

A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE À LUZ DA PONDERAÇÃO DE VALORES

Álvaro Fernandes Bezerra Alves¹

Luiz Felipe Pinheiro Neto²

RESUMO

Os direitos fundamentais, que se expressam sob a forma de regras ou princípios, previstos por toda a Constituição Federal Brasileira e dotados de características únicas, visam assegurar, principalmente, os valores que integram o conceito de dignidade da pessoa humana. Entretanto, em uma sociedade pluralista e que se moderniza rapidamente, são justificáveis os embates existentes entre essas normas de cunho principiológico, nos quais o mero juízo de subsunção se revela insuficiente. Isto posto, a técnica da ponderação de valores é vista como um meio alternativo viável à solução desses conflitos, já que, à luz da proporcionalidade, se demonstra como um método que restringe cada um dos direitos fundamentais envolvidos na menor medida do possível, sem deixar de efetivar o direito em contraste, sendo fator primordial para a manutenção da coesão e unidade da lei maior. A partir da utilização do sopesamento, que não se restringe à esfera do Poder Judiciário, tais direitos podem prevalecer em determinadas situações, e em outras não, observando, para a sua aplicação, às peculiaridades do caso concreto de modo mais minucioso que o usual, o que é uma mudança de paradigma na interpretação jurídica com o advento do Neoconstitucionalismo.

Palavras-chave: Princípios Constitucionais. Ponderação de Valores. Nova Lei de Abuso de Autoridade.

THE NEW AUTHORITY ABUSES LAW IN OPTICS OF THE BALANCING

ABSTRACT

Fundamental rights, which are expressed in the form of rules or principles, foreseen by the entire Brazilian Federal Constitution and endowed with unique characteristics, aim to ensure, mainly, the values that integrate the concept of human dignity. However, in a pluralistic society that is quickly modernizing itself, the existing conflicts between

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: alvaro-bezerra@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN. E-mail: professorluizpinheiro@gmail.com

these principiological nature precept are justified, which the use of subsumption proves to be insufficient. Therefore, the technique of balancing approaches is seen as a viable alternative route of solving those conflicts on the way of proportionality, because it works as a method that restricts each of the fundamental rights involved to the smallest extent as possible, without leaving to effectuate the right in the other side, which's become a primordial factor for the maintenance of the cohesion and unity of the biggest law. By the use of the balancing, which is not restricted to the sphere of the Judiciary, such rights may prevail in certain occasions, and in others not, looking, for their application, the peculiarities of the specific case in a more detailed way than usual, which is a paradigm shift in juridical interpretation with the advent of Neoconstitutionalism.

Key-words: Constitucional Principles. Balancing. New Authority Abuses Law.

1 INTRODUÇÃO

A corrente do positivismo jurídico, fruto do enaltecimento do conhecimento científico puro, idealizava o Direito como um fim em si mesmo em que se aplicariam atributos imanentes às ciências exatas, quais sejam, a experimentação e observação, tornando-a uma área do conhecimento eminentemente objetiva e que se empregava apenas ao formalismo.

O Direito se resumia em uma norma jurídica fixa e invariável emanada pelo Estado, deixando de lado todas as suas relações com a moral, ética, costumes e hábitos comuns. Na dicção de Barroso, para essa teoria, a ciência do Direito deveria se fundar em juízos de *fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de *valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. (BARROSO, 2009, p. 325).

Até a sua derrocada, acreditava-se que o ordenamento jurídico em voga poderia solucionar todos os conflitos existentes na sociedade por conta própria, pois este apenas retratava fidedignamente o *ser* e descrevia as experiências da realidade, sendo um ramo da ontologia.

Contudo, o legalismo exagerado passou não mais a atender os anseios sociais, já que as leis não conseguiam evoluir ao mesmo passo que a sociedade que se tornara cada vez mais plural e diversa, exigindo do Direito uma hermenêutica multidirecional, a qual adotasse também a amplitude das relações entre valores e princípios.

Eis que urge o que se denomina de pós-positivismo, contexto em que o Direito voltou-se novamente ao apego das novas relações humanas, devendo as normas constitucionais serem mensuradas e otimizadas na acepção de as extrair o seu sentido mais profundo, de modo a fazer cessar o sentimento de vagueza e inoperância do seu limitado conteúdo explícito, se chegando assim a um universo de múltiplos cenários normativos.

A forma interpretativa da carta magna se tornou, portanto, aquilo que se conduz a um resultado apenas possível, inexistindo critério predefinido ou certo para a exegese à se chegar ao significado da norma. Assim, diante de tudo, clama-se por um mecanismo que seja maleável a sustentar a complexidade do então fenômeno e que não seja um recurso para o puro subjetivismo: a técnica da ponderação de valores.

No primeiro capítulo, o estudo proposto parte da análise da teoria normativo-principiológica e sua comparação com as regras desenvolvida por Robert Alexy, refletindo-se na necessidade de surgimento de uma via alternativa para a solução das colisões, bem como faz uma abordagem acerca de qual dos modelos normativos seria o mais apropriado para a integridade de um ordenamento jurídico. Além disso, se discute sobre a possibilidade de existência de direitos absolutos e a máxima da proporcionalidade, considerada como o guia racional da técnica do sopesamento.

Já no capítulo segundo, será trabalhado o histórico de tratamento da legislação brasileira aos crimes que envolvem o abuso de autoridade e o seu contemporâneo conceito, assim como os aspectos gerais trazidos pela nova lei promulgada em 2019, como a presença de um elemento subjetivo específico do tipo penal, os sujeitos ativos dos crimes e a responsabilidade civil do Estado. Ademais, sob ótica do direito comparado, se expõe a heterogeneidade das formas de punição entre alguns dos países que também reprimem a então prática.

Por fim, no terceiro capítulo, o estudo tem o foco em demonstrar em situações práticas a aplicabilidade da ponderação de valores e que direitos garantidos constitucionalmente podem prevalecer em algumas situações e em outras não, de acordo com a observância das peculiaridades do caso concreto, reconhecendo-se a inexistência de direitos absolutos.

Busca-se mostrar, ademais, que a técnica não está adstrita ao uso pelo poder judiciário, mas está também em outras esferas, como no legislativo, pois, a partir do ato de ponderação, a produção de normas se perfaz pela análise das diversas

circunstâncias concretas e recorrentes, visando atingir determinada finalidade pelo aspecto valorativo.

Isso fica evidente pela apreciação do conteúdo normativo da Nova Lei de Abuso de Autoridade de 2019, com novas tipificações criminais, bem como determinações processuais e sancionatórias, que apenas refletem um processo de sopesamento entre bens jurídicos relevantes social e juridicamente, já que, em decorrência de corriqueiras situações, viu-se a necessidade de punição mais acentuada daqueles agentes públicos que abusam de sua prerrogativa.

Trata-se de um projeto teórico, com aval do método dedutivo, visto que, tomando como base um preceito maior, visa-se chegar, em tese, à análise de casos específicos de colisões de direitos fundamentais presentes no citado novo diploma legal brasileiro.

Além disso, tem um viés exploratório, documental e bibliográfico, onde foi utilizada a doutrina que tece comentários e posicionamentos acerca do tema, bem como a posição de grandes juristas, sobretudo da origem da referida teoria. Foram pesquisadas as maiores referências do país na área constitucional, como forma de compreender a aplicação da técnica e assim analisar os efeitos jurídicos concretos advindos desta.

Assim, conclui o trabalho ser imprescindível a utilização da ponderação de valores, por tratar-se de modalidade de técnica interpretativa constitucional que viabiliza alcançar a vastidão e o real sentido do ordenamento jurídico, em plena compatibilidade com a rapidez nas transformações das relações sociais e jurídicas atuais.

2 DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E SUAS IMPLICAÇÕES AO CONCEITO DE SOPESAMENTO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais, se contrapondo à uma antiga e em desuso classificação, sustenta que as normas de direitos fundamentais podem, além de assumir o caráter de regras, manifestar-se sob forma de princípios, categorias essas atribuídas com características próprias e diferenças eminentemente qualitativas (ALEXY, 2017, p. 87).

Até atingir tal patamar de reconhecimento como norma jurídica, os princípios passaram por um processo de evolução, como bem descreve Daniel Sarmento, em obra conjunta, suas principais fases:

Na primeira, correspondente ao predomínio do jusnaturalismo, os princípios eram encarecidos no plano moral, concebidos como postulados de justiça, mas não se lhes reconhecia natureza propriamente normativa. Na segunda fase, de domínio do positivismo jurídico, os princípios não eram concebidos como normas, mas sim como meios de integração do Direito. Naquele período, os princípios eram considerados como imanentes ao ordenamento, e não transcendentem a ele, e a sua construção dava-se por meio de um processo de abstração que extrai do próprio sistema jurídico as suas principais orientações. Já a fase atual, equivalente ao pós-positivismo, teria como característica central a valorização dos princípios, não só na dimensão ético-moral, como também no plano propriamente jurídico. (SARMENTO; SOUZA NETO. 2016. p. 379. *apud*. MARTINS, 2019, p. 295).

De maneira geral, sabe-se que os princípios, segundo o constitucionalista alemão, são “mandados de otimização”, fundados na ideia de que são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes (ALEXY, 2017, p. 90). Então, por consequência, estes se caracterizam por estarem satisfeitos, ou seja, por terem aplicabilidade ao caso concreto de maneiras ou graus variados, sobretudo por seu alto nível de generalidade, determinados pelos próprios princípios colidentes ou até por alheios ao sopesamento.

Nessa linha de raciocínio, por outro lado, compartilhando também da ideia de Ronald Dworkin, a partir da subsunção, as regras são normas que serão sempre satisfeitas ou não satisfeitas, ou seja, aplicáveis de maneira tudo ou nada, sobretudo pelo seu alto grau de especificidade, tendo em vista que estas disciplinam exatamente e de maneira direta o *dever ser*, logo, o que deve ser feito e/ou, por consequência, o que não deve ser feito, também de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas (DWORKIN, 1978, p. 24 a 26 *apud*. ALEXY, 2017, p. 104).

Ocorre que tal critério distintivo não é, como dito pelo próprio Alexy, apto, com exatidão, a estabelecer uma diferenciação precisa entre elas, maiormente por estarem as regras e princípios reunidos ao conceito de norma, ou seja, exprimem, por meio de expressões deônticas, formas de permissões e proibições.

A título exemplificativo, no ordenamento jurídico pátrio, depreende-se ser uma norma de alto grau de generalidade aquela que garante que a educação é um direito de todos, enquanto uma norma de grau de generalidade baixo seria aquela que

garante, ao indivíduo em estabelecimento prisional, a assistência educacional, a instrução escolar e sua formação profissional.

Pensando apenas sob a égide do critério acima apresentado, poderia haver ao menos uma confusão de que tipo de norma cada uma seria, sendo certo que esse critério, assim como o da determinabilidade dos casos de aplicação³, podem não ser hábeis a tal discriminação.

Sendo assim, imprescindível é o uso de um método alheio que possibilite, em condições reais e práticas, o que se almeja com maior clareza, critério esse o dos conflitos entre regras e colisões entre princípios. Em que pesem as diferenças no procedimento adotado, ou seja, a forma de resolução dos embates, em ambos os cenários, compartilha-se o fato de que duas normas levariam a resultados distintos e inconciliáveis entre si caso isoladamente aplicadas, gerando, por conseguinte, enorme insegurança jurídica pela possível multiplicidade de resultados a partir de um mesmo caso específico.

Então, pode-se afirmar que no conflito de regras, por suas características, uma elimina a outra, pela presença de cláusulas de exceção (que podem ser por juízos de hierarquia, especialidade e cronologia) ou questões de invalidade, não se admitindo que em determinado caso haja a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si. À vista disso, pode-se dizer que as regras possuem apenas o plano de validade.

Já na colisão entre princípios, deve-se verificar que há uma proteção constitucional quanto a estes, logo, são dotados de mesma hierarquia e poder vinculativo, inviabilizando a solução da tensão pelos critérios tradicionais outrora expostos. Se assim fosse, haveria, ao certo, a partir de uma possível declaração de invalidade de tal norma, uma negação da existência de determinado direito fundamental em um ordenamento jurídico. Da mesma forma se procederia caso se tentasse utilizar do critério da especialidade, o que por si só é uma incongruência, já que os supracitados princípios estão sob um mesmo patamar de disposições normativas gerais e abstratas.

Segundo a Lei de colisão, levando-se em consideração a transcendência do plano de validade, adentrando no âmbito do peso ou importância, a solução para isso consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os

³ Os princípios são normas mais vagas, só lhes atribuindo um real significado quando aplicados ao caso concreto. As regras são passíveis de aplicação direta, visto que seu grau de abstração é reduzido.

princípios, as quais determinam as condições pelas quais um será prevalecente, havendo apenas um afastamento do outro no momento do sopesamento, quando as possibilidades jurídicas e fáticas de um deles forem mais medulares do que as do outro. Isso significa dizer que um princípio restringe a área de incidência do outro, ou seja, suas possibilidades jurídicas, reconhecendo assim que inexistente precedência absoluta nessas relações (ALEXY, 2017, p. 94).

Isto posto, de modo a melhor visualizar, verifica-se que o princípio "P", colidindo com o princípio "P²", sob a égide de determinados aspectos do caso concreto, a condição "C", que são os pressupostos de precedência, alcançaria-se um provável resultado "R¹" em que "P" prevalece. Entretanto, caso sejam outras as circunstâncias fáticas, logo, "C¹", tolerar-se-ia a preponderância de "P²", implicando no resultado "R²", suscitando consequência práticas distintas (ALEXY, 2017, p. 94 a 103).

Nesta toada, em face da abordada colisão sob as condições C, as consequências jurídicas do princípio P serão atingidas sempre que estiverem presentes as referidas condições, decorrendo assim uma norma, com atributos de regra. Conclui-se que "as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem um suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência." (ALEXY, 2017, p. 99).

Assim, pelo presente exposto, Robert Alexy adentra em sua teoria, especialmente no tocante ao sopesamento, respaldando-se no postulado da máxima proporcionalidade, a qual, admitindo que essas normas detêm pesos díspares, permite, ao aplicador do direito tornar preponderante um princípio em detrimento de outro em determinado caso concreto e observadas as possibilidades do ordenamento jurídico em voga, sem que haja o esvaziamento ou declaração de invalidade deste último, como ocorre majoritariamente na outra possibilidade narrada. Diz-se, portanto, que a proporcionalidade é o que direciona o real ato de ponderação, servindo como critério de solução estritamente racional.

Com efeito, antes de se adentrar na análise do presente postulado, imperioso ainda é o aprofundamento quanto a questões cruciais acerca dos princípios e regras, de grande valia para a sua real compreensão e consolidação de um ordenamento jurídico.

2.1 DA VIABILIDADE DE UM MODELO PURO DE PRINCÍPIOS, DE REGRAS E DE PRINCÍPIOS E DE REGRAS

Como visto, é manifesta a complexidade da teoria discorrida, na qual busca-se a harmonia de ambos os modelos normativos de forma a melhor efetivar a amplitude de um ordenamento constitucional que as levam em consideração e os impõe especial importância recíproca, na medida em que são complementivos entre si. No entanto, já foram suscitados modelos os quais detêm como preceito central a especial relevância de uma categoria em detrimento da outra, buscando-se resumir o exercício do direito a apenas um desses âmbitos de normatização.

Em se tratando de um modelo puramente principiológico, proposto inicialmente por Eike von Hippel, dar-se-ia primazia apenas aos princípios como normas de direito fundamentais, segregando as regras como espécies de menor importância, mesmo que ainda venha a admitir a possibilidade, como consequência, de em um resultado de uma relação de sopesamento, de haver a formação de regras, conforme doutrina alexyana.

Na tese que se propõe, como pontua Wellington Pacheco Barros a instabilidade jurídica advinda da mora legislativa em acompanhar as inúmeras mudanças sociais que se desenvolvem na extremamente complexa sociedade atual não seria um óbice ao exercício do Direito, haja vista que, a partir do uso da técnica da ponderação, poderia o Poder Judiciário atribuir pesos distintos aos princípios colidentes de forma a acompanhar os valores societários atualmente predominantes. Se assim não o fosse, a norma sofreria de ineficácia declarada pela própria sociedade. (PACHECO, 2019).

Contudo, o que ocorreria, segundo Alexy, na situação em que apenas se utilizaria esse meio, seria basicamente a substituição da força vinculante do texto expresso da Constituição pela aplicabilidade de uma relação de sopesamento, a qual, segundo muitos críticos, é um meio que carece de objetividade, impedindo assim o controle por meio da razão das decisões judiciais.

Noutro sentido, a tese do modelo puro de regras adverte que estas, em que pese ainda necessitem de um exercício hermenêutico no afã de que seja buscada uma satisfatória interpretação, dispensam o sopesamento, já que este seria um recurso estritamente aplicável aos princípios. Haveria uma grande vinculação ao texto

escrito constitucional, observando-se sempre a intenção de preservação da segurança jurídica e não surpresa, inexistindo tangibilidade.

Ao tecer comentários sobre a presente tese, Alexy vislumbra, de fato, que, em agrado do princípio da legalidade, não seria autorizado ao poder judiciário a utilização do sopesamento das normas de direitos fundamentais como forma, por exemplo, de tipificar criminalmente determinada conduta, mesmo que o bem a ser protegido tenha um maior peso abstrato que o direito a ser restringido, já que é atribuição primária do legislador tratar sobre um ilícito penal material.

Nesta toada, porém, o que ocorre é que previamente e durante um processo legislativo o que os parlamentares procuram é conferir uma condição de ilicitude a determinada conduta, na medida que a norma penal que vem a tratar desta proibição abarca uma maior importância a um bem jurídico se comparado com uma permissão constitucional ou legal. Logo, o que é feito, na verdade, mesmo internamente a um modelo ideal de que as regras sejam dotadas de especial valor, é um implícito processo de prévio sopesamento entre os bens jurídicos conflitantes, não havendo viabilidade alguma em sua renúncia.

De inequívoca visualização, o crime de desacato, tipificado no artigo 331 do Código Penal Pátrio retrata uma prévia ponderação em que a opção do legislador foi criminalizar a conduta de desprestigiar ou menosprezar funcionário público no exercício da função ou em razão dela, na qual deu-se maior peso e primazia, na situação descrita no tipo penal, à proteção e respeito à função pública e o regular andamento das atividades estatais.

Na mesma linha de raciocínio fora a intenção do legislador no qual tornou vigente a atual lei de drogas (Lei nº 11.343/06) quando entendeu que as tratativas normativas deveriam ser interpretadas à luz da importância da preservação da ordem e incolumidade pública em detrimento da liberalidade individual.

Sendo assim, como o próprio Alexy determinou em sua obra, os critérios aparentemente livres de sopesamento (no caso, as regras segundo a presente teoria), são nada mais que consequência desta: “Portanto, critérios livres de sopesamentos são, na verdade sempre o resultado de um sopesamento que os sustenta e, na melhor das hipóteses, podem resumi-lo de maneira geral”. (ALEXY, 2017, p. 128).

Assim, Canotilho reconhece a necessidade de um pluralismo normativo, *in verbis*:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e o desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização polícia monodimensional. O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a consequências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do ‘possível’ fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. (CANOTILHO, 2012, p. 1146 *apud*. MARTINS, 2019, p. 296).

Portanto, em reconhecendo que as normas de direitos fundamentais se expressam por meio de duas espécies - regras ou princípios, sobretudo também por haver normas conferidas com caráter duplo, ou seja, ao mesmo tempo são dotadas de atributos principiológicos e de regras, não há que se falar em escantear uma delas já que seria um afronta à própria estrutura do ordenamento constitucional vigente.

2.2 DA IMPOSSIBILIDADE DA EXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS ABSOLUTOS E A APENAS APARENTE SOBERANIA DA NORMA QUE GARANTE A DIGNIDADE HUMANA

Como outrora abordado, não há de se vislumbrar a existência de uma precedência absoluta em uma relação de sopesamento, o que, por consequência lógica, aduz a máxima de que não pode existir em um ordenamento jurídico um direito absoluto, aquele que, em todas as situações, são aplicados incontestavelmente em detrimento dos outros.

A construção de uma linha de pensamento em sentido oposto seria negar a própria natureza principiológica, haja vista que, em uma situação hipotética a qual apresenta-se um princípio absoluto que vem a garantir direitos individuais e observada a inexistência de parâmetros mínimos de restrição à sua utilidade prática, vê-se que, em caso de colisões, em podendo se utilizar da ponderação de valores, um necessariamente teria que ceder em relação ao outro, o que por si só é uma contradição.

Assim, pensando em um caso real, um exímio Estado garantidor dos direitos civis a supostamente todos, em acatando a ideia de que tais direitos individuais são absolutos, estaria decretando a não garantia de tais direitos a mais de um sujeito e destacando o desprezo à compreensão de garantia dos direitos difusos e ao ideal de compreensão comunitária. (BARCELLOS, 2019, p. 196)

Não obstante, há uma questão que permeia grande controvérsia, sobretudo por tratar-se, talvez, do direito detentor de maior peso na seara constitucional já que diz respeito a um pressuposto para o exercício de outros direitos: o direito à vida. Pode este ser considerado absoluto sendo, então, preponderante perante os outros?

É evidente em nosso ordenamento jurídico o esforço do legislador em proteger o que talvez seja o bem maior do ser humano, a vida, em consonância com o que fora estabelecido, em âmbito mundial, durante o período do pós-guerra, no ano de 1948, no artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, em clara resposta à outrora ascensão de regimes totalitários que conduziram atos truculentos e à barbaridade.

Outrossim, é passível de responsabilização criminal aquele agente que atenta contra a vida de outrem, esteja o sujeito passivo ainda em estágio fetal ou não, seja este também nascente (durante o parto) ou recém-nascido (logo após o parto). A magnitude e peso do direito ora abordado é manifesto uma vez que a maior pena cominada em abstrato no preceito secundário de um crime, levando-se em consideração o Código Penal e leis extravagantes nacionais, é a do homicídio qualificado, sendo dotado inclusive de hediondez.

Não apenas isso, mas também o legislador deu especial atenção a aqueles delitos que, por mais que não sejam atentatórios diretamente à vida humana, venham, porventura, a causar um resultado morte, os atribuindo também uma pena mínima e máxima em abstrato consideravelmente maior que a sua modalidade simples.

É imperioso destacar também a cláusula pétrea traduzida pela norma presente artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, que trata expressamente da proibição constitucional da pena de morte. Contudo, à luz da doutrina de Alexy, a própria norma brasileira citada transcreve uma exceção: a possibilidade da aplicação da pena de morte em casos de guerra externa declarada, não podendo se falar em absolutoriedade do direito em voga.

⁴ Artigo 3º: Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Não apenas isso, sob a ótica do instituto da legítima defesa⁵, em verificando uma tentativa de extorsão mediante sequestro a uma idosa por parte de agentes munidos de armas brancas, poderá um policial portando arma de fogo, verificando que a ofendida não conseguiria obstar o atentado e que este seria o único meio para proteger o seu bem jurídico, efetuar disparos de forma a neutralizar a ação nociva, restando isento de responsabilização criminal pelo possível óbito dos sujeitos ativos.

Nesse sentido, é como descreve, em obra conjunta, Ingo Wolfgang Sarlet, no tocante à vedação à pena de morte e à legítima defesa:

Contudo, a proibição da pena de morte não quer dizer que o direito à vida possua um caráter absoluto e nem impossibilita que, em determinadas ocasiões, a vida de alguém seja tomada, sem que daí provoque uma sanção da ordem jurídica. Assim: o soldado em vigência de uma guerra, que em situação de combate vem tirar a vida de alguém, não comete crime, salvo se o fizer mediante violação de alguma regra em particular. Também o cidadão que age em legítima defesa (ou sob estado de necessidade, sem prejuízo de outras excludentes de ilicitude), portanto, atendendo aos critérios estabelecidos pela legislação penal, não comete crime e não poderá ser responsabilizado pela morte que causou, embora não seja propriamente o caso de se admitir aqui, a ideia de um direito fundamental de matar alguém. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Saraiva. 2017).

Deve-se atentar que, em que pese haja, via de regra, a criminalização do aborto no Brasil, no afã de proteger o direito à vida no interior do útero feminino, a própria norma que a estabelece regulamenta cláusulas de exceção, constituindo hipóteses de aborto legal, observadas determinadas condições na situação concreta.

O aborto necessário é aquele realizado face o alto risco de vida da gestante provinda da gravidez. O aborto sentimental é possível de ser efetivado quando a gestação é advinda de estupro. No primeiro caso, o legislador claramente optou por tutelar a vida da gestante, enquanto que no segundo, preponderou o direito à dignidade da pessoa humana (em sentido amplo) e o bem-estar psicológico desta. (MARTINS, 2019, p. 717).

O que é notório é que em ambos os cenários, tais normas se destinam a preservar a vida da gestante em detrimento do feto, sendo caracterizados então como limitações ao direito à vida deste. Ainda assim, utilizando-se da presente análise e pensando à luz do sopesamento, é inequívoco, conforme demonstrado, que poderá

⁵ Art. 25, Código Penal - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

haver conflitos de 02 (dois) direitos à vida, corroborando com a tese de que o direito em discussão não se vislumbra de caráter absoluto, já que impreterivelmente um desses irá sucumbir, e que a demanda só será resolvida sob o esteio das circunstâncias jurídicas e, principalmente, fáticas.

A bem verdade, como disciplina Robert Alexy, a norma que garante a dignidade humana passa apenas uma impressão de absolutividade, pelo especial fato de que esta assume tanto forma de regra, assim como também de princípio (ALEXY, 2017, p. 111 a 114).

Como abordado pelo citado constitucionalista em sua obra, a norma presente no artigo 1º, §1º, 1 da Constituição Alemã⁶, dotada de característica de regra, em seu alto grau de especificidade, em que pese a abstração do conceito de “dignidade humana”, disciplina exatamente o *dever ser*, havendo uma exigência direta que algo seja realizado, excluindo a aplicação de outras regras no mesmo caso concreto, concepção não compatível com o sopesamento e da proporcionalidade.

Noutro pórtico, compreendendo a dignidade humana com natureza principiológica, observadas as suas características, há de se vislumbrar a possibilidade de ser sopesado e relativizado, suscetível, assim, à análise da máxima proporcionalidade, abordada adiante.

De toda sorte, é preciso indagar, levando-se sempre em consideração as peculiaridades de cada caso concreto, sobre a existência ou não de ofensa à dignidade da pessoa humana, que compreende o direito à vida, bem como definir qual o âmbito de proteção das normas conflitantes e o seu alcance, pelo fato de que, como patente, não há bem jurídico que goze de proteção absoluta.

2.3 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY

É certo que a ascensão de um novo paradigma de interpretação constitucional, a partir de novos ideais principiológicos, trouxe, segundo Luís Roberto Barroso, à constatação de que não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral trazem consigo um sentido único e objetivo, cabendo ao intérprete uma atividade de revelação do seu conteúdo por inteiro, utilizando-se, para tanto, do sopesamento, em consonância com que propunha o supracitado Robert Alexy (BARROSO, 2004).

⁶ Artigo 1º,1: A dignidade da pessoa humana é intangível.

Assim sendo, diante das colisões, as quais carecem de soluções fixas, o jurista deverá determinar qual conduta tende a prevalecer, assegurando que sua decisão não seja subjetiva, sempre utilizando-se de critérios puramente racionais, mesmo que não vislumbre de uma metodologia de trabalho específica, visando a objetividade, o que pode ser atingido pela máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2017, p. 116).

Subdividida em três aspectos ou elementos, a máxima da proporcionalidade é, portanto, a resposta de Alexy quanto ao apontamento de que a tese da ponderação seria unicamente voltada à usurpação das competências legislativas pelo judiciário, bem como forma de prática de um poder político e instrumento de promoção de interesses pessoais na decisão.

A adequação é o seu primeiro elemento básico que deve ser avaliado, na qual nada mais é que a exigência de que as medidas a serem adotadas sejam efetivamente aptas a atingir os objetivos almejados, possibilitando ocasionalmente a garantia de um dos interesses em colisão.

Já a necessidade, como segundo elemento, representa a utilização do meio menos gravoso a atingir o interesse pretendido, ou seja, deve-se observar o menor grau invasivo aos direitos e garantias constitucionais, buscando-se os relativizar na menor medida do possível, quando no afã de alcançar seu objetivo legítimo. Logo, o que se percebe é que são esses os pressupostos relacionados às possibilidades fáticas, ou seja, de acordo com o caso concreto.

Sendo assim, diante de uma necessidade do poder público atingir determinado objetivo, haveria à sua disposição medidas distintas - M^1 e M^2 - que não afetariam a aplicabilidade de P^1 , princípio o qual fundamenta a busca ao referido objetivo. No entanto, a escolha por determinada medida - M^2 - poderia atentar contra o âmbito normativo de P^2 , devendo esta ser proibida por haver outro meio plausível - M^1 - de se chegar ao que se almeja sem abalar interesses diversos. (ALEXY, 2017, p. 119).

O seu último elemento é a proporcionalidade em sentido estrito, que é propriamente a ponderação entre o ônus para o cumprimento da norma imposto por ela mesma e os seus benesses e vantagens geradas, de forma a elucidar as minúcias do seu custo-benefício na interferência em bens jurídicos alheios em comparação com o seu êxito. Logo, trata-se de uma análise puramente relacionada com às possibilidades jurídicas.

De maneira mais clara, Barroso reconhece a máxima no que chama de proporcionalidade interna, aquela dentro da própria norma, analisada sobre os

aspectos do motivo, causa que dá origem a um ato ou ação, o meio, o próprio ato ou ação em si, e o fim, o objetivo almejado, além da proporcionalidade externa, na qual se adequa aos fins admitidos pelo Texto Constitucional, em que se verifica que a norma se afigura válida pela relação racional desses elementos (BARROSO, Roberto, 2009, p. 233).

É cediço que o não seguimento desses parâmetros gera uma situação de ilegalidade, sobretudo pois o que se lida é a intervenção em um direito fundamental. Quanto maior for essa intervenção, maiores tendem a ser as exigências constitucionais para a justificá-la, tornando cada vez mais complexo o processo de sopesamento e a inevitabilidade de decisões com maior respaldo técnico.

3 HISTÓRICO E ASPECTOS GERAIS DO ABUSO DE AUTORIDADE

O abuso de autoridade só passou a ser tratado no ordenamento jurídico brasileiro de maneira aguçada e ampla no ano de 1965, com o advento da lei específica nº 4.898. Anterior a isso, a partir da proclamação da República Brasileira, utilizava-se apenas o Código Penal como instrumento de imputar uma conduta ilícita a um funcionário público, conjunto normativo o qual não continha a tipificação de figuras específicas, inviabilizando uma efetiva punição aos transgressores.

Demonstrando-se como um avanço legislativo, a citada lei especial, promulgada no início da Ditadura Militar, significava um marco até mesmo contra as inúmeras arbitrariedades do regime, contudo, sabe-se que sua aplicação fora bastante restrita durante esse período, sendo certo que o seu texto caiu em desuso com o passar dos anos, além do altíssimo grau de abstração de seus preceitos.

Preteritamente, na Constituição Imperial de 1824, malgrado as pessoas do Imperador e do Regente serem invioláveis e não passíveis de responsabilidade⁷, já havia determinação de reprimenda aos funcionários públicos⁸ que viessem a agir de maneira a fugir da sua real designação, dispositivo este cuja regulamentação se findou por lei específica, aprovada pela Assembléia Geral em 15 de outubro de 1827. (CASTELO BRANCO; CLARK NUNES; PINHEIRO, 2019, p. 11).

⁷ Art. 99, CF/1824. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma; Art. 129. Nem a Regência, nem o Regente será responsável.

⁸ Art. 179, XXIX, CF/1824. Os Empregados Públicos são strictamente responsáveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercício das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

Muito embora a diretriz Constitucional tenha afirmado no artigo ora transcrito “funcionário público” - conceito amplo, a referida lei especial se limitou a tornar sujeito ativo do abuso de autoridade unicamente os Ministros, Secretários e Conselheiros de Estado, quer dizer, restringiu o campo de incidência da responsabilização criminal ao alto escalão dos servidores imperiais.

As penalidades poderiam ser estabelecidas em grau máximo, médio ou mínimo, a ser determinado por decisão judicial. A depender da conduta típica, variavam desde a perda da confiança da nação e de todas as honras, perda do cargo ou inabilitação perpétua ou temporária para ocupar empregos públicos, suspensão de direitos políticos, multa e até prisão, isolados ou cumulativamente.

Atualmente, o conceito de autoridade pública, utilizando-se do Direito Administrativo, é deveras amplo, podendo ser entendido como qualquer agente que labore em nome do Estado exercendo uma função pública, independente de vínculo jurídico, ainda que atue sem remuneração e transitoriamente. (CARVALHO, 2019, p. 801).

No entanto, à luz do que dispõe o princípio do *nullum crimen sine lege*, é imperioso haver a delimitação desse conceito, haja vista que a lei deverá definir com precisão e de forma cristalina todos os aspectos da conduta proibida, de forma a se consubstanciar em uma efetiva limitação do poder punitivo estatal e na segurança jurídica, atributo elementar ao sistema penal. (BITENCOURT, 2018, p. 52).

Ocorre que, quando em vigência, a referida lei 4.898/65 não estabelecia expressamente o conceito de autoridade para fins de aplicação aos delitos presentes em seu texto normativo, mas utilizava-se apenas do conceito de funcionário público do Código Penal, presente no artigo 327. Por outro lado, com o advento da Lei 13.689/19, pela leitura do parágrafo único⁹ de seu artigo 2º, verifica-se que o sujeito ativo do ato abusivo passou a ser o agente público, estabelecido no próprio diploma.

Percebe-se que o legislador, por algum motivo, optou por não fazer referência na nova lei especial dos “agentes públicos por equiparação”¹⁰, logo, pelo princípio da especialidade, tais indivíduos não podem ser responsabilizados criminalmente em seu

⁹ Art. 2º, § único - Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade abrangidos pelo caput deste artigo.

¹⁰ Art. 327, § 1º, Código Penal - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

âmbito, mas apenas nos crimes elencados no Decreto-lei nº 2.848, sob risco de se admitir uma evidente analogia *in malam partem*. (BRASILEIRO, 2020b, p. 43).

Em suma, pode-se dizer que há o abuso dessa autoridade ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência ou pratica um ato com finalidade diversa daquela determinada por lei ou deixa de praticar quando deveria, de maneira deliberada, se desvirtuando da real finalidade da atuação estatal, o dever de satisfação do interesse público. (CASTELO BRANCO; CLARK NUNES; PINHEIRO, 2019, p. 8).

Nesse ponto, especial atenção deve ser dispensada à análise da conduta do agente público que vem a atrair a aplicação da Nova Lei de Abuso de Autoridade. Para tanto, exige-se, além do dolo genérico de atingir determinado resultado, o especial fim de agir com a intenção de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou por mero capricho ou satisfação pessoal¹¹.

Trata-se de comando concernente aos elementos subjetivos especiais dos tipos penais elencados no diploma legal, os quais, terão singular relevância na verificação se o agente procedeu efetivamente de modo a abusar de suas prerrogativas ou se fora apenas uma ilegalidade eivada de boa-fé, caso em que o ato praticado não terá o condão de caracterizar algum delito. (BRASILEIRO, Renato, 2020b, p. 29).

Em verificando, por exemplo, que o chefe de uma investigação preliminar a estende injustificadamente, este não poderá ser responsabilizado pelo crime do artigo 31¹² desde que não estejam presentes as finalidades específicas de causar o prejuízo que transcenda o exercício regular das suas funções, de ser auferido qualquer vantagem de interesse patrimonial ou moral, bem como de não ter agido por satisfação individual, mesmo que tenha causado manifesto prejuízo ao investigado ou fiscalizado.

Noutro pórtico, caso um Delegado de Polícia, com o objetivo de buscar sua autopromoção - presença do elemento subjetivo especial - para posteriormente se candidatar a determinado cargo eletivo, use máquina estatal indevidamente, seja exibindo presos à curiosidade pública ou deflagrando persecuções penais sem justa

¹¹ Art. 1º, § 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

¹² Art. 31, Lei 13.869/19: Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

causa ou contra quem sabe inocente¹³, configura-se o abuso de autoridade. (BRASILEIRO, Renato, 2020b, p. 31).

Pela Teoria do Risco Administrativo, o Estado é um sujeito político, jurídico e economicamente mais poderoso que o administrado, gozando de determinadas prerrogativas não estendidas aos demais sujeitos de direito. Assim, por ser mais poderoso, arcará com um risco maior, decorrente do exercício de suas atribuições, acarretando na responsabilidade objetiva do ente público, aquela que independe da comprovação do *animus* do agente que o representa, por danos causados a terceiros.

Por conseguinte, se afere cabível, no que circunda diretamente a pessoa do agente público causador de dano, por se tratar de hipótese de responsabilidade subjetiva, a possibilidade de ação de regresso titularizada pelo Estado em seu desfavor, pelo fato de que, quando certificado da ocorrência de crimes constantes na Lei 13.869/19, só são admitidas condutas de cunho doloso - direito ou eventual, restando clara a necessária demonstração do elemento subjetivo.

Sendo assim, percebe-se que o punível, agora, são tão somente as condutas que excedem os limites legais da competência dos agentes públicos, à luz de um juízo de razoabilidade, permitindo construir um ambiente em que não se comprometam a autonomia e independência do poder público.

Não se pode deixar de lado que, não obstante os possíveis avanços ditos punitivistas, o quantitativo de pena trazido à legislação pela nova Lei ainda da margem à concessão de medidas despenalizadoras como a transação penal e a suspensão condicional do processo, bem como a possibilidade de alguns crimes tramitarem no rito sumaríssimo.

Além do mais, o Poder Legislativo optou por não conferir pena de reclusão ao delitos em tela, mas sim apenas as penalidades de multa e detenção, o que se transcreve na impossibilidade de haver o início de cumprimento de pena em regime fechado, sem falar na alternativa de substituição da privação de liberdade pela prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas ou suspensão temporária do exercício de cargo pelo prazo de 01 (um) a 06 (seis) meses, caso não aplicável os benefícios ora citados.

¹³ Art. 30, Lei 13.869/19: Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

3.1 ABUSO DE AUTORIDADE NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

Como matéria de especial relevância para o interesse público, o abuso de autoridade é aludido de forma diversa em diferentes países, de acordo com a importância dada à temática. Apesar de não destinar uma lei específica para tanto, a legislação penal Argentina impõe um tratamento rigoroso com agentes públicos que abusam do seu poder ou que venham a dar ordens contrárias às normas federais e estaduais.

Tais modalidades típicas estão presentes nos capítulos “abuso de autoridade e violação de deveres de funcionários públicos” e “delitos contra a liberdade” do *Código Penal de la Nación Argentina*, em vigência desde o ano de 1984, que determina que as penas podem ser de reclusão, prisão, multa e inabilitação.

Em seu artigo 12º, o diploma afirma que a pena de reclusão e prisão por mais de 3 anos levam à inabilitação absoluta, que importará em privação do emprego ou cargo público exercido, suspensão dos direitos eleitorais e a incapacidade para ser investido em cargos - efetivos ou comissionados - e empregos públicos novos durante o tempo da condenação, podendo durar até mais 03 (três) anos de acordo com a decisão do tribunal local, em observância às circunstâncias do delito.

Lado outro, a inabilitação especial, tendo o mesmo efeito da anterior, será por um período de tempo de 06 (seis) meses a 10 (dez) anos quando cometido com incompetência ou abuso no exercício de cargo público. Parte do dispositivo, introduzido em 2015, estabelece ainda um rol taxativo de crimes em que, caso o autor tenha se valido de seu mister público para a sua consumação, a inabilitação especial será perpétua.

Ainda assim, em ambas espécies é permitido a restituição do uso e gozo dos direitos que outrora foram privados, desde que o indivíduo tenha se comportado corretamente durante metade do seu prazo, tenha reparado o dano e cumprido certa fração da pena imposta. Entretanto, há vedação expressa no sentido de impossibilitar a volta aos mesmos cargos ou empregos públicos daqueles que previamente os perderam.

Na mesma esteira, O artigo 144-A diz que o funcionário público será reprimido com prisão de 01 (um) a 05 (cinco) anos e inabilitação especial pelo dobro do tempo,

quando: (a) com abuso de suas funções ou sem as formalidades previstas em lei, priva alguém de suas liberdades pessoais ou a aplica restrições ilegais.

Dispositivo com redação semelhante com a alínea “a” encontra-se na recém vigente Nova Lei de Abuso de Autoridade Brasileira em seu artigo 9º, *caput*, o qual propõe que decretar medida de privação de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, havendo condutas equiparadas no parágrafo único que seguem o mesmo liame, ensejam uma penalidade de 01 (um) a 04 (quatro) anos, sendo certo que, quando comparado, o seu máximo em abstrato é inferior.

Já o artigo 143 assevera que o funcionário será reprimido com prisão de 01 (um) a 03 (três) anos e inabilitação especial pelo dobro do tempo quando: (a) segurar um detento ou prisioneiro, cuja soltura ele deveria ter decretado ou executado ou (b) prolongar indevidamente a detenção de uma pessoa, sem disponibilizá-la ao tribunal competente.

Neste ponto, também há patentes semelhanças às duas alíneas na legislação pátria. Quanto a conduta omissiva de “b”, consta no artigo 12, *caput*, que deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal, enseja uma pena variável entre 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, novamente menor, agora no tocante também ao mínimo em abstrato, que a do país latino.

A mesma pena é atribuída à conduta do inciso “IV” do mesmo artigo, em que o agente prolonga a execução de pena privativa de liberdade, prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após ter recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal, similar à citada alínea “a”.

Na ocasião, não obstante as prováveis diferenças quando ao dolo e a presença ou não de um elemento subjetivo especial, aparenta ser o sujeito ativo do delito a autoridade policial, o agente penitenciário ou responsável pelo estabelecimento prisional. Eu suma, o responsável direto por assegurar a detenção do custodiado.

É visível que esses montantes de pena aplicados pelo Código Argentino aos crimes de abuso de autoridade foram fixados já no ano de sua promulgação, indicando já àquela época uma maior reprovabilidade, em contraposição ao Brasil, o qual só passou trazer penalidade mais rigorosas, ainda que menores, no ano de 2019.

No continente europeu, na França, o *Code Pénal* também é deveras severo com autoridades públicas que cometem abuso de poder. Os crimes estão descritos

no livro IV, determinação III, capítulo II, intitulado de “violação da administração pública por pessoas em cargos públicos”, em específico na seção II, que versa sobre os atentados contra a liberdade individual.

Em sua sentença penal, quando incorrida como pena complementar à condenação por crime ou contravenção, a proibição da atuação no serviço público ou atividade profissional ou social poderá ser permanente ou temporária, sendo que, neste último caso, não poderá exceder um prazo de 05 (cinco) anos. Porém, quando há condenação especificamente em pena privativa de liberdade aliada à proibição de atuação no serviço público, esta aplica-se desde o início do cumprimento da sentença e a sua execução poderá continuar, pelo prazo estabelecido pela decisão condenatória, a partir do dia em que a privação de liberdade terminou.

No caso brasileiro, insta observar que a norma pátria trouxe algo não antes visto na legislação estrangeira: os efeitos extrapenais da condenação por crime previsto na lei consistentes na inabilitação para exercício de cargo, mandato ou função pública, pelo período de 01 (um) a 05 (cinco) anos e perda do cargo, mandato ou função pública são condicionados à ocorrência de reincidência específica em crime de abuso de autoridade, ou seja, não se trata de um efeito automático, devendo ser declarada motivadamente na decisão judicial.

Desse modo, o condenado - cenário daquele que não fez jus a nenhum benefício durante a persecução penal - primário na referida espécie só terá, como efeito da condenação, a obrigação de indenização pelo dano causado, não havendo nenhuma forma de afastamento das atividades públicas, a não ser pelo preenchimento dos requisitos de substituição às penas restritivas de direitos, conjuntura a qual poderá ocorrer a suspensão temporária do exercício de cargo pelo lapso temporal máximo de 06 (seis) meses.

Deixa-se claro que, no Brasil, no caso de perda das atribuições públicas, também se admite a reabilitação, quer dizer, a possibilidade de investidura em cargo, mandato ou função pública, desde que requerida no mínimo após 02 (dois) anos da extinção da pena imposta, tenha domiciliado no país durante esse período, demonstrado efetivo bom comportamento público e privado, ressarcido o dano causado pelo crime se puder fazê-lo, porém vedada o restabelecimento do *status quo*.

Muitas dos tipos penais anteriormente transcritos da legislação argentina e brasileira também estão presentes na codificação francesa. Equivalente ao 114-A latino e 9º, *caput*, tupiniquim, o artigo 432-4 preceitua que o fato de ordenar

arbitrariamente ou realizar um ato atacando a liberdade individual, cometido por uma pessoa depositária do poder público ou encarregado de uma missão de serviço público, agindo no exercício ou por ocasião do desempenho de suas funções ou missão, será punido com 07 (sete) anos de prisão e multa de €100.000 de euros.

A parte final do dispositivo, designa que, quando o ato de intenção - ordenar arbitrariamente ou realizar um ato atacando a liberdade individual - constituir uma prisão ou detenção com duração superior a 07 (sete) dias, a pena será de 30 (trinta) anos de detenção criminal e €450.000 de euros.

Conforme o princípio da lesividade, só se justifica a repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente perigo real a um bem jurídico tutelado. Pelo preceito secundário em comento percebe-se que a ofensividade atribuída ao tipo penal francês é extremamente alta, de modo que a sua pena atribuída é quase o máximo de pena privativa de liberdade que alguém pode cumprir no Brasil, podendo-se enxergar um altíssimo repúdio a essa prática.

Nesse ínterim, o artigo 432-6 guarda grande semelhança com os ordenamentos anteriores citados, na medida em que determina que o fato, cometido por um agente da administração penitenciária, de receber ou reter uma pessoa sem sentença ou ordem de prisão emitida de acordo com a lei, ou para estender indevidamente a duração da prisão, ele será punido com 02 (dois) anos de prisão e uma multa de €30.000 euros.

O artigo 432-5 assemelha-se bastante ao parágrafo único, incisos I, II, III do artigo 9º da Nova Lei de Abuso de Autoridade¹⁴, salientando que o fato, cometido por uma pessoa depositária do poder público ou encarregado de uma missão de serviço público, de voluntariamente abster-se de acabar com uma privação ilegal de liberdade que ele tomou conhecimento no exercício ou por ocasião do exercício de suas funções ou missão, se ele é competente para fazê-lo, ele será punido com 03 (três) anos de prisão e uma multa de €45 mil euros.

Como um ato de ponderação, a atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será

¹⁴Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de: I - relaxar a prisão manifestamente ilegal; II - substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível; III - deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível. Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Levando-se em conta ainda os valores fundamentais da organização estatal como a ordem, segurança, paz, solidariedade e justiça, como fundamentos à embasar a razoabilidade. (BARROSO, Roberto, 2009, p. 232).

Em síntese, na ótica do Direito Internacional, cabe aos Estados, a partir do seu poder organizacional e autonomia, selecionar e valorar os comportamentos sociais nocivos de maneira a reprimir e prevenir a sua prática, em obediência à adequação social e aos limites de sua jurisdição, implicando assim nas divergências jurídicas entre os ordenamentos ora expostas.

4 A PONDERAÇÃO NA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE: UMA ANÁLISE SOBRE A COLISÃO ENTRE A LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO E O DIREITO À PRESERVAÇÃO DA IMAGEM, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

A Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, mais conhecida como Nova Lei de Abuso de Autoridade, ao retratar uma verdadeira colisão entre direitos fundamentais, parte do pressuposto que se o ordenamento jurídico confere poderes, também deve impor deveres a todos aqueles que atuam em nome do poder público (BRASILEIRO, Renato, 2020b, p. 23).

O diploma legal promulgado na década de 1960, já se demonstrava vergastado na medida em que determinava a imposição de uma responsabilização criminal irrisória, demonstrando um claro anacronismo e a sua incompatibilidade com a realidade social, sobretudo com a gravidade dos atos praticados por seus sujeitos ativos.

As sanções penais na antiga lei podiam ser de multa de 100 (cem) a 5.000 (cinco mil) cruzeiros, moeda não mais em circulação no Brasil, e de detenção por 10 (dez) dias a 06 (seis) meses, o que é inferior, no tocante à pena mínima, à contravenção penal de vias de fato¹⁵ ou até mesmo do crime de tomar refeição em restaurante ou dispor de recursos hoteleiros sem ter recursos para tanto¹⁶ e, no que

¹⁵ Art. 21, LCP - Praticar vias de fato contra alguém: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

¹⁶ Art. 176, Código Penal - Tomar refeição em restaurante, alojar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento: Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa.

se refere à pena máxima, igual à quem provoca alarme ou pratica qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto¹⁷.

Em relação ao crime de prevaricação, presente no Código Penal, o qual detém tão alta lesividade quanto e também deve estar presente o elemento subjetivo especial específico para se consumar, percebe-se que a menor pena aplicável à sua conduta é 09 (nove) vezes maior do que aqueles e, no máximo em abstrato, é o dobro.

Isso sem falar ainda na inexistente gradação de pena de acordo com a lesividade da conduta entre os crimes da própria lei. Dessa forma, caso o agente viesse a constranger sob ameaça de prisão um investigado a depor que tenha optado por usufruir do seu direito ao silêncio, considerada socialmente e agora juridicamente mais gravosa, a ele seria atribuída uma mesma penalidade àquele que demorou demasiada e injustificadamente no exame de processo de que tenha requerido vista em órgão colegiado, menos lesiva ao olhar dos jurisdicionados.

Nesta toada, demonstrou-se necessário, à luz da antiga legislação que já disciplinava sobre a matéria, que aquelas condutas ditas abusivas cometidas por agentes públicos impreterivelmente necessitavam de uma tutela penal mais eficiente que viesse a devolver à coletividade a segurança jurídica, assim como impedisse a ocorrência de arbitrariedades.

A bem verdade, como inequívoco, ocorrera um verdadeiro processo de sopesamento. Como outrora exposto, a possibilidade de responsabilização criminal pela prática de determinada conduta nada mais é que o retrato da atribuição de maior peso e primazia, observando-se as circunstâncias fáticas e jurídicas, a determinado direito fundamental, reconhecendo apenas o grau de limitação de cada norma e o afastamento da incidência de outrem em uma relação de precedência. É de fácil percepção tal pensamento a partir da análise em específico de algumas condutas típicas.

O artigo 38 da Nova Lei de Abuso de Autoridade assevera que antecipar a atribuição de culpa por meio de comunicação, inclusive redes sociais, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação (denúncia), por parte do

¹⁷ Art. 41, LCP: Provocar alarma, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto: Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

responsável das investigações, o enseja uma pena de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa.

O dispositivo ora transcrito representa uma colisão entre o direito à tutela da honra objetiva e imagem do investigado, o princípio da presunção de inocência em face da liberdade de expressão e comunicação. De um lado, se defende que a propositura é uma ofensa à garantia da prestação de contas da atuação pública à sociedade por meio dos veículos de comunicação, além de que seria um óbice à operacionalidade da justiça penal, pois se tornaria mais complicada a resolução dos crimes, sendo exatamente esse o sentido do veto rejeitado posteriormente pelo Congresso Nacional do então Presidente da República.

Ademais, para essa narrativa, a liberdade de se comunicar como um todo deveria ter maior peso e, portanto, precedência acentuada em relação aos outros direitos no Brasil, sobretudo pelos inúmeros e sucessivos episódios ditatoriais que desembocaram em seu nefasto cerceamento e manipulação midiática, o qual impediu a fiscalização e o olhar social aguçado para com as políticas públicas.

Por outro lado, sob a ótica do princípio constitucional da não culpabilidade, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vindo a preservar e garantir, então, o respeito à integridade moral e a proteção da honra ao investigado, o que vem sendo, muitas das vezes, desprezado pela mídia e pelos próprios agentes estatais, objeto do crime em comento.

Essa colaboração mútua, sendo uma clara ofensa à obrigatoriedade da regra de tratamento do investigado no âmbito externo e interno ao processo, para essa corrente, acarretaria uma antecipação de culpa, gerando assim uma estigmatização do suposto autor do fato e até mesmo uma condenação sem o devido processo legal, pondo em cheque a sua dignidade, privacidade, honra e imagem (BRASILEIRO, Renato, 2020b, p. 323).

Neste ponto, inescusável se faz citar o caso da Escola Base, ocorrido em 1994, no qual, a partir de informações infundadas providas de pais de alunos, o chefe da investigação preliminar, bem como a mídia promoveram um prejulgamento de seus proprietários, os condenando sem o exercício das garantias do direito ao contraditório e o devido processo legal e sequer sem haver nem o oferecimento da peça acusatória.

A mera comunicação à autoridade policial, sem provas contundentes de supostos delitos contra a dignidade sexual das crianças, fora o necessário para a rotulação dos funcionários e para a intensa cobertura da imprensa sensacionalista

que, em ocasiões como essa, passa geralmente a desempenhar um efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea, exercendo uma função absolutamente incoerente e proscrita (BRASILEIRO, Renato, 2020a. p 1003).

Com repercussão nacional, a atribuição prévia de culpa, mesmo com o reconhecimento posterior da inocência dos acusados, levou a vida destes ao declínio, na medida em que passaram a sofrer com os danos psicológicos, já que não conseguiam mais arrumar emprego ou andar livremente em vias públicas em decorrência de terem tido suas imagens forjadas, e materiais, haja vista que a antiga Escola Infantil fora depredada, sem falar ainda dos inúmeros gastos durante a desarrazoada persecução penal.

Em que pese, enquanto vivos, alguns dos verdadeiros vitimados pelo presente episódio terem recebido as suas respectivas indenizações por parte do poder público e pelos veículos midiáticos, as ameaças de morte por vizinhos, a depredação do seu patrimônio e a imensa sequela emocional se consideram, portanto, como uma condenação irreparável *ad eternum* mesmo sem decisão judicial.

Todo esse acontecimento abriu as portas para o estudo e a visibilidade dos poderes e das responsabilidades da imprensa, bem como dos agentes estatais que promovem a persecução penal. O surgimento em massa das redes sociais aguçou o debate quanto à razoabilidade e atuação daqueles que têm as prerrogativas de poder e a delimitação acerca da amplitude das liberdades em comento, se fazendo necessário uma ponderação dos valores em conflito, indicando qual, diante de circunstâncias diversas, irá afastar a aplicação do outro.

Para tanto, em face do embate entre normas que detêm mesmo status hierárquico, eficácia e poder vinculante, urge a necessidade de um método racional que possibilite uma fuga da ilegalidade e a preservação ao máximo das normas em confronto: a máxima da proporcionalidade. Imperioso destacar a lição de Luís Roberto Barroso quanto ao que pode ser útil a fundamentar a decisão de acordo com o caso concreto, em observância ao juízo de adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito.

O atual Ministro determina que no presente conflito - entre liberdade de expressão e informação e vida privada, intimidade, imagem - deve-se atentar para as seguintes considerações no afã de verificar-se a preponderância de um direito sobre o outro: o interesse público na informação, conferir se o agente é pessoa pública e o seu grau de exposição perante ao público, licitude do meio empregado para a

obtenção da informação, local e natureza do fato, se a informação emanada já está sob domínio público, se sobreveio de outro meio de comunicação e se é verdadeiro o fato imputado (BARROSO, 2004).

Nesta toada, em colocando as citadas circunstâncias do caso concreto em análise, pode-se chegar a uma decisão coerente e razoável de acordo com o quão necessário é a divulgação de uma informação, bem como lesiva a um bem jurídico de terceiro.

Isso parte da ideia de que não há que se falar em coexistência plena de direitos quando um destes é absoluto. É exatamente esta abordagem que discorre Gilmar Mendes ao tratar do embate entre a liberdade de expressão e o direito à honra e à imagem:

Não é verdade, ademais, que o constituinte concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Já a fórmula constante do art. 220 da Constituição explicita que “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”. É fácil ver, pois, que o texto constitucional não exclui a possibilidade de que se introduzisse limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, que dariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição. Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange a Liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1º, segundo a qual “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena Liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Como se vê, a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa, tendo em vista sobretudo a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionasse expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa. Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral. (MENDES, Gilmar, 1994, p. 02).

Sem embargo de posições divergentes, o que preponderou por muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro foi a que há um evidente interesse público na divulgação de práticas criminosas, não sendo possível a arguição de lesão à imagem dos seus agentes. Em verificando que os fatos a serem veiculados são, de fato, verossímeis, que essa informação fora obtida sem o uso de tortura ou qualquer outra

conduta ilícita, restava evidente a atribuição de maior peso à liberdade de informação e comunicação, sobretudo por que os fatos criminosos sempre atingem mediatamente, em algum grau, terceiros, transcendendo a esfera individual daquele sujeito passivo lesado de modo imediato (BARROSO, 2004).

Ademais, há o interesse público específico na prevenção geral própria do Direito Penal, isto é, a divulgação de que a lei penal está sendo aplicada tem a função de servir de desestímulo aos potenciais infratores (BARROSO, 2004, p. 15).

Porém, circunstância diversa é trazida à análise e tratada pela Nova Lei de Abuso de Autoridade, em específico no tipo penal supracitado, a qual muda o direcionamento do sopesamento dos direitos em embate. O referido dispositivo normativo assevera claramente que a prática da divulgação nos meios de comunicação, ou seja, o exercício de uma liberdade, que venha - tenha a finalidade específica - a tratar de uma atribuição expressa de culpa constitui embaraço à imagem e à honra do sujeito.

De modo mais claro, independentemente de as outras circunstâncias do caso concreto serem fundadas de veracidade, que haja interesse público presumido por ser prática de um ilícito penal e a informação probatória emanada sobrevenha de um meio lícito, caso a veiculação seja realizada de forma dolosa a atribuir antecipadamente a culpa a alguém antes de concluída a investigação preliminar e oferecida a peça a acusatória, a precedência deverá ser direcionada à preservação da honra e imagem.

Isto porque, tal formulação advém da ideia de que se aos órgãos de informação e aos poderes públicos é assegurada constitucionalmente uma maior liberdade de atuação, em contrapartida deverão possuir o intrínseco dever de não violar princípios basilares da seara do processo penal constitucional, o transformando em um meio de proferir decisões sem processo, paralelo e informal (BRASILEIRO, Renato, 2020b, p. 322).

É nesse sentido, ainda, que disciplina Barroso mesmo bem antes da promulgação do ora projeto de lei:

Os veículos de comunicação têm o dever de apurar, com boa fé e dentro de critérios de razoabilidade, a correção do fato ao qual darão publicidade. É bem de ver, no entanto, que não se trata de uma verdade objetiva, mas subjetiva, subordinada a um juízo de plausibilidade e ao ponto de observação de quem a divulga. Para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão da falsidade (BARROSO, 2004, pág. 15, grifo nosso).

Além disso, eis que de modo a assegurar a posição adotada pelo artigo em comento, o artigo 3º-F, recém introduzido no Código de Processo Penal, pela lei 13.964/19, mais conhecida como “Pacote Anticrime”, estabelece a competência do Juiz de garantias para assegurar o fiel cumprimento das regras de tratamento dos presos, impedindo a exploração de sua imagem pela imprensa em conluio com a autoridades estatais, retratando a maior valoração em relação a outras normas de mesma hierarquia.

Sendo assim, usufruindo da eminente lição de Renato Brasileiro (2020), pode-se conceber dois cenários. O primeiro em que se verifica que se permite a veiculação de informações referentes ao fato delituoso e procedimentos investigatórios tais quais os mandados de busca e apreensão, mandados de prisão desde que evite toda e qualquer atribuição de culpa ao investigado. O segundo, âmbito e finalidade da norma em voga, no qual se determina que, restando evidente o afã de atribuir-lhe previamente culpa, haverá responsabilização dos responsáveis como forma de se tentar evitar novos casos como o da Escola Base.

Não apenas isso, é concebível que os bens jurídicos supracitados - o direito à preservação da honra e imagem, por sua especial relevância em um Estado Democrático de Direito, tenham um cabal tratamento pelo Direito Penal, de modo a protegê-los contra as demasiadas formas de lesões, de sorte que haja o estabelecimento de sua precedência quando em embate com outros direitos, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Nessa linha, disciplina ainda o artigo 13 da mesma lei, o qual assevera que a autoridade pública que constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência a exhibir-se ou ter o seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública, submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei responderá criminalmente, podendo lhe ser atribuída uma pena que varia de 01 (um) a 04 (quatro) anos e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

De maneira a melhor verificar o que se explana, se faz necessária a observação de recente e importante decisão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal em abril do ano de 2018, em que foi deferido o pedido requerido pela defesa no Habeas Corpus nº 152.720/DF impetrado em favor do ex-governador do Estado do Rio de Janeiro S. C. F, no qual, por decisão de 02 (duas) Varas Federais em que respondia à ações

penais, houve a determinação da transferência de sua custódia para o Estado do Paraná, sendo um óbice à sua liberdade de ir e vir.

Na oportunidade, além das alegações processuais veiculadas no *writ*, a defesa do ex-governador sustentou que, durante a referida transferência, o paciente teve suas mãos e pés algemados, tendo sido exibido à imprensa de forma vexatória em uma clara desobediência às disposições constantes na Súmula Vinculante nº 11, o que, conforme o voto do próprio Ministro Relator Gilmar Mendes, ensejaria a responsabilidade penal da autoridade por se tratar de um fato, em tese, típico à luz do artigo 4º, “b”, da Lei 4.898/65, vigente à época, motivo pelo qual o citado magistrado determinou, inclusive, a instauração de inquérito de ofício.

Sendo assim, por mais que já tenha sido condenado diversas vezes em primeiro grau na seara criminal, deu-se primazia à proteção de sua honra objetiva e imagem, afastando-se a incidência de uma suposta efetividade das políticas criminais, não havendo nenhuma circunstância do caso concreto que viabilizasse a mudança de tal entendimento, já que o paciente não oferecia nenhum risco. É nesse sentido o voto do Ministro Ricardo Lewandowski no mesmo julgado, impedindo que se façam abusos contra os direitos humanos sem motivo:

“Esta situação que sofre o paciente e que, na verdade, é uma antecipação da pena que, porventura, ser-lhe-á infligida realmente é uma pena de longa data. Aliás, por mais de séculos, já é vedada no mundo civilizado, por ser uma pena cruel, infamante. É um tratamento que não é compatível com qualquer perspectiva civilizatória que queiramos trilhar neste começo do século XXI” (LEWANDOWSKI, 2018).

Ao reconhecer que o uso de algemas fora das hipóteses cabíveis, sobretudo com a veiculação das imagens do acusado na mídia nesse estado, configuraria o constrangimento ilegal, as autoridades públicas certamente, caso em vigência e verificadas as elementares do tipo, seriam responsabilizados criminalmente pelo artigo 13, inciso II da Nova Lei de Abuso de Autoridade, já que conduziram o custodiado nas circunstâncias em que estava sem motivação idônea e em via pública.

Não é à toa que, com o julgamento procedente do remédio constitucional, determinou-se, de forma expressa, o transporte, ou seja, a volta do paciente à custódia anterior, sem o uso de algemas. Nas palavras do citado Relator, o escarcéu

mediopressivo em torno do tema contamina todo o processo. (MENDES, Gilmar, 2018).

Em lado oposto, conforme a própria súmula vinculante da Corte Constitucional Pátria prenuncia, observadas as circunstâncias do caso concreto em que o conduzido ofereça resistência ou que haja fundado receio de fuga e até mesmo perigo à integridade física própria ou de outrem, está permitido o uso de algemas, conjuntura na qual se impõe a relativização a tais direitos.

Constata-se, então, que as normas tutelam bens jurídicos diversos e apontam para soluções distintas e conflitantes em uma mesma questão caso aplicados isoladamente, motivo pelo qual, sob a égide do Princípio da Unidade da Constituição, e por critérios casuísticos objetivos, o operador do direito não poderá, de modo deliberado, optar por uma e desconsiderar outra também aplicável, sob pena de se negar a existência de um direito.

A questão relativa ao uso de algemas, como visto, pode ser interpretada por diversas vias. Com o estabelecimento de graus entre as normas, a preponderância, em determinado caso, da integridade da honra e imagem do investigado em face da operacionalidade da justiça penal, não implicará na declaração de invalidade desta, mas apenas o seu afastamento parcial de incidência, podendo haver a sua clara aplicação - e o uso de algemas - quando as circunstâncias fáticas assim exigirem.

Nessa linha de aplicação, cita-se decisão monocrática proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes no ano de 2018, em sede de Reclamação Constitucional interposta em face da manutenção do uso de algemas por parte do Juízo de Direito da Central de Custódias da Comarca do Rio de Janeiro, na qual deu por afastada a aplicabilidade do verbete vinculante¹⁸.

Na ocasião, o referido Juízo se manifestou em audiência pelo indeferimento do pleito de retirada das algemas em virtude da situação recente de flagrância, das dimensões da sala de realização do ato judicial, bem como da necessidade de preservação da integridade física dos presentes, o qual foi ratificado liminarmente pelo Supremo ao denegar requerimento apresentado pela defesa.

Ao julgar o mérito, o citado Ministro destacou ainda a fundada existência de perigo pelo alto número de presos provisórios e de servidores públicos das mais diversas entidades na localidade, sobretudo pelo baixo número de policiais para

¹⁸ Reclamação Constitucional nº 31.058, Relator Ministro Alexandre de Moraes, decisão monocrática, julgamento em 08/08/2018, publicado no *DJE* em 14/08/2018.

garantir a segurança destes, critérios que foram suficientes para promover uma relação de precedência que deu primazia à operacionalidade da justiça penal em face do direito à intimidade e integridade física do custodiado.

Certamente a decisão final seria guiada de modo diverso do antes exposto em se verificando uma situação hipotética na qual o sujeito ativo do delito tenha sido algemado após prisão em flagrante pela prática de um crime, por haver receio de fuga ou risco à integridade física de outrem, mas ao mesmo tempo um integrante das forças policiais o coage mediante grave ameaça a, algemado, submeter-se à vexatória visualização dos populares, supostamente caracterizando constrangimento não autorizado em lei¹⁹.

Decerto, o aplicador do Direito respaldaria sua decisão baseando-se no quão fundado e efetivo é o dito receio de fuga ou perigo a terceiros, no real constrangimento vivenciado pelo preso, na quantidade de populares presentes e repercussão midiática, aspectos imanentes apenas ao caso concreto, buscando-se sopesar a preferência pelo direito à honra objetiva e imagem do preso ou na efetividade da política criminal e integridade física dos referidos terceiros, que se findaria em um possível ou não relaxamento da prisão ilegal.

Nota-se, então, que diante dos mesmos princípios colidentes, não se sabe ao certo o resultado final do pleito, quer dizer, aquele que prevalecerá *in casu*, sendo imperioso a visualização minuciosa do caso concreto, dado que a mudança nas conjunções materiais implica em possíveis modificações nas relações de precedência, as quais apenas afastam parcialmente a incidência de uma norma constitucional.

5 CONCLUSÃO

A importância da técnica da ponderação de valores é perceptível quando verificada a situação em que mais de uma norma pode incidir sobre as mesmas circunstâncias fáticas, como demonstrado entre aquelas que asseguram a liberdade de imprensa e comunicação em face daquelas que visam tutelar os direitos à honra, intimidade, vida privada e imagem.

As citadas normas, por ampararem valores sociais e jurídicos distintos, poderiam, caso analisadas de forma isolada e sob à luz do simples método silogístico,

¹⁹ Ato que se enquadraria em conduta típica presente no artigo 13, II, da Nova Lei de Abuso de Autoridade, caso presente o elemento subjetivo específico do tipo penal.

apontar para decisões contraditórias em uma mesma controvérsia, implicando em um silencioso processo de interna hierarquização da lei maior.

Na ótica da subsunção, incidindo sobre o fato objeto de julgamento - premissa menor, uma premissa maior sob a representação de uma única norma jurídica, descartariam-se todas as outras que possivelmente poderiam ser aplicadas ao mesmo caso, colocando em cheque a unidade e poder normativo da Constituição, o que é incongruente, visto que o Estado Democrático de Direito demanda a proteção de todos os bens jurídicos de maneira igualitária, como forma de manutenção do exercício pleno dos direitos fundamentais.

Isso parte da concepção de que, com o chamado Neoconstitucionalismo, novas relações jurídicas são formadas, conjuntura a qual um sistema constitucional fechado e totalmente inflexível não se demonstra mais hábil a apresentar respostas à multiplicidade de demandas e novos paradigmas sociais. O pluralismo, a democracia e os avanços tecnológicos exigem soluções jurídicas complexas, que são formuladas a partir da análise de cada caso específico.

Assim, o reconhecimento de um sistema constitucional aberto e dialético e que passou a dar primazia não apenas ao seu texto escrito, mas também ao seu conteúdo axiológico, se verifica à luz da funcionalidade do método do sopesamento, em que leva-se em consideração todas as normas aplicáveis a um determinado acervo fático, mesmo aquelas que tutelam interesses aparentemente divergentes.

Não apenas isso, todos os elementos normativos constitucionais que integram a sua relação de precedência, pelo dever de aptidão para produção de soluções legítimas sob uma perspectiva de proporcionalidade, são levados em consideração mesmo que em menor grau quando não eminentemente preponderantes na decisão, haja vista a sua igual importância como norma de eficácia imediata e poder vinculante.

Além dos planos da existência, validade e eficácia, a norma jurídica constitucional deve atuar no afã de fazer prevalecer o seu precípuo sentido, na busca pela concreta tutela dos seus interesses, a partir de uma análise de adequação desta com a realidade, alcançando-se, pelo sopesamento, a máxima efetividade e a vontade da Constituição. Em suma, o juízo de ponderação fomenta o estreitamento dos laços entre o *ser* e do *dever ser*, outrora separados pela crença no puro dogmatismo e na ideia de que o Direito é um ramo do conhecimento autossuficiente.

Tamanho ainda é a sua importância que o seu uso, muito por conta da clara e desenfreada constitucionalização das disputas jurídicas, se reflete, não de modo

explícito, no processo legislativo, já que prováveis tensões entre normas de cunho principiológico exigem a tomada de posição e normatização por parte do Poder Legislativo. Cria ou reformula-se uma lei por acreditar que determinadas condutas lesivas necessitam de um robusto amparo estatal ou que a norma anterior não mais satisfaz a necessidade coletiva de sanção, ou seja, não se amolda aos recentes fatos sociais.

A Nova Lei de Abuso de Autoridade aparece em um momento de extrema defasagem da legislação anterior e massivo aumento das arbitrariedades, como uma tentativa de se tutelar a isonomia no sistema de justiça, a paridade de armas no processo, as liberdades individuais e os atributos da personalidade, a partir do estabelecimento de maior peso e primazia, que se findou na nova roupagem de certos crimes e sanções.

Partiu-se da asserção de que a atuação daqueles que operam em nome do Estado deve estar subordinada à satisfação do interesse coletivo e da probidade na execução do corpo estatal, sobretudo pela cada vez maior proximidade dos administrados às atividades públicas, exigindo maior rigorosidade nas ações de combate a tais ações desvirtuadas.

O legislador verificou, a partir das práticas cotidianas de parte do funcionalismo público, a necessidade de selecionar e valorar os comportamentos socialmente abusivos visando coibir a sua prática, promulgando normas que se destinam ao alcance de uma finalidade: a mais satisfatória proteção dos citados bens jurídicos que inevitavelmente, quando presentes os pressupostos fáticos, irão preponderar em face de outros de equivalente importância.

Com o avanço das tecnologias, das mídias sociais e das relações humanas, surgem novas formas de abuso de autoridade nas quais se exige, pela sociedade, uma reprovação à altura e a modernização do âmbito penal, como é o caso da punição, dentre muitas outras, pelo artigo 38 da citada lei do responsável das investigações que atribui culpa a outrem por meios de comunicação, antes de concluídas as apurações e formalizada a denúncia.

Assim, a ponderação não está adstrita apenas à esfera do Poder Judiciário, mas em tudo que clame pelo debate e influencie na vida cotidiana em sociedade, tendo em vista que é o comportamento humano, os preceitos morais, éticos e religiosos que induzem o desenvolvimento do Direito.

Desta feita, o reconhecimento da necessidade do uso da técnica da ponderação de valores significa legitimar um instrumento de tutela e zelar pela pluralidade do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na real consolidação dos preceitos da Constituição Federal de 1988, de maneira harmônica e integrativa ao valorar os bens jurídicos socialmente relevantes.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2017.

ARGENTINA. **Lei nº 11.179, de 1984**. Código Penal da Nação Argentina. Buenos Aires, BA: Ministério da Justiça e Direitos Humanos, [1984]. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em: 15 set. 2020.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. França. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 05 set. 2020.

BARCELLOS, Ana Paula. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. São Paulo. Editora GEN, 2019.

BARROSO, Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. 2004. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123> >. Acesso em: 08 set. 2020.

BARROSO, Roberto. **Interpretação e Aplicação Constitucional: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 24ª edição. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm#art361. Acesso em: 07 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui a Lei de Drogas. Brasília, DF: Presidência da República, [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Institui a Nova Lei de Abuso de Autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869.htm. Acesso em: 08 ago. 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único.** 8ª edição. Salvador. Editora JUSPODIVM. 2020.

BRASILEIRO, Renato. **Nova Lei de Abuso de Autoridade.** Salvador. Editora JUSPODIVM. 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo.** 7ª edição. Salvador. Editora JUSPODIVM. 2020.

CASTELO BRANCO, Emerson; PINHEIRO, Igor; CLARK, André. **Nova Lei de Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo.** São Paulo. JH Mizuno. 2020.

FRANÇA. **Código Penal, de 10 de julho de 2004.** Paris, [2004]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719/2004-07-10/. Acesso em 11 set. 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional.** 2019. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação.

MENDES, Gilmar. **Colisão de direitos fundamentais: Liberdade de expressão e comunicação e direito à honra e à imagem.** 1994. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176193/000487451.pdf> >. Acesso em: 01 ago. 2020.

PACHECO, Wellington. **A eficácia social da lei.** 2019?. Disponível em: < <https://wba.adv.br/publicacoes/a-eficacia-social-da-lei> >. Acesso em: 26 jul. 2020.

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal: Parte Especial.** 11ª edição. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva. 2017.