza pela intenção do agente. “O vício do desvio de poder é um vício objetivo, pois resulta do objetivo descompasso entre a competência utilizada e o fim categorial dela” (MELLO, 2012, p. 70). A objetividade do vício do desvio tem

⁴³ Noutro exemplo utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello para ilustrar o fenômeno do desvio de poder em caso de norma aparentemente vinculada, afirma-se o seguinte: “Suponha-se norma - tal qual a antiga lei prussiana, referida por Jellinek – segundo cujos termos a autoridade policial esteja obrigada a dissolver bandos de ciganos. Agregue-se-lhe um parágrafo único, dispondo: ‘Considera-se bando o agrupamento de 15 ou mais ciganos’. Pois bem, imagine-se que um agente policial se defronte com um grupo de 15 ciganos, os quais, entretanto, conforme se verifique no caso, sejam um casal, seus 12 filhos e a mãe do chefe da família. Se o agente policial determinar a dissolução do grupo estará incidindo em desvio de poder (apesar da dicção da norma exequenda), sobreposse se a Constituição vigente contiver dispositivo análogo ao da brasileira, estabelecendo que o Estado protegerá a família. Não sendo finalidade da regra repressiva em causa desagregar um núcleo familiar, o ato que o dissolvesse corresponderia à ‘utilização de uma competência com fim diverso daquele em vista do qual foi instituída’, ou seja, incidiria em desvio de poder”. Ainda que o caso exposto pelo autor em destaque tenha sido trazido com mero intuito pedagógico, é importante registrar o caráter extremamente racista e higienista da figura normativa escolhida para animar este caso hipotético.

referência na necessária concatenação lógica entre os motivos (fatos) que deram azo à produção do ato; a finalidade perquirida pela norma de competência; e, ao fim, a adequação e a proporcionalidade da medida adotada *in concreto*.

5 O PODER DE AÇÃO

A análise que se empreenderá sobre o fenômeno do oferecimento da ação penal condenatória pelo acusador público neste trabalho pressupõe uma orientação teórica crítica, já sinalizada na introdução. Digo isto, pois, as conclusões a que pretendo chegar dependem, em grande medida, das premissas fixadas no presente momento. Parte-se, aqui, portanto, de uma crítica à teoria geral do processo e de seu conceito de ação penal pública.

Como afirma Rômulo Moreira, a teoria geral do processo busca trabalhar sobre uma matriz conceitual genérica e universal – aplicável, por conseguinte, aos mais distintos modelos processuais de composição de conflitos (2013, p. 11-18). De acordo com o professor Elmir Duclerc, em um primeiro momento, a dogmática processual penal se aproveitou convenientemente do aparato conceitual fornecido por esta teoria unitária (como também apelidada), cuja matriz possui eminentes vínculos com as formulações do processo civil. A longo prazo, contudo, esta empreitada “acabou trazendo enormes prejuízos à disciplina e, o que é bem pior, ao operar concreto da jurisdição penal, pelo menos na perspectiva de um processo penal garantidor” (DUCLERC, 2016, p. 102). Isto porque:

O processo civil instrumentaliza, fundamentalmente, interesses privados (patrimoniais), das partes envolvidas no conflito. Difere, portanto, substancialmente do processo penal, cujo objeto é limitar o poder punitivo do Estado e garantir os direitos do polo débil da situação processual penal, que são o réu (processo de cognição) e o condenado (processo de execução) (CARVALHO, 2015, p. 65).

Rômulo de Andrade Moreira demonstra tamanha repulsa aos modelos fornecidos pela teoria geral do processo que chega a negar-lhe possibilidade de existência (2013, p. 11). Embora despido da cultura jurídica do mestre, peço permissão para discordar, em termos, desta formulação. A teoria geral do processo existe, sim, e com reflexos contundentes na prática jurídica. E é justamente por existir que deve ser combatida, na medida em que seus substratos se demonstram inadequados à realização dos princípios e fins constitucionalmente delegados ao direito processual penal.

Frise-se aqui, a impropriedade da teoria unitária para um tratamento constitucionalizado da questão penal não significa, de forma alguma, impossibilidade de diálogo profícuo entre as diversas disciplinas de cunho processual.

Fato é que a compreensão do fenômeno da ação penal de natureza pública não somente padece da influência de uma teoria geral do processo. Precedem-lhe historicamente outras deformações, originadas de transposições acríticas dos conceitos de direito privado, atinentes à matéria penal propriamente dita. Falo do direito penal subjetivo enquanto categoria reinante na doutrina nacional.

Como ensina Nilo Batista, grande parte dos autores brasileiros afirmam a titularidade por parte do Estado de um direito de punir (*ius puniendi*), caracterizado como a faculdade de criar leis penais e aplicá-las⁴⁴ (2007, p. 106). A inspiração deste raciocínio advém claramente da lógica das relações creditícias, buscando-se caracterizar o autor do delito como devedor de uma pena, em oposição ao Estado, seu credor, e titular do direito de executá-la. Ocorre que compreender a formação do *jus puniendi* em analogia a uma relação obrigacional *inter partes* gera uma série de problemas de ordem prática e axiológica.

O primeiro deles diz respeito à sua fundamentação remota, na mítica teoria do contrato social (BATISTA, 2007, p. 107). De acordo com os defensores do direito penal subjetivo, é o descumprimento da obrigação social que gera o débito penal. Esta fundamentação, entretanto, não possui qualquer respaldo empírico, inexistindo verificado o momento histórico em que se fundou uma relação jurídica contratual opondo Estado e indivíduos, baseada em adesão pela vontade.

(...) “na chamada relação punitiva o que se manifesta é aquele imperium a que se referem os publicistas ‘o poder de dominação do Estado’, a que está sujeito o réu, não por uma obrigação jurídica, mas pela submissão absoluta, irresistível, que, nos limites definidos pelo Direito, esse poder se impõe”, sendo, enfim, “um poder jurídico que se faz efetivo pela lei penal”: “reduzi-lo a um direito subjetivo

⁴⁴ Neste sentido, extrai-se passagem do renomado processualista Fernando da Costa Tourinho Filho: “Pertencendo o *jus puniendi* ao Estado, esse direito subjetivo de punir permanece *in abstracto*, enquanto não se infringe a lei penal. Com a prática da ação violadora da norma penal, antecipadamente estabelecida, aquele direito subjetivo de punir, que, indistinta e abstratamente, visa aos possíveis infratores da lei, modifica-se em relação ao seu real infratores, transformando-se num direito efetivo, atual, concreto, de punir” (2012, p. 351).

falsifica a natureza real dessa função” (BRUNO, 1967 *apud* FRAGOSO, 2016, p. 11).

Um ponto interessante abordado por Christiano Falk Fragoso diz respeito à confusão existente na titularização do poder punitivo pelo Estado: “não é possível falar em direito subjetivo titularizado pelo próprio ente que editou o ato político jurídico que fundamentaria esse direito” (2016, p. 12). Como já afirmava Nilo Batista, anteriormente, “de fato, atribuir à auto-obrigação jurídica, que caracteriza o estado de direito, os matizes de faculdade é inquietantemente metafórico” (p.2007, p. 108).

Por sua vez, admitir-se a gestação do *ius puniendi* a partir da mera ocorrência do crime resulta impróprio face a proteção do estado de inocência, outorgada pela Constituição Federal. Se a ação é exercida sob o pressuposto da titularidade de um direito formado pela ocorrência pretérita de um fato punível, a presunção vigorante será, inevitavelmente, de culpa. E o processo, mero empecilho para a realização daquilo que é de direito.

(...) não faz qualquer sentido falar de um direito material de punir que não seja constituído no âmbito de um processo. O próprio princípio do estado de inocência impede que se fale em *crime*, *criminoso* e *punição*, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (DUCLERC, 2016, p. 109-110).

Outro ponto problemático da importação do paradigma civilista é a impossibilidade de realização do direito penal fora da esfera jurisdicional (*nulla poena sine iudicio*). Como se sabe, o direito privado possui existência autônoma em relação às estruturas estatais de poder, realizando-se a partir da expressão da vontade das partes envolvidas, em seus arranjos e rearranjos. Daí sua compatibilidade com uma teoria que compreende o surgimento do direito subjetivo como um contra produto automático da ilicitude, uma vez verificados os requisitos necessários à espécie.

O poder punitivo, por sua vez, não é auto executório – pelo menos, não o é com a chancela do direito. Não se pode aceitar a realização juridicamente válida de uma pretensão punitiva sem a participação do Estado-Juiz, através de sentença penal

condenatória transitada em julgado⁴⁵, dada a característica de fundamentalidade do direito à liberdade. Ainda que, por hipótese, houvesse acordo de vontades entre o Estado e o indivíduo a respeito de uma questão penal, submetendo-se este último, de livre e desimpedida vontade, ao cumprimento de uma pena, esta seria reputada ilícita, por desrespeito ao princípio da jurisdicionariedade⁴⁶.

Este fenômeno está intrinsecamente vinculado à expurgação dos interesses da vítima em relação ao conflito penal. Sob o pretexto de protegê-lo, retirou-se a capacidade do ofendido de interferir nos rumos do processo, sendo a sua vontade substituída pela atuação do Ministério Público⁴⁷. Embora esta discussão seja demasiado ampla para ser digerida neste trabalho, importa colocar que se situa nesta operação confiscatória a origem da artificialidade da “lide” penal e sua dissociação dos reais conflitos sob os quais busca intervir. Por conseguinte, a ficção na qual o Ministério Público, *dominus litis*, encarna os interesses de toda a sociedade – à revelia de qualquer tipo de mediação com os reais afetados pelo conflito –, encerra uma perigosa e distorcida expressão da ideia de interesse público.

Percebe-se que, de forma correlacionada a esta problemática concepção de *ius puniendi*, surgem as reflexões em torno de um direito de ação penal do Estado (*ius persecuendi*). O paralelismo dessas concepções com os institutos de direito civil, material e processual, irá favorecer a formatação de um conceito unificado de ação, projetado pela teoria geral do processo. Neste universo semântico, a ação penal, tal qual

⁴⁵ Infelizmente, desde 2016, com o julgamento do HC n. 126.292/SP (BRASIL, 2017), o Supremo Tribunal Federal tem demonstrado desprezo pelo texto expresso da Constituição ao flexibilizar a regra da presunção da inocência para possibilitar a execução provisória da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da pena.

⁴⁶ Esse princípio vem sendo paulatinamente mitigado no direito brasileiro, com a ampliação dos espaços de consenso em processo penal.

⁴⁷ Nesse sentido Louk Hulsman e Jacqueline de Celis: “O sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como ‘o delinquente’ e a ‘vítima’. Tanto o autor do fato punível, que, no desenrolar do processo, não encontra mais o sentido do gesto que praticou, a pessoa atingida por este gesto tampouco conserva do domínio do acontecimento que viveu. A *vítima* não pode mais fazer parar a ‘ação pública’, uma vez que esta ‘se pôs em movimento’; não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou – o que muitas vezes, é mais importante – lhe dar a oportunidade de compreender e assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do ‘autor’; ela não sabe em que condições a família dele estará sobrevivendo; ela não faz nenhuma idéia das consequências reais que a experiência negativa da prisão trará para a vida deste homem; ela ignora as rejeições que ele terá que enfrentar ao sair da prisão” (1993, p. 82-83)

a de natureza civil, é conceituada enquanto um direito público, subjetivo, autônomo e abstrato⁴⁸.

Caracteriza-se a ação, pois, como uma situação jurídica de que desfruta o autor perante o Estado, seja ela como um direito (direito público subjetivo) ou como um poder. Entre os direitos públicos subjetivos, caracteriza-se mais especificamente como direito cívico, por ter como objeto uma prestação positiva por parte do Estado (obrigação de *dare, facere, praestare*): a *facultas agendi* do indivíduo é substituída pela *facultas exigendi* (CINTRA *et al*, 2006, p. 271).

Como se pode observar do excerto da obra “Teoria geral do processo”, embora admitam a possibilidade de tratar a ação enquanto um poder, o cerne da compreensão apresentada pelos expoentes da teoria geral do processo no Brasil sobre o conceito de ação é seu tratamento enquanto uma faculdade do autor perante o Estado. Isto fica demonstrado na medida em que, para estes autores, não há diferença entre a natureza jurídica da ação civil ou ação penal, tão somente quanto a seu objeto (2006, p. 273).

Partindo da ótica processual civil, mas sob uma perspectiva também aderente à chamada teoria geral do processo, o professor Fredie Didier Jr. conceitua o direito de ação como um direito fundamental de acesso ao judiciário (2015, p. 281). Para ele, a autonomia do direito de ação se afirmaria na prescindibilidade da titularização do direito afirmado; a abstração, por sua vez, estaria vinculada a independência do direito de ação em relação ao seu conteúdo (2015, p. 282).

Para além da sensibilidade do seu objeto, o principal problema de se atribuir ao principal instrumento público de promoção da persecução *in judicio* a natureza de um direito subjetivo está justamente atrelada à titularidade da ação penal pública no sistema brasileiro. Na condição de instituição estatal, o Ministério Público tem o seu agir definido pela lei. Não há, pois, sentido em se lhe deferir direitos subjetivos ou faculdades ministeriais. Como bem explanado no capítulo anterior, a atuação dos mecanismos de Estado no exercício das funções públicas não é uma faculdade; por conseguinte, não pode ser pautado pela autonomia da vontade própria do direito subjetivo. Mas, sim, obedecendo aos requisitos e fins legais, que sempre vincularão a competência pública, ainda que a norma porventura reserve algum espaço de

⁴⁸ Nesse sentido, Afrânio Jardim (1994).

discricionariedade para a atuação do agente estatal dotado de competência para a produção do ato.

Coaduna com este posicionamento, a percepção sobre a potência destrutiva inerente a toda a persecução penal, especialmente visível quando da formalização da acusação em juízo. As chamadas penas processuais são alvo da fina crítica do mestre Luigi Ferrajoli, que identifica na exploração midiática do desenvolvimento inflacional do processo penal⁴⁹ o motor de transmutação dos atos incriminatórios em instrumentos de culpabilização preventiva e estigmatização pública (2002, p. 587).

Aqui estamos obviamente nos casos de patologia judiciária. Mas de uma patologia que assinala a possibilidade de fazer uso do processo como escopo de punição antecipada, ou de intimidação polícial, ou de estigmatização social ou de persecuções políticas, ou por todos estes motivos conjuntamente. Em todos os casos, além de cada intenção persecutória em relação ao suspeito, é indubitável que a sanção mais temida na maior parte dos processos penais não é a pena – quase sempre leve ou não aplicada –, mas a difamação pública do imputado, que tem não só a sua honra irreparavelmente ofendida mas, também, as condições e perspectivas de vida e de trabalho; e se hoje pode-se falar de um valor simbólico e exemplar do direito penal, ele deve ser associado não tanto à pena mas, verdadeiramente ao processo e mais exatamente à acusação e à amplificação operada sem possibilidade de defesa pela imprensa e pela televisão. Desta forma retomou-se nos nossos dias a antiga função infamante da intervenção penal que caracterizou o processo penal pré-moderno, onde a pena era pública e o processo corria em segredo. Apenas que a berlinda e o colar de ferro hoje foram substituídos pela exibição pública do acusado nas primeiras páginas dos jornais ou na televisão, e isto não após a sua condenação mas após a sua incriminação, ainda quando o imputado é presumido inocente (FERRAJOLI, 2002, p. 587-588).

O fenômeno das penas processuais, principalmente quando atrelado à força da mídia corporativa contemporânea, deve ser definitivamente incorporado na reflexão dogmática processual penal pela perspectiva garantista⁵⁰. Considerando estes fatores, o

⁴⁹ A força da mídia no modelo neoliberal de sociabilidade e o seu atual protagonismo nas questões próprias da persecução penal são abordados com maestria pelo professor Nilo Batista em ensaio intitulado “Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio” (2003).

⁵⁰ Do ponto de vista dos neoconservadores, este ponto já parece ter sido bastante bem digerido, não apenas na prática judiciária, como na própria reflexão acadêmica. Neste sentido, o doutor Sérgio Fernando Moro, além de rotular as garantias processuais do texto constitucional como “excessivamente liberais”, afirma com alguma animação que os efeitos deletérios da persecução penal podem funcionar como um substitutivo da pena, antes os empecilhos na persecução penal dos *white collar criminals*: “a punição judicial de agentes públicos corruptos é sempre difícil, se não por outros motivos, então pela carga de prova exigida para alcançar a condenação em processo criminal. Nessa perspectiva, a opinião

potencial punitivo e infamante encerrado no manejo da ação penal impede que esta seja entendida como mero direito subjetivo de acesso ao judiciário, exercida sob a forma de faculdade pelo Ministério Público – sob a consequência de legar-se-lhe um direito de punir injurídico, à revelia da concorrência dos requisitos legais para a imposição de uma pena formal. Observada por este ângulo, o acesso à jurisdição penal também deve ser tratado como uma *ultima ratio*.

No que tange às noções de autonomia e abstração – nascentes no processo civil e apropriadas pela teoria unitária –, ambas revelam uma forte preocupação com as relações travadas entre indivíduo e Estado. Esses conceitos, que por vezes se confundem pela sua proximidade, são forjados da necessidade de se desembaraçar, ao máximo, o acesso do particular à jurisdição. Para isto, foi imprescindível apartar o direito de agir do seu conteúdo, desvinculando o acesso ao judiciário de qualquer pertinência material com o intuito de preservar a validade da ação, não obstante improcedente, ou até mesmo injurídica, a pretensão veiculada. Trata-se, sobremaneira, de um esforço teórico de garantia direcionado ao particular, na medida em que resguarda o autor de quaisquer formas jurídicas de responsabilização pelo mero fato de acionar a o poder jurisdicional.

Em grande medida, este paradigma se constrói sobre uma concepção de indivíduo livre para defender seus interesses em face de terceiros, sem para isso ter que recorrer à violência, que-lhe fora negada com a vedação da autotutela. Aparece, ademais, como uma prerrogativa que assiste ao particular, em sua hipossuficiência, frente ao poderio da máquina estatal, possibilitando-o demandar judicialmente contra o próprio Estado. Mas, sobretudo, a garantia do acesso à jurisdição tem assento na legitimação do Estado-Juiz como espaço ideal para a gestão da conflitividade social.

Este esquema teórico, contudo, não parece se adequar tão bem à sistemática de persecução pública adotada enquanto modelo de promoção da justiça criminal no Estado de matizes liberais. Isto porque a problemática de acesso ao Estado-Juiz parece menos urgente nesta seara. Diferentemente do eixo paradigmático de reflexão do processo civil – onde o indivíduo que exercita o direito de ação se insurge em face do Estado, eventualmente contra ele próprio, a partir de uma posição pouco favorável para

pública pode constituir um salutar substitutivo, tendo condições melhores de impor alguma espécie de punição a agentes públicos corruptos, condenando-os ao ostracismo” (2004, p. 61).

a realização dos seus interesses – em processo penal, a relação de oposição entre o órgão oficial de acusação e judiciário é um construto artificial, próprio do organograma estatal gestado pela divisão das funções do poder. Assim, enquanto a teoria do direito de ação no processo civil nasce do explícito desnível entre indivíduo e Estado, a ação penal pública deve ser interpretada como parte de um sistema de freios e contrapesos. Ou seja, dentro da lógica de fiscalização, contenção e equilíbrio mútuo dos poderes estatais. O cerne da reflexão aqui, portanto, não se volta à garantia do poder de agir; mas sim à sua limitação.

A conclusão que se extrai destas reflexões é que a conceituação da ação penal como um direito subjetivo, abstrato e autônomo não se presta aos desafios colocados pela movimentação real do sistema criminal de justiça. A natureza do seu objeto; a sua titularidade no processo penal brasileiro; bem como poder punitivo encerrado na sua propositura; tudo isto indica que a ação penal de natureza pública melhor se caracteriza como um poder estatal. Este poder somente é habilitado juridicamente para exercício quando concorrem todos os requisitos necessários à sua admissibilidade judicial. Estes devem sempre ser lidos à luz do texto constitucional, de forma ampliativa, por tratar-se aqui de um esforço de contenção do poder punitivo. Noutra face, o exercício desarrazoado da ação penal é ilícito sob qualquer perspectiva, seja por afronta direta ao texto legal, seja por abuso de poder.

A definição proposta encontra paralelo no pensamento do professor Luiz Alberto Machado, esposado na introdução ao livro “A lide e o conteúdo do processo penal”, do mestre Jacinto Coutinho:

De há muito questiono, diante dos meus alunos de mestrado, a possibilidade de se adotar, no processo penal, o conceito processualista civil da ação abstrata, de que decorrem as condições da ação (legitimidade à causa, legítimo interesse, possibilidade jurídica do pedido). O processo penal diz com direitos e garantias individuais, sacrais para o Estado e indisponíveis, ainda que inexercitadas, pelo cidadão; daí, não se pode pressupor a validade de uma denúncia, ou queixa-crime, sem um mínimo de vislumbre da concretude do direito material cujo reconhecimento se busca. Cheguei a entender, ainda que sem muita preocupação com a ciência processual, que o processo penal só se compatibiliza com uma teoria concreta da ação, a fim de se poder compreender a possibilidade, ainda que a posteriori, de responsabilidade do agente do Ministério Público que atuasse com abuso de poder e/ou autoridade. (1998, p. 9-10).

Não se pode, contudo, confundir a necessária vinculação da validade do poder de ação e seu suporte empírico com as reflexões que demandam a obrigação de ter razão no pleito demandado. Embora o tratamento aqui dado ao conceito de ação penal guarde referência à teoria concretista, inexistente identidade completa entre ambas as concepções.

Definida a perspectiva de ação penal pública aqui trabalhada, resta situá-la dentro dos eixos de compreensão quanto aos critérios de oferecimento da ação penal: se baseados no princípio da obrigatoriedade ou da oportunidade. Segundo Vinícius Gomes de Vasconcellos, a posição majoritária no Brasil é de que “o princípio da legalidade no processo penal corresponde à obrigatoriedade da persecução punitiva” (2015, p. 36). Nesta perspectiva, “se existir alguma prova no inquérito ou peças de informação, ainda que leve ou controvertido, deve o Ministério Público apresentar denúncia” (JARDIM, 1994, p. 134).

Há, contudo, uma grave diferença entre o princípio da legalidade, que impõe aos agentes estatais pautarem a sua atuação na conformidade da lei e a existência de obrigatoriedade na persecução penal *in judicio*. Esta dessemelhança é apontada com maestria por Vinícius Vasconcellos, que verifica ser “possível aventar a caracterização de espaços de oportunidade/não obrigatoriedade em um cenário de legalidade, em que a obrigatoriedade mantém seu papel estruturante e geral” (2015, p. 50-51). Tal hipótese é de fundamental importância para compreender o fenômeno da ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.

Trata-se, ademais, de uma condição de possibilidade para este trabalho separar legalidade de obrigatoriedade, afinal somente desta perspectiva será possível pugnar por um controle de legalidade a partir dos aportes de uma teoria do desvio de poder. Para além da ampliação das margens para o consenso que surgem no ordenamento brasileiro⁵¹ – e inegavelmente representam uma mitigação no princípio da obrigatoriedade –, não se pode ignorar que a legislação atualmente vigente traz consigo espaços de reflexão acerca da necessidade e adequação da intervenção penal no momento do oferecimento da respectiva ação processual, ultrapassando a mera

⁵¹ Entre eles, o fenômeno da transação penal, suspensão condicional do processo e o próprio instituto da colaboração premiada, na forma da Lei n. 12.850/2013.

existência de subsídio empírico mínimo. Está se referindo aqui, por exemplo, às condições da ação (especialmente interesse de agir) e à justa causa como elementos que devem concorrer para o recebimento da ação penal, ambas incorporadas formalmente ao regime de admissibilidade das denúncias criminais do Código de Processo Penal, com o advento da Lei n. 11.719/2008.

Mais que um conjunto asséptico de operações subsuntivas de natureza cogente, é importante perceber que a dogmática jurídico penal e processual penal anima a realização de uma verdadeira política pública de controle social, com fulcro na lei e na própria Constituição. Através da cognição de crimes a aplicação de penas, o discurso jurídico-penal se legitima na ordem jurídica através de promessas de cunho socializante, direcionadas ora às vítimas; ora aos autores de delitos; ora às coletividades. Como diriam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar, “*toda teoria positiva da pena proporciona um paradigma para o saber penal*” (2011, p. 93).

Deste modo, as reflexões acerca da intervenção penal se situam para além de crimes e penas, projetando-se para as funções sociais a serem desempenhadas por cada um dos institutos formatados pelo discurso jurídico penal e processual penal. Como já se vislumbrou da leitura do voto condutor no HC 42.679/GB, ali também havia uma concepção deontológica do papel da denúncia no ordenamento jurídico vigente. Certo ou errado, ficou claro na fundamentação da concessão daquele *writ* o entendimento de que o poder de denúncia era deferido ao órgão acusador oficial como um instrumento “para fazer atuar a lei penal, para defender a sociedade contra os criminosos, para reprimir os crimes que tenham sido cometidos” (BRASIL, 1966, p. 531).

Obviamente, o papel dos institutos de direito penal e processual penal não é mero resultado de um ato de vontade. O discurso jurídico não é um espaço privilegiado para a expressão das subjetividades. As funções projetadas para a tecnologia dogmático-jurídica devem, portanto, guardar coerência com o ordenamento jurídico vigente e a sua sistemática própria. Além disso, os discursos jurídico penal e processual penal devem ser socialmente verdadeiros, o que pressupõe dois níveis de ‘verdade social’: a) um abstrato, no qual a planificação criminalizante possa ser considerada como um meio adequado para a obtenção dos fins propostos (adequação meio-fim); b) outro concreto, que impõe a exigência que os grupos humanos que integram o sistema penal operem

sobre a realidade conforme as pautas planificadoras assinaladas pelo discurso jurídico-penal (adequação operativa mínima conforme a planificação) (ZAFFARONI, 1988, p. 16/17).

A partir destas considerações é possível ensaiar algumas das finalidades atribuíveis ao ato de oferecimento da ação penal de natureza pública pelo acusador oficial, dentro dos marcos inaugurados pela Constituição de 1988. Estes fins estão relacionados entre si, e não são excludentes de eventuais outros a serem extraídos da atividade de interpretação das mais diversas fontes do direito compatíveis com o ordenamento. Dentre eles é possível citar: (a) publicização da acusação; (b) viabilização da ampla defesa e do contraditório; (c) atuação da lei penal; e, por fim, (d) atuação da política criminal constitucional.

A publicização da acusação e viabilização da ampla defesa e do contraditório estão intimamente ligados. Busca-se com a primeira tornar a acusação passível de controle popular, dando conhecimento da imputação e dos meios de prova a serem utilizados, a partir do preceito já firmado de que a denúncia é uma peça expositiva e demonstrativa. Tais condutas, por conseguinte, são imprescindíveis para a formulação da defesa, direito inafastável do acusado de processo penal. Por isso tudo isso, a peça exordial deve ser descritiva, abdicando de adjetivações infamantes que representem potenciais formas de apenamento processual. Igualmente, não deve se omitir da defesa nenhum dos conteúdos que subsidiaram a acusação, em homenagem ao princípio da não-surpresa.

Com a denúncia, busca-se ainda a confirmação da pretensão punitiva, com a verificação do preceito primário da norma penal incriminadora, bem como a ausência de impeditivos para habilitação da sanção prevista em seu preceito secundário. Veja-se, contudo, que a lei penal deve ser interpretada como meio para a realização da política criminal. Não é possível, assim, dissociar a pena que se busca aplicar de sua razão final, da sua função dentro do pacto político constitucional. Deste modo, a denúncia deve trazer claros os efeitos que busca atingir com a aplicação da pena, de modo a torna-los passíveis de verificação e controle, no cotejo das diretrizes normativas do ordenamento jurídico vigente com as particularidades do caso concreto.

6 APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESVIO DE PODER NA ANÁLISE DO OFERECIMENTO DA AÇÃO PENAL PELO ACUSADOR PÚBLICO

Este último capítulo destina-se a responder a questão objeto deste trabalho, no sentido de apontar elementos que indiquem a aplicabilidade da teoria do desvio de poder na análise de validade do oferecimento de ação penal pelo acusador público. Os referenciais jurídicos utilizados para a investigação são fornecidos pelo ordenamento em voga, com especial atenção para a força normativa da Constituição Federal de 1988.

O significado aqui dado à palavra aplicabilidade se refere à ideia de comensurabilidade paradigmática, ou, melhor dizendo, a compatibilidade dos discursos operativos fornecidos pela teoria do desvio de poder e as noções acerca do exercício de ação penal de natureza pública. Diferencia-se assim a ideia de aplicabilidade da aplicação, propriamente dita. Enquanto a primeira expressa uma potência realizável, a segunda se refere ao ato concreto de aplicar. Uma vez verificados elementos para a aplicabilidade da teoria do desvio de poder na análise da ação penal de natureza pública, cogitar-se-á de possíveis consequências prático-jurídicas da sua aplicação, buscando ir além da exigência do mínimo empírico no oferecimento das denúncias criminais.

Como forma de reiterar os primeiros passos, friso que a abordagem privilegiada neste trabalho em relação ao problema se dá a partir da perspectiva do controle e contenção do poder punitivo que se instrumentaliza através do poder de ação. Isto não impede que a teoria do desvio de poder seja utilizada como parâmetro para a averiguação de responsabilidade da autoridade que incorre neste tipo de vício, desde que considerados os vetores normativos próprios do sistema de direitos e garantias indissociáveis da cognição de fenômenos jurídicos desta natureza.

O raciocínio empreendido é resultado da seleção de fundamentos colhidos nos capítulos anteriores. Eles contribuirão para demonstrar a existência de condições para a aplicação da teoria do desvio de poder na análise do ato de oferecimento de ação penal pública. Embora os diversos pontos aqui tocados possam eventualmente ser suficientes para uma resposta positiva em relação à questão da aplicabilidade, o máximo potencial de cada um destes fundamentos resta definitivamente inexplorado nesta monografia.

6.1 DA APLICABILIDADE PROPRIAMENTE DITA

Num primeiro momento, ainda quando da projeção desta investigação, imaginei que a aplicabilidade da teoria do desvio de poder poderia ser demonstrada através de um atalho metodológico. O raciocínio prefigurado era mais ou menos o seguinte: (a) a teoria do desvio de poder é aceita na doutrina e jurisprudência brasileira como mecanismo de controle de validade dos atos administrativos em geral; (b) é possível incursionar o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público no conceito de ato administrativo; (c) logo, por uma questão de racionalidade interna do sistema, a teoria do desvio de poder é aplicável na análise de validade do oferecimento de ação penal pelo acusador público. Este raciocínio não está proscrito e será devidamente explorado em seu devido momento. Entretanto, após a pesquisa, verifiquei que a existência de elementos corroborantes da compatibilidade entre teoria do desvio de poder e processo penal é mais explícita do que pensei.

Como herança do raciocínio empregado no julgamento do HC n. 42.697/GB por Victor Nunes Leal, destaca-se a importância dada ao abuso de poder enquanto hipótese de concessão de *habeas corpus*, lado a lado com a ilegalidade, na Constituição de 1946. O saudoso ministro do Supremo Tribunal Federal rememora que esta previsão de abrangência da ação de liberdade repetia as fórmulas de Constituições anteriores. Mais especificamente, dos textos de 1891 e 1934 (BRASIL, 1966, p. 530).

Além de redação tecnicamente inferior a das suas congêneres, é interessante perceber que a Constituição de 1937 irá apresentar fórmula diversa na sua disposição sobre a incidência do *habeas corpus*⁵². O pressuposto para a concessão da ordem, neste modelo jurídico – comumente reputado como autoritário – passa a ser tão somente a coação ilegal, denotando uma redução da abrangência daquele instrumento de garantia da liberdade.

⁵² Alínea “16)” do art. 122 da Constituição de 1937: dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

O vigente Código de Processo Penal se inaugura dentro desta égide, e não por outro motivo irá regular a ação penal liberatória⁵³ a partir do pressuposto da coação ilegal. Talvez como forma de contrabalançar a restritividade implícita no decote da hipótese de abuso de poder, o legislador traz a lume, enquanto forma de coação ilegal ensejadora de *habeas corpus*, o instituto da justa-causa, com toda a sua amplitude semântica e apelo valorativo⁵⁴. Daí a sacada de Victor Nunes – já sob a luz do art. 141, § 31 da Constituição de 1946 – em afirmar o seguinte: “como o abuso de poder, pela Constituição, autoriza o *habeas corpus*, e o Código regula o *habeas corpus* no pressuposto da coação ilegal, daí resulta que os casos de abuso de poder ficam transformados, pelo Código, em casos também de ilegalidade *stricto sensu*” (BRASIL, 1966, p. 530).

Este debate repercute na presente conjuntura normativa, pois a Constituição de 1988 também adota a dupla hipótese de concessão de *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder⁵⁵. Destaca-se, evidentemente, a proteção constitucional da liberdade, ainda que potencialmente ameaçada, em face do violento e/ou coativo antijurídico, com a previsão do respectivo meio de tutela para tanto.

Digo que a Constituição repele o antijurídico em favor da liberdade por influência da proposição de Victor Nunes Leal, que observa na dupla proteção fornecida (contra ilegalidades e abusos de poder) uma ampliação dos sentidos dados à noção ordinária de ilegalidade (BRASIL, 1966, p. 530). Nesta perspectiva, são rejeitadas as condutas que, mesmo aparentemente compatíveis com o texto legal, mostrem-se abusivas e violadoras de direitos e garantias.

Coaduna com raciocínio esposado o diálogo direto da noção ampliada de ilegalidade propalada por Victor Nunes Leal com a ideia de legalidade estrita estudada

⁵³ De forma equivocada, no entanto, o *habeas corpus* está arrolado como recurso, no Código de Processo Penal.

⁵⁴ Sobre a semântica da justa causa, Maria Thereza Assis de Moura: “O estudo nos mostrou não só a diversidade de seus significados, mas também que a impossibilidade de traçar uma definição absoluta de justa causa pode ser explicada porque, de um lado, a noção de causa é vaga e ambígua, e de outro, justo constitui um valor” (2001, p. 19).

⁵⁵ Inciso LXVIII, art. 5º, Constituição Federal de 1988: conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

no direito administrativo. Assemelham-se ambas às faces opostas de uma mesma moeda.

Como já observado anteriormente, Victor Nunes admite que atos pretensamente compatíveis com o texto legal podem adquirir feições de ilegalidade na medida em que se animem a fins antissociais, por exemplo. Doutro lado, o direito administrativo reconhece legalidade ao ato apenas quando presentes todos os requisitos para a sua produção. Como já referido, a análise de legalidade estrita do ato administrativo ultrapassa os elementos da competência, da legalidade do objeto e da sua forma, para adentrar aos motivos ensejadores do ato e suas finalidades (TÁCITO, 1975, p. 27), ainda que o texto legal não explicita tais caracteres. Mais recentemente surge na doutrina a motivação enquanto elemento essencial do ato administrativo⁵⁶, em total compatibilidade com o dever constitucional de fundamentação dos atos do poder público. Em suma, verifica-se de ambos os lados uma repulsa pelo injurídico produzido pelo Poder Público, ainda mais quando afrontado o direito fundamental à liberdade.

Deve-se inferir ainda, como aporte deste estudo, que o vício de finalidade redundante no desvio do poder público é reputado como espécie do gênero abuso de poder (LEAL, 1948; TÁCITO, 1975; MELLO, 1969 *apud* MELLO, 2012). Isso é bem explícito no HC n. 42.697/GB, no qual a subversão das finalidades idealizadas ao poder de ação abrem margem para a caracterização do seu abuso (BRASIL, 1966).

Por tudo quanto exposto, é possível afirmar que a Constituição de 1988 repudia a persecução penal desviada em suas finalidades, protegendo em face desta a liberdade do cidadão. Mais. A partir desta leitura do texto constitucional é possível extrair uma concepção de processo penal de estrita legalidade, em relação aos seus institutos potencialmente ensejadores de constrição pessoal. Fosse doutra forma, a proteção do direito de locomoção da pessoa humana contra abuso de poder e ilegalidade não estaria acompanhada da garantia de *habeas corpus*. Conclui-se, desta forma, haver elementos na carta maior que indicam a aplicabilidade da teoria do desvio de poder à análise de validade da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

⁵⁶ Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012).

No âmbito da lei processual penal, estes elementos de aplicabilidade também se verificam, especialmente após o advento da Lei n. 11.719/08 que trouxe para o regime de admissibilidade das denúncias criminais o requisito da justa causa, sob pena de rejeição da exordial acusatória. Como já explicitado, a interpretação sistemática dada ao signo da justa causa, em face da Constituição, abrange as hipóteses de abuso (e desvio) de poder. Isto é verificado por Victor Nunes Leal (BRASIL, 1966) e Heleno Fragoso (1967) quando da análise da jurisprudência que adentrava ao material empírico das denúncias para o trancamento de ação penal por falta de subsídios mínimos para a sua instauração.

A inclusão das condições da ação como filtros de admissibilidade das acusações também é via que leva à conclusão da aplicabilidade da teoria do desvio de poder à análise das denúncias. Principalmente quando se remete ao chamado interesse de agir e as suas categorias internas de utilidade⁵⁷, necessidade⁵⁸ e adequação⁵⁹. Veja-se, contudo, que esta é uma incorporação da chamada teoria geral do processo e deve, por isso, ser observada com ressalvas, como o fazem muitos dos processualistas penais⁶⁰. As conclusões deste grupo chegam inclusive a infirmar a tese aqui apresentada, como pode se observar da crítica da ministra Maria Thereza Assis de Moura, na qual afirma que o interesse de agir:

decorre de intervenção do poder Judiciário para a imposição da sanção penal e adequação do provimento pleiteado. Tais requisitos são ínsitos à acusação, não só em virtude da legalidade, como também da regra de obrigatoriedade da ação penal. Irrelevante, pois, mencionada condição, para a ação penal de natureza condenatória (2015, p. 216-217).

Muito embora compactue das preocupações com as transposições conceituais promovidas por uma teoria geral do processo, não é possível aceitar sem crítica todo o

⁵⁷ “Há utilidade sempre que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido; sempre que o processo puder resultar em algum proveito ao demandante” (DIDIER, 2015, p. 360).

⁵⁸ “O exame da ‘necessidade da jurisdição’ fundamenta-se na premissa de que a jurisdição tem de ser encarada como última forma de solução de conflito” (DIDIER, 2015, p. 361).

⁵⁹ Didier entende que é polêmica a conceituação de adequação, em vista do fato de que ela se refere ao procedimento, não ao interesse. Considerando isto, afirma o seguinte: “O processo, em seu aspecto formal, é procedimento. O exame de adequação do procedimento é um exame da sua validade. Nada diz respeito ao exercício de ação, à demanda” (2015, p. 364-365). Tais construtos parecem se afastar da noção de ação penal aqui defendida.

⁶⁰ Nesse sentido, Maria Thereza Assis de Moura considera errônea a importação das categorias de processo civil (2001, p. 215).

tipo de conclusão decorrente deste acordo. A visão de obrigatoriedade ostentada pela ministra Maria Thereza de Assis Moura para negar vigência à condição do interesse de agir no processo penal é inadequada aos pressupostos firmados neste trabalho. Isto pelos seguintes motivos.

Primeiro, coloca-se o Ministério Público em uma posição de acusador sistemático. Esta noção sequer respeita a legalidade na qual diz se escorar, na medida em que construída à revelia das potencialidades emanadas da própria clausula legal da justa-causa, negando-lhe plena vigência no controle das iniciais acusatórias. Ademais, aceitando-se a proposição de Afrânio Jardim que entende pelo oferecimento de ação penal mesmo quando a prova é contraditória ou leve (JARDIM, 1994, p. 134), incentivar-se-ia a movimentação desnecessária (e altamente custosa) do sistema de justiça, em detrimento das dores e exposição do acusado de processo penal.

Segundo, é contraditória com o próprio histórico de limitação do poder punitivo construído pela jurisprudência através da exigência do mínimo empírico para a formalização da imputação criminal. Como já explanado, a exigência de subsídios fáticos para o oferecimento de denúncia criminal se escorou na largueza semântica da noção de justa-causa em um momento que a letra da lei apontava para requisitos muitos menos rigorosos para a admissibilidade das acusações. Foi, portanto, com base numa ideia difusa de razoabilidade que se passou a exigir prova da materialidade indícios suficientes de autoria para denunciar-se alguém (FRAGOSO, 1967).

Terceiro e mais importante, a ideia de obrigatoriedade tal como colocada recobre aprioristicamente a intervenção penal de legitimidade, sem qualquer tipo de consideração sobre a potencial eficácia de sua aplicação prática. Embora requisito necessário, não é suficiente que as funções projetadas na lei penal estejam concatenadas com a sistemática do ordenamento jurídico, quando tal coerência não se mantém ante a concretude dos fatos. No auge de sua alucinação, o modelo da obrigatoriedade intercede na realidade social, com processos e penas, sob o pressuposto de debelar conflitividades que sequer são verificáveis no mundo real⁶¹, quando não as fabricam ou as estimulam⁶².

⁶¹ Como diria Louk Hulsman e Jacqueline de Celis, “o sistema penal trata de problemas que não existem” (1993, p. 83).

Baseado em falsos dados sobre fatos e relações sociais, mas refutando qualquer correção dos mesmos por parte das ciências sociais, o saber jurídico penal (direito penal) aceita a naturalidade da criminalização secundária. Por outro lado, com base na experiência obtida em alguns conflitos, ele generaliza o desempenho de uma função social positiva e racional da pena, sem submeter a extensão desse desempenho à verificação. Sobre esta generalização infundada assenta toda a sua elaboração teórica, de modo a, se bem construída, manter coerência com a função positiva pretensamente invariável do poder punitivo e permitir dele se deduzir as pautas para decidir os casos concretos, de sorte que cada decisão seja uma consequência passível de ser reconduzida à premissa funcional que serve de viga-mestra a todo o edifício teórico. (...) Consoante a esta criação arbitrária do mundo, o discurso jurídico-penal não incorpora, como dado, as limitações do poder jurídico dos operadores aos quais se dirige programaticamente. Ao contrário, de acordo com o mundo por ele criado, ensaia a planificação de todo o exercício do poder punitivo como se este se adequasse às pautas dos teóricos. Como esta construção não respeita a realidade do poder, o discurso que as enuncia se arvora em legitimante de um poder que não é jurídico, mas sim policial, político, comunicacional e também subterrâneo (ZAFFARONI *et al*, 2011, p. 71).

A noção de obrigatoriedade, tal como apresentada, ainda desconsidera a existência das penas processuais, potencialmente inscritas na movimentação dos mecanismos de processo penal. Como observado, este potencial punitivo do processo penal foi refletivo por autores como Ferrajoli (2002) e inscrito na reflexão jurisprudencial, como se observa no acórdão do HC 80.161-7/RJ, da lavra do ministro Sepúlveda Pertence (BRASIL, 2001), que resgata as noções de abuso do poder de denúncia originalmente pensadas no HC n. 42.697/GB.

Por fim, cabe inferir que esta concepção de obrigatoriedade está muito provavelmente atrelada a ideia de que a norma penal dá aparência de vinculação da conduta do acusador público. Este raciocínio é parcialmente correto. Observou-se ao longo deste trabalho que grande parte dos estudos sobre a teoria do desvio de poder se construíram a partir da sua incidência sobre o fenômeno da discricionariedade. Conforme visto, contudo, o vício de desvio de poder pode ocorrer mesmo nos atos fundamentados em norma que aparentemente indicam conduta vinculada. Deste modo, resta explícito que o dever legal se dirige primordialmente ao alcance da finalidade,

⁶² Não há maior exemplo para isto na atualidade que a guerra às drogas, cujo grande repositório de legitimidade social se encontra na espiral do combate à violência gerada pela guerra às drogas.

através de instrumentos mais ou menos flexíveis de atuação. Deste modo, se as finalidades perquiridas pela norma penal não são passíveis de realização no caso concreto, não é possível que, ainda assim, o acusador público esteja a ela vinculado, por apego a uma abstração legal. Abrir mão do manejo de ação penal nestes casos não configura arbítrio do agente público, uma vez que a mesma lei que impõe a persecução fornece subsídios para a sua escusa, quando inexistente justa causa e/ou interesse para o oferecimento de denúncia.

Após este pequeno aparte para considerações sobre o afamado princípio da obrigatoriedade, chega-se a conclusão de que, também no âmbito da legislação federal, há espaço para o controle dos fins da denúncia criminal. E, por conseguinte, para a aplicação da teoria do desvio de poder à análise de validade da ação penal oferecida pelo acusador público. Seja pela via das condições da ação, mas principalmente pelo signo da justa causa, dado o seu relevante histórico no processo penal.

Para a realização deste imperativo – ações penais coerentes com as finalidades para as quais foram projetadas – serve uma importante contribuição de Heleno Fragoso, a partir de sua leitura do professor João Mendes, que caracteriza a denúncia criminal como uma peça expositiva e demonstrativa (MENDES, 1911 *apud* FRAGOSO, 1967, p. 2-3). Aprofundo este raciocínio da seguinte forma: a denúncia é expositiva na medida em que apresenta e torna pública a tese acusatória, descrevendo a conduta criminosa sob persecução; é, por outro lado, demonstrativa quando traz consigo, de forma explícita, os meios pelos quais a acusação busca fazer atuar a lei penal e os preceitos da política criminal constitucionalizada. Somente perante o preenchimento destes requisitos é possível ao acusado exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Adentrando outro espaço explorado nesta monografia, importante afirmar, as investigações acerca do direito público trouxeram contribuições imprescindíveis. Aqui, parte-se da premissa de que, em uma democracia constitucional, o aparelho de Estado se volta para a realização dos direitos e garantias fundamentais (JUSTEN FILHO, 2014, p. 149). Sua movimentação, portanto, deve ser compreendida a partir da repartição de funções públicas, que dotam os agentes estatais de uma posição jurídica caracterizada pela titularidade de poderes instrumentais, previstos como meio para a realização das finalidades legais. A vinculação destes poderes para a consecução de determinados fins

de natureza pública, por sua vez, afasta a possibilidade de interpretá-los como direitos subjetivos ou faculdades (JUSTEN FILHO, 2014, p. 147-148). No regime de direito público, a noção de dever é o eixo regente do atuar estatal (MELLO, 2012, p. 14). Deste modo, reputa-se desvio de poder a infração de dever quando da utilização de uma competência pública em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição (MELLO, 2012, p. 56-58), não importa se na esfera administrativa, legiferante ou jurisdicional.

Estes fundamentos são essenciais para rejeitar caracterização da ação penal pública como um direito subjetivo, abstrato e autônomo. A vinculação do acusador público aos requisitos e fins previstos em lei; a natureza especificamente sensível do objeto da ação penal; o potencial destrutivo inerente à formalização da acusação criminal; a necessária jurisdicionariedade como explícito mecanismo de controle do arbítrio estatal; tudo isso corrobora para a compreensão de que a ação penal seja caracterizada como um poder público. Por sua vez, o exercício deste poder somente pode ser reputado válido na medida em que cumpridos todos os requisitos legais e se demonstrarem explícitos e compatíveis com o direito os fins a que busca alcançar.

Por este viés, o poder de ação deferido ao acusador ministerial constitui instrumento para a realização da função estatal de persecução penal pública. Esta se assimila à função administrativa do Estado, uma vez produzida por agente público, que concretiza os preceitos legais orientadores da sua atividade, determinando situações jurídicas individuais, sucessivas e escalonadas, desde a notícia crime até o acompanhamento da execução penal, passando aí pela formalização da acusação criminal e toda atividade processual promovida junto ao poder judiciário. Assim, muito embora se tenha por costume estudar o oferecimento da denúncia pela ótica processual, é inegável a sua dimensão administrativa (uma coisa não exclui a outra). E, por tabela, sua submissão ao regime geral de direito público.

Levadas em conta as premissas fixadas, a ação penal pública oferecida em descompasso com as finalidades públicas que lhe são impostas incorre em desvio de poder. Por se tratar de ato público que excede as competências legais que demarcam a sua projeção ideal, pode-se dizer que há elementos bastantes para seja-lhe aplicada a teoria do desvio de poder, reputando-se inválida a propositura resultante destes termos.

6.2 POSSÍVEIS REPERCUSSÕES DA APLICAÇÃO

Encaminhando-se para o finalmente, volto a me referir à diferenciação entre aplicabilidade e aplicação, mas desta vez sobre outro enfoque. Quer se chamar aqui atenção para o fato de que toda a estrutura de raciocínio montada neste trabalho parte do pressuposto de um direito cogente. Afinal, como já afirmado, o programa constitucional vincula o agente público. Desta maneira, caso aceitas as premissas que indicam pela aplicabilidade da teoria do desvio de poder à análise de validade do oferecimento da ação penal, impõe-se a sua concreta aplicação, toda a vez que o poder de ação se exercitar de forma desviada, reputando-se inválido o ato viciado. A possibilidade de saneamento deste tipo de vício não é objeto deste trabalho, pois demandaria um diálogo mais intenso com a teoria das nulidades. Entretanto, vale afirmar que um processo penal de legalidade estrita dá indícios de repulsa a convalidações que perpetuem o potencial punitivo dos instrumentos de poder da persecução penal.

Como se observou, a caracterização do vício de desvio de poder não é marcada pela intenção do agente, mas sim pela incompatibilidade entre a sua competência legal; a adequação dos meios utilizados por este para a produção de um determinado efeito; e os fins aos quais o ato produzido deveria se destinar, por vinculação legal. Nesses termos, o vício de poder é verificável objetivamente.

Claro, a intenção é um ponto importante na teoria do desvio de poder e o seu mau direcionamento denota, por conseguinte, a imensa possibilidade de que as finalidades do ato produzido não concorram com o interesse público. Em vista disto, Celso Antônio Bandeira de Melo chega a afirmar que a intenção desviada do agente público na produção de ato da sua competência gera presunção absoluta (*iuris et de iure*) de sua invalidade, por desvio de poder (2012, p. 74) . Sem adentrar ao mérito do pensamento do eminente administrativista, com o qual tendo a concordar, pelo menos no que tange à sua aplicação na área-crime, pode-se dizer que os casos de intenção desviada quanto à finalidade no ato de oferecimento da denúncia criminal não somente se prestam a uma crítica no âmbito da validade, mas também dialogam diretamente com o regime de suspeições de processo penal. Afinal, a exigência legal de isenção subjetiva do órgão acusador não se compatibilizaria com uma persecução penal motivada por

razões outras que não as previstas em lei. Eis aqui a primeira projeção prática da aplicação da teoria do desvio de poder à espécie.

Para além da intenção, a noção do desvio de poder como um vício objetivo é fundamental para iluminar sua aplicabilidade, até porque na maioria das vezes o agente público não atua de má-fé. Quer atingir uma finalidade de interesse público, mas os meios que lhe assistem são inadequados para tanto, ou mesmo aquela finalidade buscada não coincide com a de sua competência. Nesse sentido, a teoria do desvio de poder irá ajudar a trazer para o debate jurídico o questionamento sobre as condições necessárias e adequadas para o alcance das finalidades legais.

Isso pode ter influência direta na ideia de mínimo probatório atribuída à justa- causa. Como já se afirmou, os tribunais superiores tendem a assimilar justa causa com o requisito de “prova da materialidade e indícios suficientes de autoria” (MOURA, 20011, p. 275). A noção de suficiência da prova de autoria nunca foi muito bem desenvolvida, contudo, abrindo-se espaço para diferentes posições sobre os *standarts* empíricos necessários para o oferecimento de acusação criminal. Alguns chegam ao cúmulo de defender a possibilidade de oferecimento de denúncia mesmo quando em face de dúvida, baseados no pseudo-princípio do *in dubio pro societate*⁶³, entendimento com ampla repercussão na jurisprudência pátria.

Entretanto, a partir de uma leitura da teoria do desvio de poder e da compreensão da regularidade dos atos a partir das condições que este fornece para o alcance das finalidades legais, é possível afirmar que o oferecimento de denúncia criminal deve se ancorar em elementos empíricos abrangentes de todos os requisitos para que a imputação logre êxito junto ao judiciário – elementos objetivo e subjetivo da conduta típica; nexos causal; resultado e lesividade; apresentação de risco proibido; ausência de excludentes de ilicitude; imputabilidade; consciência da ilicitude; punibilidade atual e potencial; entre outros. Não se trata aqui de exigir que o acusador esteja certo. Quem dirá isto é o poder judiciário. Mas sim que a acusação contenha todos os elementos necessários para potencialmente alcançar a finalidade mais óbvia do seu existir: obter um juízo de procedência da pretensão apresentada em juízo para fazer atuar a lei penal.

⁶³ Só neste trabalho foram citadas duas concepções muito próximas a esta prática, defendidas por Afrânio Silva Jardim (1994, p. 134) e José Raimundo Gomes da Cruz (1967, p. 63).

Não aparentam demonstrar condições de atingir esta finalidade as denúncias baseadas em material explicitamente contraditório, lacunosas quanto a certos pontos da imputação, despidas de material suficiente para alcançar o *standart* necessário a uma condenação; etc.

Claro que muitas vezes o acusador não possui o suporte empírico para subsidiar determinado ponto da sua tese, no momento exato do oferecimento da denúncia. Deve ter, pelo menos, fundadas razões que esta prova irá se produzir durante a instrução, apontando desde logo, em cota, o meio pelo qual irá produzi-la e porque dali espera colher tais elementos.

Ademais, considerando-se o oferecimento da denúncia a partir de sua finalidade garantista – ou seja, de publicização da acusação e oferecimento de parâmetros para a ampla defesa e contraditório – é possível observa-la ainda como momento de delimitação das evidências que nortearão a instrução probatória, homenagem ao princípio da não-surpresa. Isto porque a ampla defesa e o contraditório nunca podem ser totalmente exercidos se o acusador público “guarda cartas na manga”. Qualquer prova apresentada pelo Ministério Público após a denúncia, sem previsão anterior ou justificativa razoável para tanto, implica em constatação de desvio no poder de denúncia, uma vez que esta não se prestou à finalidade de proporcionar adequadamente à defesa do acusado o conhecimento pleno da acusação, através da exposição dos fatos e demonstração dos respectivos elementos empíricos que lhe subsidiaram.

Outro ponto importante ao qual tem a dizer uma teoria do desvio de poder está relacionado à gestão do tempo no processo penal. Denúncias não podem ser formalizadas com o objetivo de se desviar de excessos prazais relativos à prisão preventiva anteriormente decretada ou mesmo como forma de burlar a prescrição iminente, forçando um recebimento prematuro da acusação⁶⁴. Ainda que não se comprove a intenção do acusador neste proceder, caso haja elementos objetivos que indiquem tal expediente – contraditoriedade nos elementos informativos que demandassem novas diligências, desconsideração de determinados atos previamente

⁶⁴ Da mesma forma, são vedados os aditamentos à denúncia revestidos da mesma finalidade.

determinados à autoridade policial e ainda infundados etc. – é possível reputar-se lhe inválido por desvio de poder.

O último exemplo de repercussão prática da aplicação da teoria do desvio de poder no controle do oferecimento da ação penal de natureza pública diz respeito a observância da compatibilidade entre a pretensão veiculada e os fins últimos da política criminal constitucional. Trata-se de temática espinhosa, na medida em que a prática judiciária tende a justificar o automatismo com que são oferecidas as acusações criminais com base no estrito cumprimento da lei, baseando seu atuar em meras operações silogísticas. Por sua vez, a dogmática jurídica busca se apegar à idílica noção do legislador racional a fim de assim justificar a coerência de conteúdo das leis penais, desconsiderando, contra isto, os dados fornecidos pelas demais ciências sociais (ZAFFARONI, 2011). A repercussão dessa situação de fato se dá na quase inexistência de debates acerca dos objetivos de política criminal intrínsecos ao oferecimento concreto de denúncia criminal. Assim, perpetua-se a jurisdicionalização das questões incursas na linguagem penalógica do Estado, à revelia da verificação concreta de real conflitividade ensejadora deste drástico tipo de esforço.

A dificuldade de realizar o controle de finalidade da persecução penal a partir do oferecimento da ação penal reside em vários nichos, a começar pelo do reconhecimento dos fins político-criminais legitimados pela Constituição. O professor Salo de Carvalho afirma que a lei maior acata a teoria agnóstica da pena, na medida em que não defere à pena nenhuma razão positiva, e por isto constitui um amplo sistema de garantias em face do poder punitivo (2015). Tendo a concordar com a segunda parte da afirmação. De fato, o tônus da abordagem da Constituição de 1988 sobre as questões afetas à persecução penal é o da redução de danos do poder punitivo. Entretanto, acredito que os silêncios constitucionais dialogam com ecos de anteriores percepções sobre a pena que se inscrevem na legislação ainda vigente⁶⁵. Cabe aos juristas e à jurisprudência, em um primeiro plano, mediar este diálogo, no sentido de fazer explícito o quanto daquelas concepções foi recebido pelo pacto político vigente e quanto delas foi rejeitado.

⁶⁵ Neste sentido, o artigo 59 do Código Penal coloca a pena como meio de retribuição e prevenção, enquanto a Lei n. 7.210/1984 afirma que a execução penal tem por objetivo proporcionar a harmônica integração social do condenado e do internado.

Entretanto, mais do que isso, é preciso desnudar as intenções do acusador público no momento de formalização da denúncia em face das particularidades do caso concreto. Afinal, se o interessado na aplicação da pena não me diz o que com ela procura achar, como poderei afirmar que com a pena, nada do que ele busca encontrará? Neste sentido, as teorias da pena resguardam sim importante função no sistema jurídico vigente. Não para legitimar situações de fato preexistentes, ao sabor dos ventos; mas com o fim de viabilizar o controle racional da movimentação do poder punitivo e de suas alegadas razões, em face dos dados fornecidos pela realidade.

Em suma, as denúncias oferecidas em descompasso com as finalidades lícitas de política criminal referendadas pela Constituição incorrem em desvio de poder. Seja pelo fato de que os fins declarados pelo acusador público não compactuam com o ordenamento jurídico vigente, seja porque as condições reais pelas quais se busca instauração da persecução penal em juízo demonstram a impossibilidade de realização das finalidades perquiridas.

7 CONCLUSÃO

Com o intuito de sistematizar o raciocínio empreendido, faço aqui um resumo escalonado, daqueles que considero os principais vetores deste trabalho. A isto chamo de conclusão.

(a) O HC n. 42.697/GB chama atenção para o abuso de poder enquanto fundamento constitucional para o trancamento de ações penais por ausência de subsídios empíricos mínimos, a partir da cláusula legal da justa causa, fornecendo elementos normativos para o controle das acusações, para além da literalidade dos dispositivos de lei então vigentes no Código de Processo Penal.

(b) O desvio de poder é espécie do gênero abuso de poder. Assim, vícios desta natureza – descritos como utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição –, estão coibidos, a partir do paradigma de controle proposto pelo voto condutor do HC n. 42.697/GB. Isso se ratifica na medida em que o ministro Victor Nunes Leal ressalta a necessidade de combater as denúncias criminais atreladas a finalidades antissociais.

(c) A noção de dever é eixo interpretativo básico do direito público. A partir dela é possível compreender as funções estatais, caracterizadas pela titularidade de poderes instrumentais previstos como meio para a realização de interesse públicos, de fulcro constitucional.

(d) Tais interesses públicos expressam as finalidades norteadoras da produção dos atos de ofício pelos agentes estatais. É sobre este plano que atua a teoria do desvio de poder, cujo escopo se traduz no controle de legalidade dos atos protagonizados por agentes públicos no exercício das suas funções, sejam elas de natureza administrativa, legiferante ou jurisdicional.

(e) Muito embora possa se expressar por meio de intencionalidades, o vício do desvio de poder possui natureza objetiva e se constata quando da observância da produção do ato público no caso concreto. Seja ele elaborado sob a tutela de dispositivo legal que dá margens ou não para o exercício de alguma discricionariedade no agir

público. Ainda que haja discricionariedade para a produção do ato, esta sempre será norteada pela norma de direito, nunca se confundindo com a noção de faculdade ou arbítrio.

(d) Observados estes aportes, constata-se que a ação penal de natureza pública faz parte do rol de poderes públicos, sendo deferida ao acusador estatal como forma de realizar funções de interesse comum, tais quais a publicização da acusação; a oportunização do exercício de ampla defesa e contraditório por parte do acusado; a atuação da lei penal; e a atuação da política criminal referendada pela Constituição.

(e) As condições de possibilidade da realização dos fins impostos à uma denúncia criminal são guiadas através de dois planos: um abstrato, no qual a planificação criminalizante possa ser considerada como um meio adequado para a obtenção dos fins propostos (adequação meio-fim); outro concreto, que impõe a exigência que os grupos humanos que integram o sistema penal operem sobre a realidade conforme as pautas planificadoras assinaladas pelo discurso jurídico-penal (adequação operativa mínima conforme a planificação).

(f) Deste modo, rejeita-se a conceituação de ação penal pública enquanto um direito subjetivo, autônomo e abstrato, construída por uma teoria geral do processo. Neste trabalho, defende-se que a validade do exercício do poder de ação indissocia-se da observância das condições de realização das suas finalidades públicas.

(g) Esta concepção se reforça pela percepção da existência de um potencial punitivo intrínseco ao processo penal. Por conseguinte, a contenção do poder de ação também deve ser interpretada à luz da existência de certas “penas processuais”.

Com base nestes pressupostos, pude afirmar a existência de elementos para a aplicabilidade da teoria do desvio de poder à análise de validade do oferecimento da ação penal, pelos seguintes motivos:

(h) A Constituição de 1988 repulsa a persecução penal desviada de suas finalidades, dando o instrumento de *habeas corpus* como garantia à liberdade do cidadão em face das ameaças promovidas contra esta, por meio do desvio de poder.

(i) A legislação referenda esta proteção através das cláusulas que exigem a concorrência de condições da ação e da justa causa para o recebimento de denúncia, conforme disposto no art. 395 do Código de Processo Penal.

(j) Por fim, há existência de parentesco epistêmico entre os mecanismos dogmáticos regentes do controle do poder público em geral e aqueles que se prestam à contenção do poder de punir do Estado, quando sob a égide de um Estado Democrático Constitucional. Este fator implica na possibilidade do controle da acusação a partir das suas finalidades, sob o aparato discursivo de uma teoria do desvio de poder.

(l) Uma vez aceita a aplicabilidade da teoria do desvio de poder à análise de validade do ato de oferecimento da ação penal pelo acusador público, impõe-se a sua aplicação de fato, toda vez que constatados desvios quanto aos fins do instituto, por estar o referido aparato tecnológico atrelado à uma noção cogente de juridicidade.

(m) Como possíveis repercussões da sua aplicação prática, vislumbro que a teoria do desvio de poder pode fornecer soluções tanto para os casos em que se constata o vício subjetivo de finalidade, quanto para aqueles em que o desvio é verificado das próprias condições objetivas de produção do ato.

(n) Como resultado, dialoga-se, a partir de uma perspectiva do controle, com o regime de suspeições que rege a atividade pública persecutória; com o aprofundamento da exigência de um mínimo probatório para o oferecimento de ação penal; com a gestão do tempo em processo penal; bem como com as finalidades de política criminal impressas no poder de denúncia.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.. O ensaio como forma. In: **Notas de literatura I**. 1ª edição. São Paulo/SP: Livraria Duas Cidades, 2003.

ALVES, Marcelo Mayora. **Os penalistas na ditadura civil-militar: As ciências criminais e as justificativas da ordem**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos Seditiosos: crime, direito e sociedade**, n 12. Rio de Janeiro/RJ: Revan/ICC, 2002, p. 253-270.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Revan, 2007.

BMN. **Projeto “Brasil: Nunca Mais”, Projeto “A”, Tomo IV: As Leis Repressivas**. São Paulo/SP: Arquidiocese de São Paulo, 1985.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN**. Junho de 2016. Organização SANTOS, Thandara; colaboração: ROSA, Maria Inês da...*et al.* Brasília/DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Alegações finais em denúncia n. 1, de 2016**. Substritor: CARDOZO, José Eduardo. Protocolo 28 de junho de 2016. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/cardozo-entrega-alegacoes-finais-defesa.pdf>>. Acesso em 19 de julho de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 42.697/GB. Relator: LEAL, Victor Nunes. Tribunal Pleno. Brasília/DF. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência**. V. 35. P. 517-536. Mar. 1966.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 72.046-3/SP**. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Brasília/DF. DJ: 09 de junho de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73512>>. Acesso em 14 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 80.161-7/RJ**. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Brasília/DF. DJ: 08 de setembro de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78261>>. Acesso em 14 de outubro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 126.292/SP**. Relator: ZAVASKI, Teori. Tribunal Pleno. Brasília/DF. DJ: 08 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12369525>. Acesso em 04 de março de 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 1967, p. 20-22 *apud* FRAGOSO, Christiano Falk. Autoritarismo e sistema penal. 2ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22ª edição. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2006.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2ª edição. São Paulo/SP: Editora UNESP, 2006.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. Justa causa e abuso de poder referentes à propositura da ação penal. **Justitia**, ano 29, v. 58. São Paulo, p. 55, 3º trim. 1967.

CURI, Isadora Volpato. **Juristas e o Regime Militar (1964-1985): atuação de Victor Nunes Leal no STF e de Raymundo Faoro na OAB.** Dissertação (Mestrado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17ª edição. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 13ª edição. Salvador/BA: Editora Juspodivm, 2016.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do direito processual penal.** 1ª edição. Florianópolis/SC: Empório do direito, 2016.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** Forense, 1957, p. 308 *apud* CRUZ, José Raimundo Gomes da. Justa causa e abuso de poder referentes à propositura da ação penal. *Justitia*, ano 29, v. 58. São Paulo, p. 55, 3º trim. 1967.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 4ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Forense, 1967.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOULCAUT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** 3ª edição. Rio de Janeiro/RJ: NAU Editora, 2002.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal.** 2ª edição. Rio de Janeiro/RJ: Lumen Juris, 2016.

FRAGOSO, Heleno. Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro, n.º 13. p. 63-83. 1967. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003005647-ilegalidade_abuso_poder.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

HOBBSBAWN, Eric J.. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. 2ª Edição. São Paulo/SP: Companhia das Letras, 1995.

HULSMAN, Louk, Celis, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 1ª edição. Niterói/RJ: Luam editora, 1993.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 2ª edição, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10ª edição. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração - abuso desse poder - mandado de segurança - direito líquido e certo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out. 1948. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789>>. Acesso em: 21 Fev. 2018.

LEAL, Victor Nunes. Reconsideração do tema do abuso de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 144, p. 1-17, jan. 1981. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43334>>. Acesso em: 05 Fev. 2018.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **A inconstitucionalidade do carimbo (ou da necessidade de fundamentação do juízo de admissibilidade positivo da acusação)**. Monografia (bacharelado) - Universidade Federal do Paraná, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2008.

MACHADO, Luiz Alberto. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. II, Forense, 1961 *apud* CRUZ, José Raimundo Gomes da. Justa causa e abuso de poder referentes à propositura da ação penal. *Justitia*, ano 29, v. 58. São Paulo, p. 55, 3º trim. 1967.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. II, p. 166 *apud* FRAGOSO, Heleno. Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro, n.º 13. p. 63-83. 1967. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003005647-ilegalidade_abuso_poder.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 172, p. 1-19, abr. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45835>>. Acesso em: 05 Fev. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª edição, 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Ed. Forense, vol. I, 1969, 1ª ed., p. 426 e segs. *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª edição, 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, João. **O processo criminal brasileiro**, 1911, vol. II, p. 166. *apud* FRAGOSO, Heleno. Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro, n.º 13. p. 63-83. 1967. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003005647-ilegalidade_abuso_poder.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Uma crítica à teoria geral do processo**. Porto Alegre/RS: Magister, 2013.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação maní pulite. **Revista Jurídica do Centro de Estudos Judiciários**. n. 8. v. 26, p. 56-62, 2004.

MOURA, Maria Thereza Rocha Assis de. **Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª edição. São Paulo/SP: Atlas, 2017.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo/SP: Saraiva, 1975.

TACITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 63-74, out. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42964>>. Acesso em: 05 Fev. 2018.

TORNAGHI, Hélio. **Manual de Processo Penal**. Vol. II, p. 619 *apud* FRAGOSO, Heleno. Ilegalidade e abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro, n.º 13. p. 63-83. 1967. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/wp-content/uploads/2017/10/20171003005647-ilegalidade_abuso_poder.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal: volume 1**. 34ª edição. São Paulo/SP: Saraiva, 2012.

VALÉRIO, Otávio Lucas Solano. **A toga e a farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo/SP: IBCCRIM, 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** 4ª Edição. Rio de Janeiro/RJ: Revan, 2011.

ZAFARONNI, Eugênio Raúl. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídica penal.** 2ª reimpressão. Buenos Aires: EDIAR, 1998.