

EVERSON APARECIDO CONTELLI

O CUSTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

*Abuso de direito criminal e a
epistemologia das externalidades*

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

5

DIREITO PENAL, RESPONSABILIDADE PENAL E ABUSO DE DIREITO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

5.1 DIREITO PENAL E RESPONSABILIDADE PENAL

O Direito Penal tem por finalidade compreender o fenômeno social e dotar o sistema jurídico de mecanismos para identificar o comportamento e transformá-lo em ilícito jurídico, na modalidade ilícito penal, diante da insuficiência de outros meios de controle social. Para Bitencourt (2009, p. 2), é um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Ainda segundo o citado autor, cuida-se de um conjunto de normas e princípios essenciais para a convivência humana.

E a ação humana é o que direciona toda a discussão sobre a teoria do delito, com o surgimento da concepção puramente normativa, ao excluir, no finalismo, o dolo e a culpa da culpabilidade. Para Welzel (1993, p. 53), essa ação é um exercício de atividade final, um acontecer final e não puramente causal:

Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, portanto, um acontecer 'final' e não puramente 'causal'.

A 'finalidade' ou o caráter final da ação baseia-se em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta. Em razão de seu saber causal prévio pode dirigir os diferentes atos de sua atividade de tal forma que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine.

Ademais, importa analisar o desvalor da ação, componente do injusto penal, ingressar no recorte da culpabilidade e na identificação de requisitos outros da responsabilidade penal.

Em 1962, Roxin apresenta a concepção normativista do Direito Penal, que confronta a concepção final da ação, de base ontológica defendida por Welzel. O que Roxin propunha era o rompimento de fundamentação ontológica para formular uma vinculação em pautas político-criminais, o que possibilitaria pensar pena e medida de segurança como consequentes protetores de bens jurídicos e preventivos de delitos (Bitencourt, 2009).

A despeito desse rompimento, relembra Bitencourt (2009, p. 79) que “o ponto de vista normativo pressuporia, pois, liberdade de escolha, perante a sujeição a estruturas lógico-objetivas de que partia o ontologismo de Welzel”.

O normativismo de Jakobs formulado em 1983 distingue de Roxin e de sua limitação teleológico-funcional, em que, segundo Bitencourt (2009, p. 80), “os valores protegidos pelo sistema penal estejam limitados por um substrato material fático externo ao próprio sistema”, espécie de limites penais situados fora do sistema penal.

Ao pontuar o normativismo monista de Jakobs, Bitencourt (2009, p. 80) ressalta que, conforme o modelo funcionalista-sistêmico, “encontra somente no interior do próprio sistema penal os parâmetros necessários para o seu desenvolvimento estrutural, não se sujeitando a limites externos”.

Tanto no finalismo de Welzel, como no normativismo menos radical de Roxin, que admite limites na realidade empírica, quanto em Jakobs, com fundamento no sistema autopoiético

(fechado) de Luhmann com limitação singularizada ao aspecto normativo-funcional do Direito Positivo, as externalidades apontadas neste trabalho não encontram uma solução adequada.

Se o normativismo teleológico perdeu a chance de se debruçar nas externalidades dentro das consequências em políticas criminais¹, o funcionalismo radical rechaçou por completo ao estruturar a teoria do crime, repetindo a certeza de cientificidade, sem apresentar soluções.

É necessário, no entanto, compreender que a complexidade da criminalidade organizada e cibernética que se apresenta, com avassaladores custos estatais no século 21, não estava na linha de análise empírica de Welzel, Roxin ou Jakobs, assim como é um não assunto aos penalistas da atualidade².

1. Embora remanesça a crítica a que o próprio Estado defina a concepção filosófico-política do Direito Penal, o que pode levar a graves violações aos direitos humanos, em especial praticadas por Estados totalitários. A crítica é rechaçada por Roxin, ao asseverar que uma política criminal apenas encontra solidez quando fundamentada em Direitos Humanos e liberdades fundamentais. Vale observar, neste aspecto, as críticas de Bitencourt (2009, p. 33) à Constituição Brasileira, rotineiramente alterada, o que poderia enjear espaço para insegurança.
2. Bobbio, na obra a "Era dos Direitos" (2004, p. 5) afirma, ao comentar sobre novos direitos, tais como novas exigências que poderiam ser chamadas de quarta geração, como os efeitos da pesquisa biológica e a manipulação genética, que os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências. Ameaças que são enfrentadas por meio de demandas de limitações de poderes remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Embora Bobbio se refira a garantias de liberdade e de não agir do Estado e a direitos sociais ou ações positivas do Estado, temos que as externalidades, como expressão do uso do poder do homem sobre outros – representados pelo Estado – e com prejuízos sociais merecem, a seu tempo, ou um remédio próprio ou a aplicação de uma limitação decorrente de um movimento que busca identificar uma delimitação entre o normal e o anormal do caos do fenômeno criminal. Um atuar em frequente evolução, mas que, neste momento, exige uma pausa para reflexão.

Mas, porque as externalidades merecem o olhar da dogmática penal? Não para integrar uma nova escola: o trabalho não tem essa pretensão, mas compreender o direito material para buscar a solução no campo não penal.

Ademais, é preciso compreender que aquilo que denominamos externalidades, segundo a melhor compreensão dos tribunais superiores, não devem ser valoradas na dosimetria da pena. Nesse sentido, o *Habeas Corpus* (HC) nº 72815 Mato Grosso do Sul (Brasil, 1995b, p. 1):

EMENTA: *Habeas corpus*. O comportamento do réu durante o processo na tentativa de defender-se não pode ser levado em consideração para efeito de um aumento da pena, sendo certo, também, que o réu não está obrigado a dizer a verdade (art. 5ª, LXIII, da Constituição Federal) e que as testemunhas, se mentirosas, devem elas, sem reflexo na fixação da pena do réu em favor de quem depuseram, ser punidas, se for o caso, pelo crime de falso testemunho. *Habeas corpus* deferido em parte, estendida a concessão, *ex officio*, ao co-réu.

Com efeito, essa decisão pode ser compreendida com a afirmação de que as externalidades, a despeito de correlacionadas a um evento destinado a produzir consequências jurídicas, não podem ser compreendidas no sentido de ação humana como exercício de atividade final.

Externalidades podem ter qualquer outra natureza jurídica, somente não podem ser valoradas para fins de responsabilização penal. Melhor esclarecendo, externalidades não são consideradas para a tipicidade por ausência de conduta penal, sendo impossível, portanto, sua subsunção a tipo penal.

Note-se, no entanto, que afastar as externalidades do normativismo teleológico ou sistêmico não representa um insucesso das escolas funcionalistas. Obviamente existe um problema, principalmente no modelo radical de atenção do Direito Penal a problemas essencialmente simbólicos. No entanto, essa é uma discussão que não interessa em absoluto ao presente estudo,

dado que se conclui que externalidades não serão valoradas pelo juiz penal.

Ademais, a finalidade do autor é decisiva para o finalismo, mas o aspecto do comportamento analisado – externalidade – não integra esse juízo e, tampouco, ingressa na análise do risco proibido, porquanto o que perseguimos é a identificação de um comportamento abusivo, mas não necessariamente contrário ao tipo penal, senão contrário ao direito.

Se a missão deste trabalho estivesse em reconstruir uma escola penal para justificar e acolher a natureza jurídica das externalidades, possivelmente essa escola, em paralelo a outras escolas penais, estaria localizada na perspectiva superada dos causalistas.

Decorrente da necessidade de certeza jurídica, a valoração material, como nos neokantianos, e a ciência do dever ser, de compreensão e assimilação da dimensão valorativa do objeto jurídico, poderiam ocasionar incerteza e trazer subjetivismo em decisão de vital importância, que é o direito ao silêncio e à liberdade.

Acompanhando Bitencourt (2009, p. 71), ao discorrer sobre o modelo baseado em filósofos neokantianos, temos que com as “considerações axiológicas e materiais, o neokantismo substitui o método puramente jurídico-formal do positivismo”.

Em outros termos, superados o causalismo e o neokantismo, a despeito do substrato evolutivo do finalismo e do funcionalismo no que tange ao comportamento humano indesejado, as externalidades – que não se confundem com comportamentos humanos indesejados – parecem permanecer atreladas ao positivismo, desprovido de qualquer análise da realidade cultural ou de valores, daí esse assunto ainda não ter encontrado espaço para o início de uma discussão.

As externalidades permanecem submetidas ao cientificismo e à promessa de resolução absoluta, ainda que somente simbólica, do Direito Penal, de características puramente objetivo-descritiva.

Obviamente que se as externalidades, embora não se confundam, seguissem a lógica da estrutura analítica de crime, por certo fatores simétricos poderiam excluir a ilicitude de eventual responsabilidade. Presentes os fatores de exclusão da antijuridicidade, como legítima defesa, estado de necessidade e estrito cumprimento do dever legal, ainda assim o substrato custo da investigação criminal continuaria relevante, principalmente para fins de orçamento e de planejamento estratégico.

No que tange à culpabilidade, pelo finalismo, o dolo e a culpa migram para a conduta. Por considerarmos externalidade uma aproximação do causalismo e da análise civilista da responsabilidade, o dolo e a culpa, obviamente não estão na conduta. Mas como não é uma análise de Direito Penal, mas das externalidades, necessário reconhecer que estas estarão submetidas ao impulso voluntário e psicológico. Diante da prática de um comportamento humano indesejado (infração criminal), o autor decide, voluntariamente, causar um abusivo e prejudicial comportamento não direcionado ao bem juridicamente tutelado pelo tipo penal, mas ao prejuízo emulativo de manipulação desnecessário da persecução criminal.

Importante asseverar que a pena para o Direito Penal é um mecanismo de controle social que o Estado utiliza para proteger o bem jurídico tutelado. Repita-se, externalidades não violam o bem jurídico tutelado pela norma penal, portanto não poderiam decorrer consequências compatíveis com a sanção penal ou, até mesmo, com o confisco alargado³.

3. O confisco alargado é uma tentativa, não pragmática, de solucionar um problema de inefetividade no sistema de justiça criminal por meio de um mecanismo de difícil implementação prática, porquanto introduz solução que, a despeito da aproximação econômica, não se desloca da lógica científica da dogmática penal. Decorre do texto legal, com previsão no art. 91-A do Código Penal (Brasil, 1940). Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito. Confisco alargado,

5.2 BEM JURÍDICO E ABUSO DE DIREITO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O desvalor do resultado (Direito Penal) leva em consideração a gravidade e a lesão ao bem jurídico tutelado. O conceito de bem jurídico se relaciona ao aspecto normativo, este o traço distintivo com o objeto material ou objeto da ação, empírico, relacionado ao mundo naturalístico, de essência valorativa sintética.

Para Prado (2005, p. 265), “essa concepção puramente física do objeto da ação contraria a própria realidade normativa, que prevê como seu objeto entes não-sensoriais e não circunscritos a uma dimensão espacial”.

Note-se que para Roxin, a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos, uma vez que a conduta é a violação ao bem jurídico, enquanto para o funcionalismo radical ou sistêmico de Jakobs, a missão do Direito Penal é proteger o sistema, a vigência da norma. Baseado em sistemas sociais de Luhmann, o Direito Penal, como sistema autopoiético, tem por finalidade assegurar a vigência do sistema, de maneira que a conduta é aquela capaz de violar o sistema e as expectativas normativas (Prado, 2005).

Para Prado (2005, p. 269):

A lesão ao bem jurídico diz respeito à relação entre a ação típica e o valor protegido pela norma penal, que pode encarnar-se ou não no objeto da ação”, o que desborda em um resultado axiológico, juridicamente valorado, que significa o desvalor da ação.

Com efeito, externalidades não violam o mesmo bem jurídico protegido pela norma penal e, portanto, não são objeto do desvalor da ação para fins penais.

portanto, em nada se confunde com o confisco ou cobrança decorrente de externalidades.

Ocorre, no entanto, que o Direito Penal e a dogmática penal como a conhecemos, construída a partir de um compromisso estatal de segurança jurídica em troca de limitação de direitos, ainda que sob a análise de um contrato social, não se convencionou em um dever ilimitado a suportar as externalidades⁴, categoria externa da imputação jurídico-penal que supera o pseudoproblema ações e fatos já referidas por Pérez (2007, p. 12) ao contextualizar a proposta de Vives Antón de concepção significativa de ação.

Ademais, o pensar a partir de ponto fora da dogmática penal e livre de tensão pode auxiliar a reduzir a infundável discussão acerca da atual crise da culpabilidade e o problema de sua indemonstrabilidade. Se, por um lado, não se pretenda solver a crise de culpabilidade, por outro, é muito provável que a admissão da teoria do abuso de direito criminal e a identificação (*rectius* responsabilização) pelas externalidades podem servir como um caminho para reduzir a interferência do determinismo, principal óbice atual da responsabilização penal.

Estabelecendo uma coerência lógica e epistemológica do trabalho que cuida de investigação criminal, tema do ramo do Direito Processual Penal e considerando que abuso de direito não é um assunto corrente ao sistema de justiça criminal, necessário se faz, de maneira dialógica, buscar subsídios no direito material, a começar pelas lições iniciais de Direito Civil sobre o assunto.

-
4. Embora passível de críticas e de incompreensões que possivelmente a doutrina lançará acerca da aproximação entre investigação criminal e serviço público, em breve tempo, o Estado, de maneira unilateral ou mediante audiências públicas, deverá complementar os deveres do cidadão para estabelecer uma interpretação acerca das “promessas do contrato social” a fim de delimitar os deveres do Estado como detentor do monopólio penal e os limites da culpabilidade, no contexto do art. 59 do Código Penal (Brasil, 1940), com possibilidade de distribuição ou responsabilização dos custos de algumas externalidades aos terceiros que atuarem de maneira abusiva.

Mas um pressuposto é necessário para a correta compreensão do que está a se discutir, ou seja, separar o ilícito penal com sua carga de responsabilidade criminal, do ilícito civil, do abuso do direito e de todas as demais externalidades da investigação criminal.

Note-se, nesse filtro inicial, concluindo-se que a totalidade dos efeitos decorrentes da conduta humana indesejada estejam absorvidas pela culpabilidade em seu duplo sentido e pela responsabilidade penal e civil, então não há sentido algum prosseguir na análise, porquanto tudo será possível ao agente com relação ao sobrevalor dos prejuízos e caberá ao Estado, por meio dos cofres públicos, arcar com os custos totais. Essa é uma decisão que a sociedade, por meio dos seus representantes precisa tomar.

Em outros termos, o Direito Penal e Civil serão suficientes para responsabilizar o autor do crime. Dessa maneira, caberá ao Estado arcar com todos os custos, de todas as intercorrências lesivas ao serviço público que ocorrerem, desde os atos preparatórios, passando pelos executórios, pelo exaurimento e pelas posturas, até mesmo aqueles de afronta ao Estado-investigação, à soberania, à sociedade e aos sujeitos da relação jurídica processual.

Essa é uma possível conclusão, a partir de uma leitura de que a Constituição Federal garante ao autor do crime, no aspecto criminal, o mais amplo contraditório⁵, o devido processo legal formal e substancial, diante da possibilidade real de abusos por parte do grandioso Estado e de seus agentes que, não raro, ao longo da história, extrapolaram os limites do monopólio de aplicação da lei penal para uso no controle político e social⁶.

5. Mesmo a plenitude de defesa como direito fundamental nos crimes dolosos contra a vida pode encontrar limites e modulações em externalidades e custos da investigação propostos, de acordo com a leitura do art. 5º, inciso XXXVIII, da CF (Brasil, 1988).

6. Conforme exame do tópico abuso de autoridade, além da responsabilidade criminal, milhares de processos, com justas e devidas condenações,

Essa primeira leitura, aliás, é o ponto de partida e parece ser a compreensão atual não por má-fé, mas, simplesmente, por desconhecimento e completa ausência de enfrentamento da questão que se propõe.

Por acreditar que essa não é a solução ético-jurídica, avancemos no debate.

O que se pretende, desse modo, é uma superação da lógica tradicional de pensar a dogmática penal, processual penal e constitucional, para, a partir de uma análise dialógica da investigação criminal, alcançar externalidades, consequências estas que, eventualmente, devam ser categorizadas, descritas e classificadas para um mais amplo debate público, político, jurídico e orçamentário.

Não se pretende a apresentação de certezas, mas de motivos suficientes para a reflexão sob um novo olhar – denominado dialógico. E, nesse sentido, as externalidades podem constituir uma nova categoria jurídica a possibilitar a aplicabilidade da teoria do abuso de direito no processo penal. E assim poderia ser não apenas analisando a litigância de má-fé e os deveres processuais – decorrência do processo civil e da análise sistemática própria do processo penal –, mas também o abuso de direito, com consequências econômicas, na etapa preliminar de investigação criminal e, até mesmo, perante o direito material, porém não perceptíveis ou compreendidas dentro da responsabilidade civil, administrativa, penal ou tributária.

identificam a responsabilidade civil do Estado, note-se, objetiva, precisamente e diante da vulnerabilidade do cidadão diante do tamanho do Estado, trazendo aos cofres públicos o dever de indenizar. Essa justa pretensão dos atingidos pelo Estado-investigação nada mais significa que o reequilíbrio diante do excesso do monopólio estatal. Não há dúvidas da necessidade de o Estado arcar com essas indenizações. Contudo, a partir de uma dialogicidade da investigação criminal e por coerência entre sistemas, eventuais abusos dos particulares, se identificados e categorizados, poderão ser indenizados.

5.3 ABUSO DE DIREITO

Examinar o abuso de direito requer uma breve digressão no tema ato ilícito, isso porque os denominados fatos voluntários podem resultar em comportamentos contrários ao direito e, por conseguinte, provocarem ilícito civil, penal ou administrativo.

Conforme ensina Ihering, o direito nasce dos fatos, que podem ser lícitos ou ilícitos (Gomes, 1979). Para o citado autor (1979, p. 543), a ação humana contrária ao Direito chama-se, *lato sensu*, ato ilícito. Contudo, adverte o autor:

[...] a conduta ilícita do indivíduo não configura necessariamente *ato ilícito*. É preciso distinguir, primeiramente, a atividade infringente da norma jurídica, da que lesa interesse legítimo de outrem, cuja satisfação depende de sua iniciativa. Se alguém não paga uma dívida, prejudicando, portanto, o credor, não pratica ato ilícito propriamente dito, embora, em última análise, viole, com esse procedimento, a regra jurídica que ordena ao devedor o cumprimento da obrigação contraída.

A partir do esvaziamento do conceito de delito e quase-delito pelo Código Civil Alemão de 1897 (*Bürgerliches Gesetzbuch*), surge em seu lugar o conceito de ato ilícito, em que o conceito de culpa é apropriado de forma ampla, a incluir o comportamento contrário ao direito, independentemente de vontade.

Varela (2017, p. 534) identifica o fato do agente como o elemento básico da responsabilidade ao asseverar:

O elemento básico da responsabilidade é o fato do agente – um ato *dominável ou controlável* pela vontade, um *comportamento* ou uma *forma de conduta* humana – pois só quanto a fatos dessa índole têm cabimento a ideia de ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos em que a lei impõe.

Nota-se um extraordinário apego dentre os clássicos em vincular ato ilícito ao conceito de culpa.

Para Cavalieri Filho (2010, p. 9) a solução está na análise do duplo aspecto da ilicitude, sob o ponto de vista objetivo e subjetivo. No seu aspecto objetivo, contrário ao direito tem-se que:

A antijuridicidade de uma conduta é normalmente estabelecida à luz de certos valores sociais, valores que podem ser englobados na noção tradicional de bem comum. O que se pretende é proteger o interesse ou utilidade social. Desta forma, sempre que se desenvolve um comportamento contrário à norma jurídica fere-se esse valor, ainda que tal comportamento não decorra de ato humano voluntário. Aqui leva-se em consideração apenas se certa conduta – ou resultado desta – é socialmente vantajosa ou nociva. Por esse enfoque, a fronteira da ilicitude é marcada pela violação do dever jurídico. [...] A contrariedade a direito é condição objetiva que se configura por ter sido violada a ordem jurídica.

No aspecto subjetivo, segundo Cavalieri Filho (2010, p. 9), o ilícito envolve um juízo de valor a partir da vontade humana, da conduta do agente, ao passo que no critério objetivo o juízo de valor está no caráter antissocial ou socialmente nocivo do ato.

Nesse aspecto, complementa Cavalieri Filho (2010, p. 11):

O abuso do direito foi aqui configurado como ato ilícito dentro de uma visão objetiva, pois boa-fé, bons costumes, fim econômico ou social nada mais são que valores ético-sociais consagrados pela norma em defesa do bem comum, que nada tem a ver com a culpa.

Em complemento, pode-se analisar a ilicitude em sentido estrito ou amplo. Na primeira, a conduta humana exige culpa, dano e nexos de causalidade, conforme art. 927 e art. 186 do Código Civil (CC) (Brasil, 2002), e na segunda, não há referência ao elemento subjetivo ou psicológico, com a ressalva de que conceito estrito atualmente é considerado insatisfatório até mesmo diante da responsabilidade subjetiva.

Rodrigues (1995, p. 312), a respeito do revogado art. 160, I, 2ª parte, do Código Civil de 1916, já ressaltava que o Direito brasileiro acolhe a teoria do abuso de direito:

Segundo a qual, mesmo atuando dentro do âmbito de sua prerrogativa, pode a pessoa ser obrigada a indenizar dano causado, se daquela fez um uso abusivo.

A teoria do abuso de direito, na sua forma atual, é, como diz Josserand, de tessitura jurisprudencial e surgiu na França na segunda metade do Século XIX.

[...]

Acredito que a teoria atingiu seu pleno desenvolvimento com a concepção de Josserand, segundo a qual há abuso de direito quando ele não é exercido de acordo com a finalidade social para a qual foi conferido, pois, como diz este jurista, os direitos são conferidos ao homem para serem usados de uma forma que se acomode ao interesse coletivo, obedecendo à sua finalidade, segundo o espírito da instituição.

Promovendo uma primeira aproximação do tema com a investigação criminal, Jorge, Souza Júnior e Contelli (2022, p. 15), no livro “Drones, investigação criminal e segurança pública”, asseveram:

A sociedade de risco e sua revolução tecnológica não apresentam um problema a resolver a cada inovação, mas as diversas formas de utilização podem gerar discussões e questionamentos quanto a um sem número de violações ou aparentes violações a direitos fundamentais.

O primeiro e óbvio impasse está quanto ao uso de imagens, espaço aéreo, direito de propriedade e abuso de direito. E o problema aqui não se identifica com o famoso caso Clement Bayard, quando em 1912, a Corte de Amiens na França, analisou o conflito envolvendo um proprietário de terreno vizinho a campo de pouso de dirigíveis, uma vez que, sem qualquer justificativa construiu enormes torres contendo lanças de ferros

para impedir a manobra de dirigíveis. Imbuído da antiga concepção romana, de que o domínio do solo se estendia em profundidade *usque ad inferos* e em altura *usque ad sidera*, atualmente superada (RODRIGUES, 1997, p. 80), o processo naufragou, porquanto a Corte condenou o proprietário a partir do abuso de direito. A discussão presente, com uso de drones é outra e mais complexa. Drones têm o potencial não somente de ocupar o espaço, mas de pouso e, até mesmo, capacidade de ingressar em domicílio com produção e transmissão de imagens em tempo real, com consequências ainda não delineadas por completo pela jurisprudência. Com efeito, a discussão não está apenas no uso do espaço aéreo, não integrante do direito de propriedade, mas envolve até mesmo a invasão de intimidade, privacidade, domicílio, conceitos outros não imaginados no início do século passado.

Assim sendo, somente existirá ato ilícito quando presente o uso irregular de um direito. *A contrario sensu*, existem hipóteses de atos que, embora lesivos, não constituem ilícitos, a exemplo do exercício regular de direito. Outras hipóteses de ato lesivo permitido são a legítima defesa e o estado de necessidade, que atuam como excludentes de responsabilidade civil, nos termos do art. 188, inciso I, do CC (Brasil, 2002).

Diniz (2009. p. 578) arremata afirmando que o abuso de direito se fundamenta em um critério objetivo-finalístico:

Trata-se, na verdade, de uma categoria *sui generis* e autônoma de antijuridicidade. O ato abusivo é uma conduta lícita, mas desconforme ora à finalidade socioeconômica pretendida pela norma, ao prescrever uma situação ou um direito, ora ao princípio da boa-fé objetiva, como diz Ripert. O abuso de direito para sua configuração requer uma valoração axiológica do exercício de um direito subjetivo (LICC, art. 5º), tendo por base os valores contidos na Constituição federal.

No abuso de direito estaremos diante de uma ilicitude *lato sensu*.

O tema não é enfrentado no Processo Penal, porque a conduta humana indesejada que gera o tipo penal e a consequente aplicação do preceito secundário – correspondente à responsabilidade penal –, ao mesmo tempo constitui, via de regra, um ilícito civil de tratamento adequado pelo direito material civil ou pelo processo civil, assim como pela amplitude da ação civil *ex delicto*, nos termos do art. 64 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941).

As consequências do comportamento humano indesejado que contornam os elementos e as circunstâncias do tipo penal, em geral, correspondem a um dever contraposto, que acaba sendo violado, ou seja, a infração criminal.

Eventuais externalidades – elemento central da tese –, portanto, existem e merecem um maior e mais aprofundado debate.

5.4 ABUSO DE AUTORIDADE E EQUILÍBRIO ÉTICO

A recente Lei nº 13.869/2019 (Brasil, 2019a) cuidou de tipificar como abuso de autoridade exatamente condutas contrapostas àquelas realizadas pelo investigado ou indiciado particular, mas sob uma perspectiva por vezes potencializada na desvantajosa posição desses personagens na relação com o Estado.

Tal lei, a partir da possibilidade de infrações criminais praticadas por representantes do Estado-investigação, principalmente diante de violações decorrentes da investigação criminal, reconhece que o exercício do monopólio penal pode sim, para além de violação ética, importar em relevante fragmentação a bem jurídico corresponsivo a direito fundamental. Isso exige do Estado não apenas o dever de indenização, mas também a responsabilização penal de seus agentes, inclusive perante a comunidade internacional⁷.

7. Em reiteradas decisões, assim como no Caso Nova Brasília (Corte IDH, 2017), o Estado brasileiro foi obrigado a restituir quantias ao Fundo de Assistência

E andou bem o legislador. Todos os Estados totalitários se valeram da “justiça criminal” para controle da população por meio de violação de direitos individuais e, ainda, mesmo em Estados Democráticos como é o caso do Brasil, violações individuais insistem em ocorrer.

Um recorte da Lei de Abuso de Autoridade (Brasil, 2019a) sob essa perspectiva revela que o interesse do legislador está em manter uma investigação criminal ética, hígida e despida de sectarismos, autoritarismos e excessos, especialmente na opção por cautelares de restrição de liberdade em desconformidade com as hipóteses legais (art. 9º); na produção probatória violadora (arts. 13 e 14); na violação ao direito de defesa (arts. 20, 32 e 43, que acrescentou o art. 7º-B à Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) e no início de investigação criminal sem justa causa fundamentada (art. 30).

Sem nenhum tipo de revanchismo, mas como forma de manter o equilíbrio ético e dialógico do sistema, assim como o Estado-investigação não pode violar disposições de direitos fundamentais, mesmo que em busca de uma ideiação imaginária por justiça ou de equilíbrio diante da prática criminosa e da necessidade de proteção suficiente das vítimas e da sociedade, ao indiciado ou investigado, condutas contrapostas, correspondentes a eventuais abusos de direito, também não podem ser admitidas por idênticos fundamentos éticos e jurídicos.

O Estado, no uso do monopólio estatal da força, reconheceu em boa hora que a Administração (do Executivo e do Judiciária) precisa controlar os seus agentes (Costa; Zolandeck, 2012, p. 218), integrantes do sistema de justiça criminal. Pois bem. Mas

a Vítimas, conforme item 22: “O Estado deverá restituir ao Fundo de Assistência Jurídica às Vítimas, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a quantia desembolsada durante a tramitação do presente caso, nos termos do parágrafo 362 desta Sentença”. A proposta tem plena aplicabilidade em âmbito doméstico e uma das fontes de custeio muito bem poderia ser os valores obtidos a partir dos comportamentos abusivos na investigação criminal.