



Andrea Marighetto: abuso e o excesso de poder público na Itália

O brocardo romano *metus publicae potestatis*^[1] demonstra que o problema do abuso de autoridade pública por parte do funcionário público ou quem exerce a função pública é algo que vem de longe.

Na Itália, o artigo 97 da Constituição Italiana pode ser uma referência para o crime de abuso de poder por parte do funcionário público na parte em que expressa um caráter imediatamente preceptivo, em relação à imparcialidade da ação do funcionário público, que, em seu núcleo essencial, se traduz “*na proibição de favoritismo e, portanto, na obrigação de a administração tratar todos os sujeitos com interesses protegíveis da mesma forma*”.

A ausência de favoritismos ou de penalização ou excesso de poder imposto pela Constituição, como analisado acima, é tutelado penalmente principalmente pelo artigo 323 do Código Penal Italiano que integra integralmente o princípio da imparcialidade da Publica Administração, mas também por vários conjuntos de normas presentes no Código Penal e no Código do comportamento e os princípios gerais da conduta do funcionário público.

Mais especificadamente, o art. 323 do código penal (“abuso d’ufficio”) trata da forma mais geral de abuso que leva vantagem patrimonial ao funcionário público e estabelece que: “*Salvo que o fato constitua um crime mais grave, o público funcionário ou quem exerce um público serviço que, durante o exercício das funções ou do serviço, em violação de normas de lei ou de regulamentos, ou seja, omitindo de se abster em presença de um interesse próprio ou de um próximo conjunto ou nos outros casos previstos, intencionalmente procura para si ou outros uma injusta vantagem patrimonial ou causa a outros um dano injusto, é punido com a reclusão de um a quatro anos. A pena é aumentada nos casos nos quais a vantagem ou o dano tem caractere de relevante gravidade*”.

Trata-se de uma ampla fórmula que permite de considerar objeto do crime não unicamente os típicos atos administrativos, mas qualquer tipologia de ato ou atividade realizada pelo funcionário. É considerado um crime “de evento”, sendo que o objeto do crime se realiza no momento da efetiva produção de uma vantagem patrimonial injusta ou um dano injusto a outros. A jurisprudência penal da Itália entende que o requisito “patrimonial” não há a se entender como um efetivo incremento econômico, mas como a configuração de uma situação favorável para o complexo dos direitos subjetivos a conteúdo patrimonial do sujeito público. Em síntese, reconhece-se a conduta na fattispecie criminal do *abuso d’ufficio* quando o público funcionário ou quem exerce uma pública função: (i) viola normas ou regulamentos; (ii) viola a obrigação de se abster em presença de conflito de interesses.

Ainda, a lei criminal italiana prevê ao art. 61 do C.P. uma previsão aberta, uma lista de condições agravantes da pena aplicáveis a qualquer crime. Em particular, em relação a qualquer forma de abuso ou excesso a previsão n. 9 do art. 61 do CP estabelece que tem se aplicar uma pena majorada àquela geralmente prevista para aquele crime comum, quando o crime contra a pessoa e/ou contra o patrimônio pessoal for cometido por pessoa que desenvolva uma função pública ou um público serviço, ou seja, quanto a condição de desenvolver a função pública ou o serviço público facilitaram a conduta criminal (incluído o princípio da imparcialidade e da transparência administrativa prevista pelo art. 97 da Constituição).

O artigo 3º do novo Código de Comportamento dos Funcionário Público de 2013 (DPR n. 62 de 2013, em atuação da assim chamada “Lei Anticorrupção”), define os princípios gerais da conduta aplicável a todos os funcionários públicos. Todos os funcionários públicos contratados são chamados primeiro a observar a Constituição e a servir a Nação com disciplina e honra, adequando sua própria conduta aos princípios de bom desempenho e imparcialidade da ação administrativa. Também neste caso, a referência aos princípios gerais contidos nos artigos 54, 97 e 98 de Carta fundamental é imediatamente capturada nesta prescrição. O funcionário é obrigado a desempenhar suas funções de acordo com a lei, buscando o interesse público sem abusar do cargo ou dos poderes que ocupa. Deve também respeitar «os princípios de integridade, correção, boa-fé, proporcionalidade, objetividade, justiça e razoabilidade» e deve sempre agir «numa posição de independência e imparcialidade, abstendo-se em caso de conflito de interesses».

O novo marco regulatório inexplicavelmente deixou de fora da sua aplicabilidade, além de professores universitários, magistrados e advogados do Estado, beneficiários de uma disciplina específica e autônoma, os chamados “funcionários honorários”.

As normas de conduta dos Advogados, dos Magistrados e dos Professores é regulamentada separadamente e autonomamente pelos respectivos Códigos Deontológicos.

Na espécie, no caso dos Magistrados, a previsão que prevê específicas normas de comportamento se encontram na própria Constituição e as disposições constitucionais relativas aos Magistrados (101 e ss.) visam essencialmente proteger a imparcialidade e a independência da Ação Judicial, uma exigência que cresceu como um pedido de constitucionalismo liberal na luta pela limitação do poder.

Algumas normas deontológicas que regulamentam a atividade do Magistrado estão também contidas nas regras do Ordenamento Judiciário Italiano previstas pelo R.D. 30/01/1941 n. 12, (modificado e integrado várias vezes durante sua validade). Embora esta legislação contenha disposições essencialmente organizacionais dos órgãos judiciário, nele podem ser encontradas algumas imposições deontológicas que contribuem para enriquecer o sistema de fontes de ética dos Magistrados. Em particular, o Artigo 9 do acima citado R.D. rege a tomada de posse de Magistrados, estabelecendo que aqueles que exercem funções judiciais devem jurar de “*observar honestamente as leis do Estado e cumprir conscientemente os deveres inerentes ao (seu) cargo*”.

De qualquer forma, no sistema jurídico italiano, os códigos éticos da Magistratura, uma característica bastante peculiar, encontram seus fundamentos diretamente nas leis que preveem sua adoção obrigatória. Veja-se por exemplo o artigo 58 bis do D. Lgs. de 3 de fevereiro de 1993 n. 29 que declara que “*o judiciário e os serviços jurídicos do Estado em geral, os órgãos das Associações de Categorias adotarão, no prazo de cento e vinte dias após a entrada em vigor deste decreto, um Código de ética que será submetido à adesão dos membros pertencentes à Magistratura interessada. Expirado o prazo, o código é adotado pelo órgão de autogoverno*”.

Em síntese, apesar uma lei específica e geral que regulamente todos os tipos de abusos e/ou excessos do poder público, esta breve reconstrução quer evidenciar que é o sistema no seu todo se propõe de vigilar e punir eventuais condutas por partes de funcionários públicos ou quem exercem funções e serviços públicos que concretizarem formas de abuso ou de excesso prejudicáveis ao cidadão. Na espécie, vimos os princípios constitucionais de igual tratamento e transparência na execução da função pública, a previsão criminal do abuso cometido pelo funcionário público em violação de determinadas normas e regulamentos, a previsão geral da condição agravante da pena aplicável a qualquer tipologia criminal desde que seja cometida por um funcionário público ou quem exerce uma função ou serviço público, a presença de um código geral de comportamento que obriga todos os funcionários públicos e quem exerce uma função pública, e, por último, os mais específicos códigos de conduta ou deontológicos dos operadores do Direito (Magistrados e Advogados principalmente).

[1] Tradução literal: “Temor do poder público”.