

moral da Corte deve muito mais à cumplicidade entre a mídia e o projeto político conduzido pelas grandes operações policiais, especialmente pela “Lava Jato”, do que à histeria televisiva. A falácia das consequências adversas, que se alimenta do binômio “tudo ou nada”, é frequente em tais votos: renunciar ao que está escrito é necessário para “combater a corrupção” e os que se opõem só podem ser, na dicotomia simplista que coloniza quase metade do Plenário, inconsequentes profissionais pró-impunidade, sombras anacrônicas que impedem a aurora de uma nova ética juridicamente tutelada. Idealismo perigoso, que infelizmente não mostra sinais de arrefecimento, com assento definitivo na Corte.

A quarta e última linha argumentativa é um excelente exemplo de como não se faz pesquisa científica. Uma mera coleta de dados, organizada na intimidade do próprio gabinete, ignorou qualquer baliza metodológica para fundamentar a afirmação triunfante de que a “criminalidade” responde mecanicamente às decisões do Supremo Tribunal Federal. A inversão do pressuposto estatístico é radical: buscam-se dados para corroborar as opiniões, não para elaborá-las. Antes de encontrar um padrão, supõe-se um: a crença na prevenção geral (negativa e positiva) da pena transborda. Não há regressão linear ou observação da regra de **Bayes**, meramente apresentando-se números para fabricar inferências, isto é, fingindo jurimetria para disfarçar ideologia. O delírio vai longe e sinaliza o quão alienados estão alguns Ministros da realidade que pretendem disciplinar à distância. A falta de informação criminológica, típica de uma formação jurídica superficial, deveria ao menos constranger as melhores iniciativas à prévia

consulta com especialistas: é o que se espera de toda pessoa simbolicamente portadora de notável saber jurídico.

Em conclusão, é possível afirmar com bastante segurança, que não há muita ciência por trás da tentativa de ignorar a exegese dos direitos fundamentais como limite à violência estatal. Em sentido oposto, o voto do Ministro **Celso de Mello**, em sua exposição linear, didática e teoricamente coerente, deve servir de modelo para decisões futuras em matéria penal, ao demonstrar a força da razão técnica diante das pretensões punitivas, concretizando a vocação do Direito como fronteira do arbítrio: que o voto do decano possa iluminar a sombra do punitivismo populista por muito tempo ainda.

É preciso estar atento e forte: muito em breve, embalados por esses ou outros argumentos, seremos confrontados com novas tentativas de legitimar o retrocesso em matéria de direitos humanos. E nesse embate, a posição intransigente em favor do direito à inocência plena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória não deve ceder um milímetro sequer. Os incomodados que busquem uma Constituição para chamar de sua.

**Mauricio Stegemann Dieter**  
Professor Doutor do Departamento de  
Direito Penal e Criminologia da USP.  
ORCID: 0000-0001-8444-3922

Recebido em: 09/12/2019  
Aprovado em: 09/12/2019  
Versão final: 11/12/2019

## Paralisa da crítica e conformação à opressão e à dominação existentes

4

Jacson Zilio

**Resumo:** O presente artigo analisa o processo de paralisa e conformação de agentes estatais penais à opressão e dominação existentes nas instituições que exercem o poder punitivo. Propõe duas estratégias para redução da intolerância funcional: a primeira, lutar pela diminuição da seletividade do direito administrativo disciplinar; a segunda, aplicar o regime próprio do direito penal, especialmente no âmbito da tipicidade, aos ilícitos administrativos.

**Palavras-chave:** Independência funcional. Seletividade. Direito administrativo disciplinar. Direito penal.

O uso político do Direito não é exclusividade do ramo penal. Antes dele, quase sempre, atua o Direito Administrativo disciplinar. Foi assim, por exemplo, no Brasil, a partir do regime ditatorial instalado em 1964. O período de exceção caracterizou-se pelas condenações por delitos políticos, brutais torturas e desaparecimento de dissidentes, mas também por perseguições mais sutis, como as punições disciplinares, que serviam, pouco a pouco, para “limpar” as instituições estatais de eventuais divergências políticas, culturais e ideológicas.

Há, na atualidade, um visível movimento de retorno aos padrões autoritários que, no passado, ameaçaram também os agentes estatais, especialmente na área penal. Não é nenhuma novidade as notícias de procedimentos administrativos disciplinares, instaurados nos órgãos correccionais, muitas vezes *ex officio* e de forma secreta, com objetivos ocultos de perseguição a qualquer

**Abstract:** This article analyzes the paralysis process and conformation of criminal state agents to oppression and domination existent in institutions that exercise punitive power. It proposes two strategies to reduce functional intolerance: the first one, to fight for reduction of Administrative Disciplinary Law's selectivity; the second one, to apply Criminal Law's regimen, especially in the context of legal type, to administrative illicit.

**Keywords:** Functional independence. Selectivity. Administrative Disciplinary Law. Criminal Law.

forma de pensamento que, no seio das agências penais, divirja do senso comum dominante em matéria penal, isto é, que contrarie os arraigados princípios da conservadora ideologia de defesa social.

Também são conhecidos os casos de uso de punições administrativas para calar as ideologias políticas que buscam enfrentar o patrimonialismo, o mandonismo, a desigualdade social e os efeitos perversos do pensamento único neoliberal. A possibilidade de sanção por suposto exercício de atividade político-partidária funciona como uma espécie de bastão de ameaça na cabeça de juízes e promotores de justiça. Com isso se tolhe o direito fundamental de liberdade de pensamento.

Por essas razões, nas duas situações, os grupos de oposição que recusam a se conformar à opressão e dominação existentes no exercício seletivo do poder punitivo são cada vez menores.

Mas não são apenas os agentes estatais imbuídos na função

de controlar o poder punitivo que sofrem com essa escalada persecutória. A clientela preferencial do Direito Penal, constituída no grosso por setores sociais marginalizados, não encontra nenhuma esperança de julgamento justo do caso penal quando policiais, promotores de justiça, juízes e ministros decidem sem liberdade de pensamento. O fim da independência funcional, que permite cotejar o caso concreto sem pressões externas de nenhuma natureza, é também a morte da dogmática penal. Afinal de contas, a dogmática penal não se constitui como técnica de cumprimento de funções burocráticas de polícia, mas sim como gramática do Direito Penal destinada à produção de decisões justas e previsíveis. Isso não quer dizer, contudo, que a dogmática jurídico-penal – cultuada pelos ensinamentos da boa doutrina – deva ficar refém da jurisprudência, porque é a teoria que orienta a prática e não a prática que orienta a teoria. O Direito Penal é, nesse sentido, uma teoria da práxis.

De qualquer modo, enquanto não vem nenhuma mudança popular de base significativa para restabelecer o princípio democrático perdido, restam duas estratégias para mitigação da intolerância funcional.

A primeira consiste na lutar pela diminuição da seletividade de operação do Direito Administrativo disciplinar sobre as funções dos integrantes das agências penais. Não é admissível, que manifestações funcionais que privilegiem o princípio maior de liberdade sofram punições administrativas – ou mesmo ameaças veladas –, enquanto outras condutas, que exercem ilegítima e abusivamente o poder de punir, resultem impunes. O princípio da igualdade deveria valer também, se ninguém tem liberdade funcional garantida, para então punir os soldados do poder punitivo, nos casos de requerimentos infundados de prisão cautelar, de buscas e apreensões abusivas, de denúncias temerárias e genéricas, de pedidos de condenação baseados apenas em meras convicções, de perguntas humilhantes, de exposição midiática de investigados ou mesmo acusados, de processos intermináveis, de apelos injustos por aumento de penas etc.

A segunda é exigir o cumprimento do argumento de **Marçal Justen Filho** no sentido de que “os ilícitos e as sanções administrativas obedecem ao regime próprio do direito penal.”<sup>(1)</sup>

Se é assim mesmo, então também as infrações administrativas se resolvem pelos critérios de imputação ao tipo objetivo. Assim, para que se aceite também uma falta funcional de qualquer natureza, dolosa ou imprudente, são necessários os requisitos exigidos pela teoria dominante do incremento do risco no Direito Penal:

a) Criação de um risco não permitido (*Schaffung eines unerlaubten Risikos*): 1. Exclusão da imputação no caso de diminuição do risco (*Der Ausschluss der Zurechnung bei Risikoverringerung*); 2. Exclusão da imputação se falta a criação de perigo (*Der Ausschluss der Zurechnung bei fehlender Gefahrschaffung*); 3. Criação de perigos e cursos causais hipotéticos (*Gefahrschaffung und hypothetische Kausalverläufe*); 4. Exclusão da imputação nos casos de risco permitido (*Der Ausschluss der Zurechnung in den Fällen des erlaubten Risikos*);

b) Realização de risco não permitido (*Verwirklichung des unerlaubten Risikos*): 1. Exclusão da imputação se falta a realização do perigo (*Der Ausschluss der Zurechnung bei fehlender Gefahrverwirklichung*); 2. Exclusão da imputação se falta a realização do risco não permitido (*Der Ausschluss der Zurechnung bei fehlender Verwirklichung des unerlaubten Risikos*); 3. Exclusão da imputação nos casos, que não estão cobertos pelo fim de proteção da norma de cuidado (*Der Ausschluss der Zurechnung bei Erfolgen, die nicht durch den Schutzzweck der Sorgfaltnorm gedeckt werden*).<sup>(2)</sup>

Isso tudo resolveria, na prática, o controle insindiacável de atividades-fim (arquivamentos, pedidos de absolvições, ausência de recursos, mesmo quando as fundamentações divirjam da jurisprudência penal dominante) e aquelas imputações assentadas em matérias de carácter meramente ideológico (comentários, discursos, análises e escritos críticos ao momento político antidemocrático).

Assim é que **Claus Roxin** propõe uma teoria da imputação objetiva fundada no princípio do risco (*Risikoprinzip*), que pressupõe que o autor tenha incrementado um risco para o bem jurídico, risco esse indevido e materializado como resultado no âmbito de extensão do tipo. Para determinação da criação ou da realização do risco não permitido é decisivo o ponto de vista do observador prudente (*Einsichtig*), antes da prática do ato, com os conhecimentos especiais do autor concreto. Portanto, para **Roxin**, não haveria, alternativamente, imputação objetiva nos casos mencionados.

Transportados esses requisitos para o Direito Administrativo disciplinar, a conclusão inarredável é de que não há como se imputar objetivamente quaisquer resultados aos membros de agências penais, quando, muito embora os resultados causados sejam obras deles, os comportamentos não criaram riscos juridicamente desaprovados a bem jurídico de terceiro. Em outras palavras, não há que se falar em imputações administrativas se os comportamentos realizados ficaram dentro do que se espera de alguém com os mesmos conhecimentos especiais do imputado (saber jurídico-penal), que, no exercício da função essencial ao funcionamento da justiça, prima por atuações dentro de um sistema comprometido pela proteção de direitos e valores fundamentais.

Essas são estratégias úteis para que os membros das agências penais possam recusar a seguir a corrente punitivista. Nas sociedades industriais avançadas, como ensinou **Marcuse**, é cada vez maior a paralisia da crítica. A tendência é de pensamento e políticas unidimensionais. As formas de controle não são apenas penais-repressivas, mas também predominantemente tecnológicas: o externo invade o interno (introjeção) e aniquila o espaço privado. O resultado constitui o que se conhece de *mimese*: uma identificação imediata do indivíduo com sua sociedade e, através dela, com a sociedade como um todo.<sup>(3)</sup> Esse processo, contudo, parece mais intenso ainda nos indivíduos que integram as instituições estatais, pois a oposição ao *status quo* é quase sempre reduzida. Romper com essa servidão “voluntária”, que se enraíza pela alienação, é uma exigência do pensamento negativo (crítico) em prol da libertação, ainda que isso custe incômodos, incompreensão e algumas sanções.

## Notas

- (1) JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 665.
- (2) ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- (3) MARCUSE, Herbert, *O homem unidimensional: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada*. São Paulo: EDITRO, 2015.

**Jacson Zilio**

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela  
Universidade Pablo de Olavide de Sevilha, Espanha.  
Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná.

ORCID: 0000-0001-9304-5002

[jacsonzilio@me.com](mailto:jacsonzilio@me.com)

Recebido em: 02/12/2019

Aprovado em: 02/12/2019

Versão final: 10/12/2019