

DO ABUSO DE AUTORIDADE

DAMÁSIO E. DE JESUS
Promotor de Justiça

1. Introdução.

O direito de petição tem origem no "Bill of Rights", de Guilherme III, de 1689, que em seu art. 5.º rezava: "É direito dos súditos apresentar petições do rei, e tôdas as prisões e perseguições por motivo de tais pedidos, são ilegais".

A declaração francesa de 1793, em seu art. 32, determinava: "O direito de petição aos depositários da autoridade pública, não pode, em caso algum, ser interdito, suspenso ou limitado".

Consiste o direito de petição em poder o cidadão reclamar contra as autoridades, denunciando ilegalidades ou "abuso de poder", solicitando providências aos poderes constituídos.

A Constituição Federal de 1946, em seu art. 141, § 37, determinava: "É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades e promover a responsabilidade delas".

A Carta Magna vigente, em seu art. 150, § 30, estatui: "É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade".

A Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. Além de regular o direito de representação, a lei definiu crimes em seus arts. 3.º e 4.º. *

Vamos falar sobre suas normas, sob o aspecto penal substancial.

Diz o art. 3.º que constitui abuso de autoridade (1) qualquer atentado:

* (1) De ver-se que, sob o ponto de vista jurídico-penal, os crimes por ela definidos não receberam **nomen juris** apropriado. Não se trata de abuso de autoridade, mas de abuso de poder. Em face de nossa legislação penal, não se confunde o abuso de poder com o de autoridade. O abuso é o uso fora dos limites correspondentes a todo poder ou autoridade, o seu exercício excessivo e ilegítimo. Na hipótese de abuso de autoridade, cuida-se de seu uso ilegítimo no âmbito de **relações privadas**; na de abuso de poder, o agente deve possuir cargo ou ofício **público** (Cf. José Frederico Marques, "Tratado de Direito Penal", 1956, vol. II, págs. 266 e 267). Sobre o assunto, diz Magalhães Noronha: "A alínea "g" é quase reprodução do art. 61, n. 11,

- a) à liberdade de locomoção;
- b) à inviolabilidade do domicílio;
- c) ao sigilo da correspondência;
- d) à liberdade de consciência e de crença;
- e) ao livre exercício do culto religioso;
- f) à liberdade de associação;
- g) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício

do voto;

- h) ao direito de reunião;
- i) à incolumidade física do indivíduo.

Nos termos do que dispõe o art. 4.º, constitui também abuso de autoridade:

- a) ordenar ou executar medida privativa da liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder;
- b) submeter pessoa sob sua guarda ou custódia à vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;
- c) deixar de comunicar imediatamente ao Juiz competente a prisão ou detenção de qualquer pessoa;
- d) deixar o Juiz de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção ilegal que lhe seja comunicada;
- e) levar à prisão e nela deter quem quer que se proponha a prestar fiança permitida em lei;
- f) cobrar o carcereiro ou agente de autoridade policial carceragem, custas, emolumentos ou qualquer outra despesa, desde que a cobrança não tenha apoio em lei, quer quanto à espécie, quer quanto ao seu valor;
- g) recusar o carcereiro ou agente de autoridade policial recibo de importância recebida a título de carceragem, custas, emolumentos ou de qualquer outra despesa;
- h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal.

O art. 6.º, § 3.º, determina as sanções, que são:

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

As penas podem ser aplicadas autônoma ou cumulativamente (§ 4.º do art. 6.º).

do Código Penal Italiano. **Abuso** é o uso ilegítimo, é usar mal, no caso, a autoridade que possui, seja de natureza particular ou pública, desde que não compreendida na alínea seguinte... Também reprodução de dispositivo do Código de Rocco é a alínea "h". Refere-se à função pública... ("Direito Penal", Ed. Saraiva, 1963, vol. I, pág. 324). Aníbal Bruno observa que a alínea "g" se prende a particulares relações de dependência, intimidade ou comunidade material de vida, que vinculam criminoso e vítima, como acontece nos crimes com **abuso de autoridade**, qualquer que seja a natureza da hierarquia, de "ordem privada" ("Direito Penal", Ed. Forense, 1962, vol. I, tomo

Quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, de qualquer categoria, poderá ser cominada a pena autônoma ou acessória, de não poder o agente exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de um a cinco anos (art. 6.º, § 5.º).

2. O Abuso de Poder no Código Penal.

No Código Penal, o abuso de poder funciona como **elementar, circunstância qualificadora** (condição de maior punibilidade) ou **agravante genérica**. Funciona como elementar nos crimes funcionais típicos, como o peculato, a prevaricação e a concussão. Funciona como circunstância legal e específica nos casos dos arts. 150, § 2.º, e 151 § 3.º (2). O abuso de poder é, ainda, circunstância legal genérica, em face do que dispõe o art. 44, inciso II, alínea "h" (primeira figura). De observar-se que a agravante genérica é aplicável a todos os crimes, salvo os em que o abuso de poder é elemento constitutivo ou circunstância qualificadora (art. 44, caput).

Temos, então, que algumas condutas descritas na Lei n. 4.898 já constituem fatos puníveis definidos no Código Penal, ou funcionam como condição de maior punibilidade. Em outro campo, algumas condutas contidas na referida lei funcionam como agravantes genéricas de crimes descritos no Código.

Pretendeu a lei revogar todos os crimes contidos no Código Penal em que o abuso de poder é elementar? Pretendeu revogar as figuras típicas qualificadas pelo abuso? Pretendeu revogar a norma que contém a agravante genérica do abuso?

Cremos que não.

A lei quis dar aos casos que regula um processamento sumário, "com a dispensa do inquérito e de justificações, de forma a tornar mais efetiva a repressão pelo exercício de um instrumento de ação rápida e distante da influência de funcionários eventualmente comprometidos na atuação incriminada" (3). Assim, o art. 12 diz que "a

III, pág. 126). Ensina Vicente Sabino Júnior que a alínea "g" considera principalmente, a autoridade privada, fundamentando a sua opinião em Manzini e Pedro Vergara ("Princípios de Direito Penal", Ed. Revista dos Tribunais, 1965, pág. 322). Tanto é assim que o Código Penal, quando determina as circunstâncias legais gerais, trata do **abuso de autoridade** na alínea "g", inciso II, do art. 44, enquanto que o **abuso de poder** vem disposto na alínea "h". Desta forma, não se olvidando que a lei descreve condutas abusivas em face do Direito Civil e Administrativo, sob o prisma do Direito Penal os crimes que elas contêm são de abuso de poder e não de autoridade.

- (2) Art. 150, § 2.º: "Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por funcionário público... com abuso do poder".
Art. 151, § 3.º: — "Se o agente comete o crime, com abuso de função em serviço postal, telegráfico, radioelétrico ou telefônico...".
- (3) "Abuso de autoridade", "Inteligência da Lei n. 4.898", Parecer do Procurador da Justiça Oscar Xavier de Freitas, in "Justitia", vol. 54, pág. 209.

ação penal será iniciada, independentemente de inquérito policial ou justificação...". O órgão do Ministério Público tem 48 horas de prazo para o oferecimento da denúncia (art. 13). Prazo idêntico tem o juiz para recebê-la ou rejeitá-la (art. 17, caput). A audiência de instrução e julgamento deve ser realizada dentro de cinco dias a partir do despacho inicial (art. 17, § 1.º). As testemunhas de acusação e defesa poderão ser apresentadas em Juízo, independentemente de "intimação" (art. 18, caput). No parágrafo único de seu art. 18 a lei visou à impedir a realização de diligências protelatórias. Na audiência, encerrados os debates, "o Juiz proferirá imediatamente a sentença" (art. 24).

Visou, pois, a estabelecer um processo singelíssimo.

Por outro lado, visando a proteger os direitos individuais com efetiva repressão aos atentados cometidos pela autoridade, "não poderia a lei se constituir em estatuto de imunidades destinado a consagrar o arbítrio pela impunidade dos mais graves delitos cometidos contra o indivíduo" (4). Veja-se a pena prevista para o crime funcional típico do § 2.º do art. 150 do Código Penal: é de 40 dias à 4 meses de detenção em relação à figura típica fundamental; 8 meses a 2 anos e 8 meses de detenção, se aplicável a causa de aumento de pena às formas qualificadas do § 1.º. Não poderia pretender o legislador que ao funcionário fôsse aplicável a pena privativa de liberdade determinada no art. 6.º, § 3.º, alínea "b", da lei, qual seja, detenção por dez dias a seis meses, em face da norma incriminadora do art. 3.º, alínea "b" (atentado à inviolabilidade do domicílio).

Desta forma, a lei não excluiu as decorrências do abuso. É manifesto que as reprimendas estatuídas por ela têm em atenção a punição do abuso como atuação autônoma, mediante singelo processo. Assim, se em consequência, por exemplo, da violência arbitrária, ocorrer lesão corporal ou morte, não será aplicada a norma do art. 3.º, alínea "i", que revogou o art. 322 do Código Penal (5), mas sim as normas incriminadoras do estatuto repressivo, com a agravante genérica do abuso de poder. Segundo entendimento do Egrégio Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na apelação criminal n. 60.731, da Comarca de Matão, a inviabilidade de interpretação diversa facilmente se evidencia através da formulação de uma hipótese: se as vítimas, em decorrência das violências arbitrárias, vierem a sucumbir, ninguém se animará a sustentar que os autores dos maus tratos estarão sujeitos apenas às atenuadas sanções previstas pela lei. "O abuso de autoridade, só por si, já sujeita o autor à sanção (art. 6.º de lei e seu § 3.º, na parte penal); mas, se a violência arbitrária que fez periclit

(4) Oscar Xavier de Freitas, parecer citado.

(5) A Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, na apelação criminal n. 60.986, de Marília, entendeu que "A Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965, revogou o disposto no art. 322 do Código Penal. Hoje o delito de violência arbitrária é definido como "atentado à incolumidade física do indivíduo" (Cf. "O Estado de S. Paulo", de 18 de junho de 1967; "Tribuna da Justiça", "Suplemento de Jurisprudência", ano II, n. 92, pág. 367).

a incolumidade física evolui para o campo do atentado real à integridade física com consumação de lesões ou de morte, o mero crime de perigo transmuda-se em infração de dano que, por ser mais gravemente apenada, absorve a inicial. E a nova figura será agravada nos termos da letra "h" do art. 44 do diploma repressivo básico".

Vistas essas preliminares, vamos ao estudo da lei: I

3. Objetividade Jurídica:

Esses crimes possuem dupla objetividade jurídica:

1.ª — objetividade jurídica mediata: é o interesse concernente ao normal funcionamento da administração pública em sentido amplo, no que se refere à conveniência de garantia do exercício da função pública sem abusos da autoridade;

2.ª — objetividade jurídica imediata: proteger as garantias individuais estatuídas pela Constituição Federal. Neste campo, a Carta Magna, nos parágrafos de seu art. 150, determina garantias concernentes à liberdade de locomoção (§§ 12, 17 e 20), inviolabilidade do domicílio (§ 10), sigilo da correspondência (§ 9.º), liberdade de consciência e de crença (§§ 5.º e 6.º), livre exercício do culto religioso (§ 5.º), liberdade de associação (§ 28), direito de reunião (§ 27) e incolumidade física do indivíduo (art. 150, "caput"). Estas garantias estão protegidas penalmente pelas normas incriminadoras da Lei n. 4.898, em seus arts. 3.º e 4.º.

4. Sujeitos.

Sujeito ativo é a autoridade. É considerada autoridade a pessoa que "exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitória e sem remuneração" (art. 5.º). Trata-se, pois, de conjunto de normas que descrevem crimes próprios, eis que só podem ser praticados por pessoas que exerça "autoridade". De ver-se, porém, que os tipos admitem a participação de terceiro que não a exerça, em face da regra do art. 26 do Código Penal, eis que a qualidade de autoridade é elementar dos crimes (6).

Há dupla subjetividade passiva.

Sujeito passivo mediato: É o Estado, titular da administração pública.

Sujeito passivo imediato: É o cidadão, titular da garantia constitucional lesada ou molestada. É evidente que, às vezes, o Estado,

(6) Como ensina Soler, "el sujeto activo debe necesariamente ser un funcionario público, sin perjuicio de la participación accesoría de particulares, de acuerdo con los principios generales de la autoría" ("Derecho Penal Argentino", Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, tomo V, pág. 154).

ou outra entidade de direito público, é o único sujeito passivo. Exemplo: atentado ao sigilo da correspondência, em que seja o próprio Estado o seu titular (7).

5. Qualificação Doutrinária.

Ao contrário da maioria das legislações penais, como a italiana (art. 323) e a argentina (art. 248), que define o crime em norma incriminadora genérica e subsidiária, a Lei n. 4.898 pormenorizou o abuso de poder. Nem por isso, como ensina Oscar Xavier de Freitas, "algumas dessas figuras deixam de ser normais subsidiárias que descrevem condutas consumidas em tipos mais graves" (8). São assim subsidiárias as normas incriminadoras das alíneas "a", "b", "c", "d", "e", "g" e "i" do art. 3.º, "b", "e", "h" do 4.º. As outras não são subsidiárias, eis que não encontram correspondentes específicos na legislação penal.

Há relação de primariedade e subsidiariedade entre normas quando descrevem graus de violação do mesmo bem jurídico, de forma que a infração definida pela subsidiária, de menor gravidade que a principal, é absorvida por esta *Lex primaria derogat legi subsidiariae*.

A infração definida pela norma subsidiária, "soldado de reserva", não é só de menor gravidade que a da principal, mas dela se diferencia em relação à maneira de execução, pois é uma parte desta. A figura típica subsidiária está contida na principal. Assim, a figura típica do crime de ameaça (art. 147 do Código Penal) está inclusa no tipo de constrangimento ilegal (art. 146).

Daí resulta que a conduta punível deve ser analisada em concreto, para que se determine o preceito legal em que se enquadra. A aplicabilidade "da norma subsidiária e a inaplicabilidade da principal", se fôr o caso, "não resultam da relação lógica e abstrata de uma com outra, mas do juízo de valor do fato em face delas" (9).

A subsidiariedade pode ser:

- a) expressa ou explícita;
- b) tácita ou implícita.

(7) Ensina Manzini que "Soggetto passivo del delitto generico d'abuso d'ufficio è lo Stato o l'altro ente pubblico dal quale il pubblico ufficiale dipende, in quanto chi rimane leso, in ogni caso, è la pubblica amministrazione. Se il fatto commesso dal pubblico ufficiale danneggia altresì un privato, questi pure è soggetto passivo, ma secondario e non essenziale, tanto è vero che il fatto abusivo può anche commettersi a favore di altri e senza danno di terzi, rimanendo anche in tal caso applicabile il titolo dell'art. 323" ("Trattato di Diritto Penale Italiano", Torino, Unione Tipografica, Editrice Torinese, 1950, vol. V, pág. 231). No mesmo sentido, preleciona Soler: "Sujeto pasivo de este delito es naturalmente, el Estado, como titular del interés violado; pero ello no excluye que un particular tenga el carácter de perjudicado" (ob. e loc. cit., pág. 154).

(8) Oscar Xavier de Freitas, parecer citado.

(9) Oscar Stevenson, "Concurso Aparente de Normas Penais", in "Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria", Ed. Forense, 1962, 1ª ed., pág. 39.

Ocorre a subsidiariedade expressa (ou explícita) quando a norma, em seu próprio texto, subordina a sua aplicação à não-aplicação de outra, de maior gravidade punitiva. Exemplo: o art. 132, do Código Penal, após descrever em seu preceito primário o crime de "perigo para a vida ou saúde de outrem", impõe no preceito secundário a pena de detenção, de três meses a um ano, "se o fato não constitui crime mais grave". O legislador, de forma explícita, diz que a norma do artigo só é aplicável se o fato não constitui infração de maior gravidade, que pode ser tentativa de homicídio, perigo de contágio de moléstia grave, abandono de incapaz, etc. (normas primárias).

Há subsidiariedade implícita (ou tácita) quando uma figura típica funciona como elementar ou circunstância legal específica de outra, de maior gravidade punitiva, de forma que esta exclui a simultânea punição da primeira: *Ubi major minor cessat*. Neste caso, as elementares de um tipo penal estão contidas em outro, como *essentia* ou circunstâncias qualificadoras. Diz-se implícita porque a norma subsidiária não determina, expressamente, a sua aplicação à não ocorrência da infração principal. Assim, o constrangimento ilegal (art. 146) é elementar do crime de estupro (art. 213). O crime de dano (art. 163) é subsidiário do furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4.º, inciso I). Os elementos típicos do dano funcionam como circunstância qualificadora do furto.

Entre os crimes de abuso de autoridade (os referidos) e os do Código Penal que contêm o abuso como elementar ou circunstância qualificadora ocorre relação de subsidiariedade implícita. Fugindo às regras da relação de subsidiariedade, porém, esses crimes possuem uma característica peculiar. São excluídos não somente por outros crimes mais graves, que contêm o abuso de poder, como também por outras infrações de menor penalidade que as deles, mas que também contêm o abuso (10).

Além de crimes subsidiários, são de perigo (11).

De observar-se que o legislador empregou a expressão "atentado" no caput do art. 3.º, termo muito significativo.

Atentado é termo usado pelo legislador nos crimes de perigo comum, como ocorre nos arts. 261 e 262. O crime de "atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública" (art. 265) possui como núcleo do tipo o verbo "atentar".

Por outro lado, na alínea "i" do art. 3.º, da lei, empregou o legislador a expressão "incolumidade", que é por ele reservada para indicar crimes de perigo. Significa, segundo Nelson Hungria, "estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos". Trata-se de "interêsse atinente às pessoas, que devem estar resguardadas".

(10) Manzini, ob. e loc. cit., pág. 230. Observa Soler que o caráter subsidiário dessas infrações "es singular, pues no solamente aparecen excluidas por delitos más graves, sino también por infracciones que importan abuso, pero que tienen pena menor" (ob. e loc. cit., pág. 154).

(11) Nota: Somente são de perigo os crimes subsidiários referidos anteriormente. Os outros não.

dadas da possibilidade de dano não só quanto à sua vida ou integridade física, como quanto ao seu patrimônio” (12). Como lembra Oscar Xavier de Freitas, revelando o significado autêntico e técnico da expressão legal discutida, encontramos no Anteprojeto Hungria a rubrica “Dos crimes contra a incolumidade individual” intitulando os crimes de perigo individual.

São, pois, crimes de perigo, não requerendo, de forma imprescindível, a produção de dano material algum (13). //

6. Pressupostos dos Crimes Subsidiários de Abuso de Poder.

Os crimes subsidiários de abuso de poder só têm aplicação quando não constituem elementares ou qualificadoras de outros crimes.

Assim, se obuso de poder é elemento constitutivo ou circunstância qualificadora de outro crime, aplica-se a norma incriminadora dêste, mesmo que comine pena de menor gravidade (Soler e Manzini). O art. 323 do Código Penal Italiano contém uma ressalva: aplica-se a norma subsidiária desde que não previsto (o crime subsidiário) em especial disposição de lei. Manzini entende supérflua a ressalva.

Assim, podemos estabelecer três regras quanto à aplicação da Lei n. 4.898 em relação aos crimes subsidiários que definiu (14):

1.^a — O abuso de poder é elemento constitutivo de um crime autônomo. Solução: não se aplica a norma penal subsidiária — aplica-se a norma do crime autônomo.

Exemplo: Peculato (art. 312). Não se aplica a norma da alínea “h” do art. 4.^o. Aplica-se a norma do art. 312 do Código Penal. Neste caso, não incide a agravante genérica do art. 44, inciso II, alínea “h” (por força do disposto no caput do mesmo artigo).

2.^a — O abuso de poder constitui circunstância legal específica (qualificadora) de outro crime. Solução: Não se aplica a lei, mas a norma de outro crime.

Exemplo: Art. 150, § 2.^o, do Código Penal. Não se aplica o art. 3.^o, alínea “b”, da lei. Neste caso também não incide a agravante genérica.

3.^a — O ato abusivo consiste em crime autônomo, que não contém o abuso de poder nem como elementar e nem como qualificadora, e pode ser praticado por qualquer particular. Solução: é desprezada a norma subsidiária da Lei n. 4.898. Aplica-se a norma do crime autônomo com a agravante do art. 44, inciso II, alínea “h”.

Exemplo: Crime de lesão corporal com abuso de poder. O crime de lesão corporal não contém o abuso de poder nem como ele-

(12) “Comentários ao Código Penal”, Forense, 1958, vol. IX, pág. 7.

(13) Diz Soler: “El abuso de autoridad no requiere la producción de daño material alguno; basta la lesión inferida al orden administrativo por la producción de actos maliciosamente ilegales” (ob. e loc. cit., pág. 160).

(14) Essas regras somente são aplicáveis às normas subsidiárias anteriormente citadas. As outras, não. O crime descrito na alínea “a” do art. 3.^o é também subsidiário em face das descrições típicas do art. 4.^o. Assim, se o fato se amolda à alínea “a” do art. 4.^o, não é aplicável a figura típica da alínea “a” do art. 3.^o. De observar-se que o art. 350 caput e alguns de seus incisos foram revogados pelas alíneas do art. 4.^o da Lei n. 4.898.

mentar e nem como qualificadora, e pode ser praticado por qualquer particular. Neste caso, não se aplica o art. 3.^o, alínea “i”, da lei. Não incide também o art. 322 do Código Penal (foi revogado pela alínea). Vigem o art. 129 com a agravante genérica do art. 44 (15). Como afirmou o Egrégio Tribunal de Alçada, se a violência arbitrária “evolui para o campo do atentado real à integridade física com consumação de lesões ou morte, o mero crime de perigo” (art. 3.^o, alínea “i”, da lei citada) transmuda-se “em infração de dano que, por ser mais gravemente apenada, absorve a inicial. E a nova figura será agravada nos termos da letra “h” do art. 44 do diploma repressivo básico”.

Outro exemplo: prática do crime previsto no art. 208 do Código Penal, com abuso de poder. Não é aplicável a norma da alínea “e” do art. 3.^o, mas a do art. 208, combinada com a agravante genérica do art. 44.

Quando se aplicam, então, os crimes subsidiários do abuso? Segundo o entendimento de Oscar Xavier de Freitas, “o procedimento da nova lei tem em vista os pequenos abusos, de menor comoção social, geralmente inapurados e impunes...” mas “que reclamavam um instrumento mais eficaz para evitar a deterioração da ordem democrática e assegurar a liberdade e segurança individual. Os delitos mais graves encontram no sistema codificado um instrumento mais eficaz porque exigem uma investigação mais demorada para efetivar a repressão só excepcionalmente denegada” (16).

7. Elemento Material. Consumação. Tentativa. Elemento Subjetivo. Análise do Art. 350 do Código Penal.

O crime consiste em praticar qualquer atentado previsto no art. 3.^o ou as condutas descritas no art. 4.^o.

De exigir-se nexa causal entre a função pública e o ato abusivo. Como preleciona Manzini, “quando il potere abusato inerisca alle funzioni di cui il pubblico ufficiale è rivestito, non occorre che il fatto sia commesso altresì nell’attualità dell’esercizio delle funzioni medesime” (17).

(15) Cabe uma explicação. Há legislações penais que, como a nossa, contém a agravante genérica do abuso de poder; outras não. Entre as primeiras se encontra a italiana; entre as outras, a argentina. Nas legislações que têm a agravante genérica, não ocorre concurso entre o crime autônomo e o de abuso de poder. Nas outras, que não têm a circunstância genérica, há o concurso. É por isso que ensina Manzini que o abuso genérico de poder não pode ser aplicado quando o abuso é considerado como circunstância agravante comum de qualquer crime (ob. e loc. cit., pág. 231). É por isso também que observa Soler que a lição de Manzini é inaplicável à legislação argentina, em face de não conter esta a agravante genérica. “Si tal agravante es expresa, claro está que no se puede hablar de concurso”. Antes dessa explicação, diz ele “El acto abusivo puede consistir en un delito autónomo que no contenga el abuso de autoridad, sino que sea comisible por un particular cualquiera. En este caso, los hechos concurren materialmente con el de abuso” (ob. e loc. cit., pág. 159 e nota 16).

(16) Parecer na revista citada, pág. 211.

(17) Ob. e loc. cit., pág. 231.

Consuma-se com a prática do atentado ou das ações ou omissões do art. 4.º. Não se exige dano. Basta o perigo de dano.

Nos casos do art. 3.º é impossível a tentativa. O "tentar" já consuma o crime. Nos crimes do art. 4.º, depende da hipótese. Assim, admite o *conatus* o crime de "executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidade legais ou com abuso de poder" (alínea "a", segunda figura).

O crime reclama um ânimo próprio, que é elemento subjetivo do injusto: vontade de praticar as condutas sabendo o agente que está exorbitando do poder. Esse elemento se liga à culpabilidade e à anti-juridicidade (18). Não se trata de dolo específico, em face de não encontrarmos frente àquele fim ulterior, extrínseco ao fato (19).

O art. 350 do Código Penal, que define o crime de "exercício arbitrário ou abuso de poder", foi parcialmente revogado pelo art. 4.º da Lei n. 4.898. Trata-se de revogação tácita. O art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, diz que "a lei posterior revoga a anterior quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Assim, o *caput* e o inciso III do art. 350 foram revogados pelas normas das alíneas "a" e "b" do art. 4.º, permanecendo em vigor os demais incisos.

8. Conclusões.

1.ª — A lei veio tutelar as garantias individuais determinadas na Constituição Federal, sendo que algumas delas não eram protegidas pela legislação penal;

2.ª — A lei não revogou tôdas as normas penais incriminadoras do estatuto repressivo em que o abuso de poder funciona como elementar;

3.ª — A lei não revogou as normas penais incriminadoras em que o abuso de poder funciona como circunstância qualificadora;

4.ª — A lei não revogou o art. 44, inciso II, alínea "h", do Código Penal;

5.ª — Algumas normas da lei são simplesmente subsidiárias em face de normas primárias do Código Penal e legislação extravagante;

6.ª — As normas subsidiárias só têm aplicação quando o fato abusivo por elas descrito não é elemento constitutivo ou circunstância qualificadora de crime autônomo;

7.ª — A lei tem em mira a punição de pequenos abusos, de menor comoção social.

Bauru, outubro de 1967.

(18) Asúa, "Tratado de Derecho Penal", Editorial Losada, S/A., Buenos Aires, 1951, vol. III, pág. 776.

(19) Na legislação italiana exige-se dolo genérico e específico, pois o tipo (art. 323) diz que o funcionário deve praticar o fato "per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio" (Cf. Manzini, ob. e loc. cit., pág. 238).