

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

EDINILSON DONISETE MACHADO

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Edinilson Donisete Machado; Lucas Gonçalves da Silva; Riva Sobrado De Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-145-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Garantias fundamentais. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O II Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”, promoveu a segunda edição dentro das inovações criadas pela diretoria, para realização por meio digitais com a divisão dos já tradicionais Anais do Evento com seus Grupos de Trabalho.

No presente GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco da temática, “Direito, Pandemia Transformação Digital: Novos Tempos, Novos Desafios”.

Temas sensíveis, foram apresentados, por meio de 21 artigos, resultado de pesquisas e abordagens relevantes ao conhecimento científico, saber: o princípio da dignidade da pessoa humana como força motriz do ordenamento jurídico brasileiro ;a dignidade da pessoa e a necessidade da proteção das minorias; a relativização do direito fundamental à vida e o aborto sentimental: as influências dos setores sociais diante do conflito de direitos fundamentais; cyberbullying: o conceito e a família no processo de prevenção; a proteção de dados pessoais no processo judicial eletrônico como garantia fundamental à privacidade; a liberdade de expressão e o discurso de ódio no brasil; a disciplina legal do direito à privacidade no atual contexto do meio ambiente digital; os direitos da personalidade em colisão com a liberdade de expressão e de imprensa: estudo de caso de remoção de reportagens em prol da honra de ministro do STF; a aplicação do regulamento 2016/679/CE no âmbito da união europeia e Portugal: breve análise sobre o direito a ser esquecido em tempos virtuais; a medida provisória de acesso de dados em tempos de pandemia: o big brother brasileiro; transformação digital e o acesso a internet como direito fundamental; garantia de acesso à informação em casos de tragédias ambientais; capacitismo e reconhecimento em tempos de pandemia: uma análise do biopoder em face dos direitos fundamentais; análise criminal e a reincidência criminal: reflexões para a diminuição da criminalidade; esporte como forma de minimização à violência e a pandemia do covid 19;

direitos fundamentais e a nova lei de abuso de autoridade no âmbito dos policiais militares; direitos fundamentais, teoria e prática: uma análise a partir da forma política estatal do capitalismo; índice de desenvolvimento humano (idh): análise dos direitos fundamentais na seara tributária; a análise econômica do direito aplicada à tributação como forma de concretização dos direitos fundamentais; ativismo judicial e o requisito da incapacidade financeira: análise do tema repetitivo 106 do superior tribunal de justiça; a efetivação do direito fundamental à saúde por meio de decisões do poder judiciário no estado contemporâneo.

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI VIRTUAL de 2020.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente GT.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como a presente.

Florianópolis, dezembro de 2020

Organizadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dra. Riva Sobrado de Freitas

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais I apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>),

conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE NO ÂMBITO DOS POLICIAIS MILITARES

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE NEW AUTHORITY ABUSE LAW WITHIN MILITARY POLICE

Rodrigo dos Santos Andrade ¹
Marcelo Santos Da Costa ²

Resumo

Foi sancionada em 2019 uma nova lei de abuso de autoridade, apresentando mais objetividade e tipificações criminais específicas. Através da nova lei a interpretação subjetiva e aplicação genérica ao caso concreto foram diminuídas, evitando a aplicação de forma diferente em casos análogos, em razão do interesse do aplicador da lei. Para tanto, o presente artigo será desenvolvido através de pesquisa qualitativa, cujos métodos serão teóricos e pautados em livros, artigos, leis, normas e em dados governamentais, esclarecendo os fins da lei e a influência que ela exerce na proteção dos direitos fundamentais e na atividade do Polícia Militar.

Palavras-chave: Abuso de poder, Abuso de autoridade, Administração pública, Direitos fundamentais, Polícia militar

Abstract/Resumen/Résumé

A new law of abuse of authority was passed in 2019, showing more objectivity and specific criminal typifications. Through the new law, the subjective interpretation and generic application to the specific case were reduced, avoiding the application differently in analogous cases, due to the interest of the law enforcer. To this end, this article will be developed through qualitative research, whose methods will be theoretical and based on books, articles, laws, rules and government data, clarifying the purposes of the law and the influence it has on the protection of fundamental rights and on Military Police activity.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abuse of power, Abuse of authority, Public administration, Fundamental rights, Military police

¹ Mestre, pós-graduando e bacharel em Direito pela UNICESUMAR; Pós-graduando em Gestão Pública pela UEPG; Pós-graduando em Análise Criminal pela UNINA; Professor de Direito da SMG.

² Graduado em Processo Gerencial pelo Centro Universitário Cesumar (UNICESUMAR); pós-graduado pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI). Servidor público do estado do Paraná.

1. INTRODUÇÃO

Entre os anos de 1964 à 1985, o Brasil vivenciou um período militar, o qual mitigou de direitos e garantias individuais e coletivas para legitimar as ações governamentais. Com ações ilegítimas as prerrogativas estatais eram ilimitadas e as atuações abusivas dos agentes públicos eram frequentes, assim como a minimização de direitos e garantias fundamentais.

Embora os direitos fossem mínimos e a atuação governamental imoderada, o governo ditatorial chegou ao fim, sendo que no ano de 1988 foi promulgada a nova Constituição Federal, a qual delimitou prerrogativas ao Estado, para que este promovesse o os direitos fundamentais dos homens.

Com a delimitação das prerrogativas estatal para a busca do bem coletivo, a legislação tipificou condutas criminosas decorrentes de abusos de autoridade praticadas por agentes públicos, as quais, atualmente, estão na Lei nº 13.869/19 e visam evitar violações arbitrárias nos direitos fundamentais dos indivíduos.

Assim, é de suma importância compreender se esta legislação é necessária para a defesa dos direitos fundamentais, bem como se ela se faz imprescindível para o desenvolvimento da ação pública e, principalmente, para a função policial? Ademais, com os constantes conflitos quanto à finalidade real da lei de abuso de autoridade, esta lei limita a atuação dos servidores públicos, lesando a ação governamental e os direitos fundamentais?

Diante dos questionamentos, o desenvolvimento de estudos sobre o a temática proporcionará a qualificação da atuação policial na defesa dos direitos fundamentais, haja vista que a lei não limita a atuação do servidor público, mas clarifica os atos e os limites da legalidade, evitando a ocorrência de abuso, bem como de dualidade na aplicação da lei.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por desígnio analisar a nova lei de abuso de autoridade e sua influência nos direitos fundamentais e na atuação da polícia militar, sendo que especificamente objetiva compreender as finalidades da legislação e as consequências do limite legal na atuação pública através da tipificação de condutas que divergem do interesse público.

O conhecimento sobre a legislação e direitos fundamentais dos indivíduos é essencial para a atuação lícita e regular do agente público, em especial do policial militar, pois através do saber condutas imorais e abusivas podem ser evitadas, demonstrando a relevância o desenvolvimento do presente trabalho, uma vez que apenas com a sabedoria atos desmedidos podem ser extintos.

Para tanto, o presente trabalho será desenvolvido através de pesquisa qualitativa, cujos métodos serão teóricos e pautados em livros, artigos, leis, normas e em dados governamentais, esclarecendo os fins da lei e a influência que ela exerce na proteção dos direitos fundamentais e no exercício da função pública.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 CONCEITO E HISTORICIDADE

Antes de adentrar especificamente ao tema é importante apresentar conceitos de grande relevância, os quais serão essenciais para a clarificação do conceito direitos fundamentais, uma vez que o conhecimento sobre as palavras auxiliam a compreensão da matéria discorrida no presente trabalho.

Assim sendo, de acordo com o minidicionário Aurélio (2001, p. 258) direito é “10. Faculdade legal de praticar ou não praticar um ato. 11. Prerrogativa que alguém tem de exigir de outrem, em seu proveito, a prática ou abstenção de um ato. 12. O conjunto das normas jurídicas vigentes num país”. Enquanto fundamental (Aurélio, 2001, p. 363) é aquilo “que serve de fundamento básico”.

Ou seja, direitos fundamentais, conforme conceitos trazidos no minidicionário Aurélio, são prerrogativas, faculdade legal disciplinada em normas jurídicas que versam sobre o que é essencial ao ser humano. Em aspecto jurídico, conforme afirma Lenza (2012, p. 741) os direitos constitucionais fundamentais são direitos subjetivos e essenciais à Dignidade da Pessoa humana, os quais objetivam proteger os indivíduos nas relações das pessoas com o Estado e na sociedade – relações privadas.

Para Pinto (2009, p. 126) os direitos fundamentais são àqueles que:

[...] em essência, são direitos representativos das liberdades públicas, constituem valores eternos e universais, que impõem ao Estado fiel observância e amparo irrestrito. Constituem os direitos

fundamentais legítimas prerrogativas que, em um dado momento histórico, concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade dos seres humanos, assegurando ao homem uma digna convivência, livre e isonômica.

Com perfil declaratório, os direitos fundamentais têm por finalidade resguardar os indivíduos de arbitrariedades, garantindo-lhes a convivência harmônica, digna, livre e igualitária, minimizando lesões e ameaças de lesões aos direitos nacionalistas que positivados na ordem interna de um Estado.

Embora estruturado no atual ordenamento jurídico pátrio, os direitos fundamentais não eram assim, não possuíam estruturas e nem importância, sendo que a essencialidade destes para a formação de uma sociedade justa surgindo e se fortalecendo com o tempo, através das transformações que ocorreram na sociedade.

“Na Antiguidade Clássica, até 476 D.C., não existia conhecimento sobre Direitos Fundamentais”¹, haja vista que não havia a noção de indivíduo como sujeito livre e participante das decisões políticas do Estado, sendo que esse período “na verdade [...] não pode ser considerada como verdadeiro berço histórico dos direitos humanos fundamentais”(FILHO, 2010, p. 192).

Os primeiros indícios de reconhecimento de direitos fundamentais básicos do homem se iniciam com o fortalecimento do cristianismo, uma vez que através dessa filosofia o ser humano era visto como a imagem de Deus, ou seja, como algo divino que não poderia sofrer violências arbitrariamente.

Entretanto, conforme salienta Filho (2011), mesmo com o início do desenvolvimento dos direitos fundamentais, estes só se fortaleceram, de modo a ser reconhecidos e proteger os indivíduos, com o Estado Liberal – indivíduo tem direitos diante do detentor do poder, o qual não governa de forma irrestrita e absoluta - e com o Estado de Direito – divisão de poder e estabelecimento de direitos e garantias.

Através do reconhecimento de garantias essenciais ao homem, os direitos fundamentais foram se adaptando às transformações e à realidade social, não ficando estáticos ao tempo e ao meio que estavam, mas sim em constantes transformações com escopo de maximizar a proteção dos indivíduos. Resplandece, assim, que os direitos fundamentais nunca estão acabados e concretizados, mas

estão em adaptações e reformulações para atingir de maneira eficaz o fim a que se destina.

Nesse sentido, cada período de adaptação e transformações nos direitos fundamentais, conforme salienta Lenza (2010, p. 740), foram classificados pela doutrina em gerações de direitos, as quais visam delimitar a evolução dos direitos fundamentais do homem.

O doutrinador Lenza (2010, p. 740), descreve que a primeira geração de direitos fundamentais ficou marcada pelas obrigações de não fazer, ou seja, ausência e distanciamento do Estado das relações individuais, garantindo a liberdade do homem. A segunda geração, em complemento a primeira geração, impõe ao Estado não apenas a abstenção de ações, mas a obrigação de fazer e agir para efetivar o Estado de Bem-estar social, fixando “direitos sociais”.

Segundo Bobbio (1995, p. 06) “ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiam hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga”, a qual, em completo com as demais gerações, passa a ser reconhecer os direitos difusos e não apenas os direitos fundamentais individuais, possibilitando que grupos passassem a titularidade de direitos e garantias.

Através da terceira geração de direitos fundamentais há o reconhecimento dos direitos coletivos, os quais viabilizam maior humanidade, abrangência e universalização, por ser “direitos de todos, mas que não pertencem a ninguém isoladamente. São de grupos cuja titularidade é absolutamente indeterminada” (FILHO, 2012, p.13).

Embora as três gerações de direito fundamental abranja direitos negativos, positivos e coletivos, os doutrinadores não se limitaram a elas, sendo que eles reconhecem a necessidade e a existência de direitos de quarta, quinta e até mesmo de sétima geração. Entretanto, o STF – Supremo Tribunal Federal – na decisão do Mandado de Segurança nº 22.164/1995, no tocante as gerações dos direitos fundamentais reconheceu, até o momento, apenas três gerações dos direitos fundamentais, sendo que:

[...] os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração

(direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Embora haja teorias quanto a novas gerações dos direitos fundamentais, há muita divergência quanto ao conteúdo destas, assim como questionamentos se estas são necessárias para a compreensão da evolução dos direitos fundamentais, existindo grande dicotomia sobre o tema.

Assim, sem a possibilidade de delimitar apenas um conceito único para essas gerações, é de suma importância apenas definir que, independente de qual geração estão, os direitos fundamentais são essenciais para a convivência harmônica e digna do homem.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Brasil, durante os anos de 1964 e 1984, vivenciou um regime governamental de caráter absolutamente ditatorial, em que os direitos e garantias individuais eram diminuídas a fim de fortalecer o Poder Executivo, garantindo uma legitimidade forçada. Ocorre que, mesmo com a minimização de direitos do homem, o povo foi às ruas, requerendo a volta das eleições diretas para presidente e o fim do regime militar, o que amparou a o fim do regime militar instaurado.(SALOMÃO, p. 54)

Com a ruptura havida no regime ditatorial, uma nova Constituição foi promulgada e nela direitos fundamentais foram consagrados amplamente, maximizando os direitos que sofreram diminuição com o antigo período e garantindo a proteção aos indivíduos e à coletividade, a fim de evitar violações a este e danos aos seus titulares.

Nesse sentido, “a Constituição Federal de 1988, foi a oitava da história do Estado Brasileiro e a quarta a ser promulgada”², sendo que como já explanado, veio

a acontecer após um período histórico conturbado o que levou a efetivação do “movimento Diretas Já” e a retomada, pelo povo da trajetória democrática.

Denominada como “Constituição Cidadã por Ulysses Guimarães”³, a Constituição de 1988 restaurou os direitos e garantias fundamentais, assim como aplicou a capacidade jurídica dos princípios e da dignidade da pessoa humana, estabelecendo procedimentos legislativos, competências e atribuições e divisão efetiva dos poderes, os quais são independentes e harmônicos entre si, e devem buscar o bem dos indivíduos e da coletividade.

Nesse sentido, conforme LENZA (2010, p.139) “a Constituição Federal, em seu título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais em importantes grupos”⁴, ou seja, os direitos fundamentais apresentados no texto constitucional são classificados em “direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos”(MORAES, p. 91).

Com previsão constitucional, os direitos fundamentais não têm rol taxativo e não são apenas os previstos expressamente na Constituição Federal, podendo estar de forma implícita e em outras normas, até mesmo em tratados internacionais ou em princípios que forem compatíveis com a ordem jurídica vigente no Brasil, desde que objetivem a proteção à vida, à liberdade, à incolumidade física e psíquica, à proteção a imagem, a paz e ao patrimônio, à inviolabilidade da residência, assim como a proteção dos particulares frente às ações do Estado que limitem direitos e garantias.

2.3 (IN) CONCRETIZAÇÃO NA REALIDADE SOCIAL

A Constituição Federal objetiva a concretização dos direitos fundamentais do homem, a convivência harmônica e digna, além da efetivação de um Estado de Bem-Estar social, sendo que cabe ao Estado o desenvolvimento de ações que promovam e materializam estes, observado, conforme salienta Silva e Pereira (2017, p. 03) que:

Os direitos fundamentais, fins constitucionais, são, como se sabe, aqueles que exigem do Estado uma prestação e compõem o núcleo essencial do sistema constitucional, do qual se extrai a ideia de dignidade da pessoa humana. Tal atuação por parte do ente estatal,

por sua vez, encontra-se vinculada à atuação político-legislativa, ao que se pode fazer referência imediata a um mecanismo de conformação do público espectador.

Ou seja, através de ações estatais e de políticas públicas as delimitações constitucionais passaram a serem implementadas na realidade social. Contudo, a consolidação dos direitos fundamentais e de um estado de bem-estar social está longe de atingir seus anseios, uma vez que as dificuldades na implementação e reconhecimento de direitos fundamentais impossibilitam a eficácia destes, causando imenso prejuízo aos indivíduos.

A concretização de direitos básicos aos homens no texto constitucional encontra-se distante da realidade social, uma vez que a população está desamparada e sofre com a não materialização dos direitos postos no ordenamento jurídico pátrio e com as constantes violações e violências que toleram. (SILVA, 2006)

Assim, embora o texto constitucional seja belo, inspirador e essencial à vida digna, o Estado não supre as demandas sociais, relativizando o ordenamento jurídico pátrio e inaplicando-o à realidade social.

A minimização estatal dos direitos fundamentais causa danos aos indivíduos, os quais constantemente sofrem abusos e danos por não ser amparado de modo eficaz pelo ordenamento jurídico pátrio, por estar este fragilizado e inconcretizado nas relações pessoais.

3. ABUSO DE AUTORIDADE

3.1 ASPECTOS GERAIS

Com escopo de atingir o bem estar social, suprir os interesses coletivos e principalmente efetivar direitos fundamentais, a Constituição Federal atribuiu ao Estado prerrogativas, as quais delimitam poderes a ele para que interfira na realidade social, sobrepondo seus anseios e interesses na busca pelo bem coletivo, minimizando a vontade e direitos individuais. (DI PIETRO, 2003)

As referidas prerrogativas atribuídas ao Estado lhe conferem poderes administrativos, os quais são instrumentos para sua atuação na busca da efetivação de direitos fundamentais e do Estado de Bem-estar social. Segundo Mazza (2012,

p.253) “a legislação confere à Administração Pública competências especiais. Sendo prerrogativas ligadas a obrigações, as competências administrativas constituem verdadeiros poderes-deveres instrumentais para a defesa do interesse público”⁵.

Assim, compete ao Ente Público o desenvolvimento de metodologias capazes de viabilizar a aplicação e materialização de direitos fundamentais, minimizando violações e maximizando a aplicabilidade deste na realidade social. Para MEIRELLES (1999, p. 88)⁶ a prerrogativa é um poder estatal atribuído a um agente público para que este o use de acordo com as normas éticas e morais, assim como de forma razoável e proporcional, conforme delimitação da lei.

Todavia, embora sejam essenciais à consolidação dos direitos fundamentais, as ações estatais podem ser utilizadas de forma ilegal, inadequada, imoral e com escopo de prejudicar ou minimizar direitos de outrem, sendo que os vícios contidos nestas ações não são passíveis de consolidação, uma vez que toda vez que o poder administrativo atribuído ao Estado não for utilizado como instrumento legal para a aplicação das normas constitucionais, haverá abuso de poder, por ultrapassar o caráter instrumental lhe atribuído. De acordo com GASPARINI (1993, p. 57):

O uso do poder, prerrogativa da Administração Pública, não é incondicionado ou ilimitado. Seu uso, para ser legal, há de ser normal. Assim, usar normalmente o poder significa, de acordo com Hely Lopes Meirelles (direito Administrativo) “emprega-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público”

Conquanto a Constituição Federal confira ao Estado a prerrogativa de mediar às relações humanas, tanto entre particulares, quanto entre particular e Administração Pública, a ele não é atribuído a atuação irrestrita e imoderada, sendo que, para tanto, ao atuar deve pautar-se no ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre que, apesar de ser evidente a necessidade de atuação dentro dos parâmetros legais, o Estado, através de seus agentes, atua de forma ilegal e imoral, abusando da prerrogativa que detém de forma a prejudicar e violar os indivíduos, abusando do poder que detém. Para DI PIETRO (2003, p. 116):

Todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela

lei, quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo com relação aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda eu a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei.

Embora vise o bem coletivo, a ação estatal não pode atuar de forma irrestrita, devendo respeitar a legislação vigente o fim a que se destina, pois, na ordem jurídica pátria, a atuação do Estado não pode ser imoderada, pelo contrário, ela deve ser limitada às delimitações legais, resguardando direitos e não os violando.

Conforme ensinamento de GASPARINI (1993, p. 57) “o uso anormal do poder é circunstância que torna ilegal, total ou parcialmente, o ato administrativo ou irregular a sua execução”⁷ e esse uso anormal é delimitado como Abuso de Poder. Para CARVALHO (2017, p 120):

[...] o abuso de poder são situações nas quais a autoridade pública pratica o ato extrapolando a competência legal ou visando uma finalidade diversa daquela estipulada pela legislação. [...] o abuso de poder pode ocorrer de condutas comissivas - quando o ato administrativo é praticado fora dos limites legalmente posto - ou de condutas omissivas - situações nas quais o agente público deixa de exercer uma atividade imposta a ele por lei, ou seja, quando se omite no exercício de seus deveres. Em ambos os casos, o abuso de poder configura ilicitude que atinge o ato dele decorrente.

O abuso de poder é a utilização ilegal, imoral e desrespeitosa às normas vigentes no Estado, do poder público, o qual é utilizado fora dos limites adequados para o fiel cumprimento do dever legal, sendo que esse agir abusivo pode ser dividido em excesso de poder e desvio de poder.

O primeiro “o agente atua fora dos limites de sua competência, enquanto o segundo o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo”⁸. Ressalta-se que a incidência de ambas delimitações não podem ser aceitas, uma vez que o agir estatal deve estar em conformidade com o que a lei dispuser e defender os indivíduos, evitando que eles tenham direitos e garantias violadas.

Para tanto, desde o ano de o ano de 1965, através de Lei nº 4.898, o ordenamento jurídico pátrio regula o “processo de Responsabilidade Administrativa

.

.

Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade”⁹. Entretanto, a referida lei foi revogada, no ano de 2019, por meio da Lei nº 13.869, a qual versa sobre o mesmo tema e visa minimizar a incidência de atos abusivos ilegais.

3.2 ANTIGA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

A Lei nº 4.898 de 1965 foi sancionada com a finalidade e evitar a atuação irrestrita dos agentes públicos no desenvolvimento de suas ações ou em razão delas. Ocorre que a sociedade se transformou, o direito evoluiu e a lei sancionada na década de 1960 não mais era eficaz na realidade social, pois perdia vigência diante das mudanças havidas na sociedade, como afirma LIMA (2019, p. 22):

[...] o exercício das prerrogativas conferidas a todos aqueles que agem em nome do Estado deve atender à satisfação do interesse público, jamais ultrapassando os limites estabelecidos pela lei, é de rigor coibir todo e qualquer exercício abusivo do poder por esses agentes públicos. [...] dotada de dispositivos vagos e aberta, a revogada Lei n. 4.898/65 dispensava aos crimes de abuso de autoridade uma sanção penal absolutamente incompatível com o desvalor do injusto, deixando-a, assim, desprovida de qualquer poder dissuasório sobre os agentes públicos.

Com a antiga lei, a criminalização da conduta de abuso de poder pautava-se em tipos penais abertos, ou seja, dependiam da interpretação do aplicador da lei ao analisar o caso concreto, pois a discricionariedade e a subjetividade influenciariam significativamente na definição da conduta praticada pelo agente público.

A relativização e opinião subjetiva sobre os tipos penais da Lei nº 4.898 de 1965, assim como a ausência de proteção específica e objetiva a um bem jurídico, gerava inúmeras dificuldade de aplicar a legislação ao caso concreto, como também havia grande possibilidade de direcionamentos diversos das finalidades da lei.

Assim, com intuito de tipificar de forma objetiva e sem possibilidade de análise e aplicação subjetiva, foi sancionada em 2019 a Lei nº 13.869, a qual estipulou as condutas que se típicas do crime de abuso de poder praticado pelo servidor público, evitando dualidades na aplicação da lei, assim como subjetividade e direcionamentos na persecução criminal.

3.3 NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Adaptando as normas as mutações que ocorreram na sociedade, a lei 13.869/19, nova lei de crimes de abuso de autoridade, revogou a Lei nº 4.898/65¹⁰, uma vez que foi sancionada para colocar fim aos tipos penais abertos que necessitavam de análise subjetiva para sua aplicação, como afirma NUCCI (2019):

A lei anterior, editada na época da ditadura militar, carecia de reforma integral, adaptando-se aos tempos atuais. Nesse perfil, é extremamente relevante destacar que os tipos penais da lei 4.898/65 eram muito mais abertos e não taxativos do que o cenário ofertado pela lei 13.869/19. Para se certificar disso, basta a leitura do art. 3º, “a”, da lei anterior: constitui abuso de autoridade qualquer atentado à liberdade locomoção. Seria perfeitamente amoldável a esse tipo penal toda e qualquer prisão preventiva decretada “sem justa causa” ou até mesmo uma condução coercitiva “fora das hipóteses legais”. Dependeria de interpretação? Sem dúvida. Porém, na atual lei tudo ficou muito mais claro e taxativo.

A subjetividade na aplicação da antiga legislação de abuso de autoridade gerava muitos conflitos e dificuldades, demonstrando que esta estava incompleta para ser aplicada a realidade social, estando deficiente nos objetivos que visava atingir, tendo em vista que apresenta de forma abrangente condutas que poderiam ser amoldadas em crime de abuso de poder, sem, contudo, apresentar condutas típicas e conceitos específicos para estas.

Assim, a nova legislação, embora verse sobre o mesmo assunto, apresenta texto mais completo e objetivo, diminuindo interpretações e subjetividades, facilitando o entendimento sobre a matéria da lei.

Porém, embora apresente conceitos importantes para a tipificação das condutas criminais de abuso de autoridade e proteja os indivíduos de ações violentas e abusivas cometidas por agentes públicos, a Lei 13.869/2019 foi sancionada em um contexto histórico-político conturbado e críticas surgem sobre o real interesse da lei. Sobre o momento histórico-político em que a nova lei de abuso de autoridade foi sancionada, LIMA (2019, p. 22) afirma que:

Inegavelmente, a Lei n. 13.869/19 não foi aprovada pelo Congresso para atender a essa finalidade, mas sim de modo a impedir o exercício das funções dos órgãos de soberania, bem como legitimar uma verdadeira vingança privada contra aqueles que, de alguma forma, se sentirem incomodados pela atuação dos órgãos de persecução penal, fiscal e administrativa. [...] o Congresso Nacional deliberou pela aprovação ‘a toque de caixa’ do novo diploma normativo com a nítida intenção de buscar uma forma de retaliação a esses agentes públicos, visando ao engessamento da atividade-fim de instituições de Estado responsáveis pelo combate à corrupção.¹¹

Apesar de posicionamentos críticos a lei e ao momento em que esta fora sancionada, em razão de ser um momento político conflituoso, a nova lei de Abuso de Autoridade criou novos tipos penais, bem como apresentou conceitos importantes para a aplicação da legislação e atuação dos agentes públicos, uma vez que apresentou tipos penais específicos e objetivos, incapazes de permitir interpretações extremamente subjetivas sem análise ao processo.

Com isso, observa-se que a nova lei de abuso de autoridade impacta a realidade social, observado que clarifica as limitações dos agentes públicos, assim como oportuniza conhecimento específicos sobre quais atos se amoldam em tipos penais e sobre quais ações são fundamentais para o desenvolvimento das atividades públicas e efetivação do bem comum, impedindo que os servidores ajam de forma ineficiente e indiscriminatória e protegendo de forma eficaz os direitos fundamentais dos indivíduos, conferindo maior “segurança jurídica” a estes.

3.4 A POLÍCIA MILITAR E A LEI Nº 13.869/2019

A Constituição Federal trás em seu texto direitos fundamentais, os quais visam à proteção e o resguardo da dignidade da pessoa humana. Entretanto, esses direitos humanos essenciais não são absolutos, podendo ser mitigados em prol da coletividade e do interesse público, como afirma BRANCO (2007, p.272): “[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. [...] Até o elementar direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada”¹².

Todavia, a minimização e relativização dos direitos fundamentais dos homens devem ocorrer apenas com respaldo na legislação, devendo os agentes públicos, atuar e forma efetiva e limitada à lei, sendo defeso o agir de absoluto e imoderado.

Vislumbra-se assim, como afirma TELLES (2019), que a nova lei de abuso de autoridade tem por escopo regular a relação entre direitos fundamentais e sua relativização em benefício da coletividade, sendo essencial para a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, assim como é basilar para limitar o agir estatal dentro dos parâmetros constitucionais, evitando dualidade de interpretação e agir público imoderado em prejuízo excessivo aos particulares.

Com a nova lei não há que se falar em limitação do agir dos agentes públicos, mas sim em resguardo aos direitos e garantias individuais diante da ação estatal, evitando violações a abusos aos particulares, tendo em vista que direitos não poderão ser mitigados pela vontade arbitrária do Estado, mas apenas quando embasados dentro dos limites constitucionais e da lei, impedindo o agir pessoal e direcionado dos funcionários públicos a atos que não visem o interesse público.

Ressalta-se que a nova tipificação das condutas criminosas não impede o agir estatal, sendo que os atos essenciais para o desenvolvimento das atividades públicas e para a efetivação do Estado de bem-estar social são fortalecidos com a objetividade da lei, a qual protege os particulares de ações abusivas, assim como limitam o agir imoderado dos agentes públicos às ações que realmente demandam interferência estatal para a busca do bem coletivo.

Nesse sentido, a polícia militar, a qual possui atribuições constitucionais de “prevenir a prática de delitos ou reprimi-los de forma imediata”(SILVA e GURGEL, p. 145), com escopo de manter a ordem pública, não teve suas imputações essenciais modificadas ou limitadas, pelo contrário, suas ações com a nova tipificação criminal de condutas e ações abusivas fortaleceu sua atuação.

Ao estabelecer tipos penais objetivos com condutas definidas como crimes, os agentes policiais militares ficaram com respaldo legal para agir em defesa do interesse público, assim como tiveram ciência com exatidão de quais condutas, que no exercício de suas funções, poderiam se amoldar aos crimes de abuso de autoridade, minimizando o medo de agir em prol da coletividade e ser responsabilizado em razão da grande subjetividade da aplicação da lei – como ocorria com a Lei nº 4.898/65.

A nova lei foi benéfica aos particulares e aos policiais militar, uma vez que o desenvolvimento de suas ações não fica limitado ao medo de agir e ser responsabilizado indevidamente em conduta que, por interpretação subjetiva do aplicador da lei, fosse considerada abusiva, permitindo autonomia e discricionariedade aos militares estaduais para realizar condutas essenciais para o bem coletivo e para a materialização de suas funções.

Ademais, através da nova lei a segurança pública torna-se mais efetiva na realidade social, pois os agentes públicos militares encontram um elemento e fundamento favorável para desenvolver suas atribuições constitucionais em busca do bem comum, uma vez que compreendem os limites de seu agir, assim como os tipos penais derivados do abuso de autoridade e suas responsabilidades ao atuar em nome do Estado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico pátrio estabelece direitos e garantias fundamentais, a fim de possibilitar a convivência harmoniosa e a proteção a dignidade do homem, sendo que ao Estado cabe a atribuição para desenvolver ações de concretizar os direitos postos na Constituição Federal, buscando sempre o bem coletivo.

Para tanto, ao Estado é atribuído prerrogativas que visam a mitigação dos direitos fundamentais para atingir o interesse público e o bem estar da coletividade. Ocorre que, embora a finalidade da limitação de direitos fundamentais em prol do bem coletivo seja coesa, muitas vezes as ações governamentais são arbitrárias e abusivas, de modo a ferir direitos dos particulares, sendo que em razão dessas circunstâncias foi imprescindível a sanção de uma lei penal para diminuir a incidências de ações abusivas.

A Lei nº 4.898/65, até 2019, era a norma que tipificava os crimes decorrentes de condutas abusivas e desviantes praticadas por agentes públicos, sendo que com a sanção da Lei nº 13.869/19, ela foi revogada. Dando continuidade aos objetivos da antiga lei, a nova lei tornou o tipo penal dos crimes de abuso de autoridade mais objetivos, evitando subjetividades na aplicação da lei e punições indevidas decorrente de interpretações equivocadas.

Ocorre que com a nova lei muitos apontamentos críticos foram feitos, porém, o que nota-se é que com ela a objetividade legal no tipo penal foi concretizada,

resguardando direitos fundamentais e o agir público e policial lícito. Nesse sentido, a compreensão dos direitos fundamentais, assim como da nova lei de abuso de autoridade e a influência que ela tem sobre a atuação policial militar é de suma importância, pois compreendendo a relação entre as temáticas é possível o desenvolvimento de ações preventivas e ostensivas de segurança pública dentro da legalidade e do respeito aos direitos fundamentais.

5. REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo; Saraiva, 2007.

BRASIL, Governo Federal. *Lei nº 4.898 de 1965*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 jul. 2020.

_____. *Lei nº 13.869 de 2010*. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164/1995*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/DIREITOSEGARANTIASFUNDAMENTAISJOaOALEXANDREVIEGAS>> Acesso em: 22 jul. 2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos* – tradução de Carlos N. Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

CARVALHO, Matheus de. *Manual de Direito Administrativo* - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

COSTA, Arthur Riboo da. *Lei de Abuso de Autoridade*. Disponível em: <https://lex.com.br/doutrina_27966122_LEI_DE_ABUSO_DE_AUTORIDADE_1.aspx>. Acesso em: 18 de Abr. de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

DUARTE, Leonardo Avelino. *Constituição Cidadã*. Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul. Disponível em: <<https://oab-ms.jusbrasil.com.br/noticias/2871580/constituicao-cidada>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. Revista atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense. 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Minidicionário Aurélio*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Editora nova Fronteira, 2001.

FILHO, Alberto de Magalhães Franco. *A Proto-História dos Direitos Fundamentais*. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Vol. 7, n. 7, 2010. Disponível em: <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>>. Acesso em: 13 de jul. 2020.

FILHO, João Trindade Cavalcante. *Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2020.

GAGLIARDI, José Renato. *Evolução e Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34254/evolucao-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Editora JusPODIVM. São Paulo, 2019.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3ªEd. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª edição. São Paulo: Melheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ªEdição. São Paulo: Atlas, 2016.

MORGADO, Gerson Marcos. *A importância do cristianismo para a concepção da dignidade da pessoa humana e para a universalização de sua consciência*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-116/a-importancia-do-cristianismo-para-a-concepcao-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-para-a-universalizacao-de-sua-consciencia>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

NUCCI, Guilherme. *A nova lei de abuso de autoridade*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/312282/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade>>. Acesso em 22 jul. 2020.

PINHO, Débora. *O dia em que a Constituição de 1988 foi promulgada*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jun-18/imagens-historia-dia-nasceu-constituicao-1988>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direitos Fundamentais: Legítimas prerrogativas de liberdade, igualdade e dignidade*. Revista da EMERJ, v. 12, nº 46. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_126.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

RAMOS, Jefferson Evandro Machado. *Diretas já*. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/diretas_ja.htm>. Acesso em: 11/07/2020.

SALOMÃO, Ivan. *Da Distensão Política À Nova República: Apontamentos Sobre A Vitória Oposicionista no Colégio Eleitoral*. Disponível em: <<https://revista.ufr.br/textosedebates/article/viewFile/4085/pdf>>. Acesso: 23 jul. 2020.

SILVA, Gabriela Galiza; GURGEL, Yara Maria Pereira. *A polícia na Constituição Federal de 1988: apontamentos sobre a manutenção de um órgão militarizado de policiamento e a sua incompatibilidade com a ordem democrática vigente no Brasil*. Disponível em: <<http://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/download/597/232>>. Acesso em 23 jul. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Marília Ferreira; Pereira, Erick Wilson. *Dever Fundamental De Atuação Do Estado Como Elemento Promotor Da Igualdade Substancial E Efetividade Do Sistema Constitucional: Desdobramentos Da Dignidade Da Pessoa Humana*.

Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3423c8199b1e39e9>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SILVA, Romeu Adriano. GOLPE MILITAR E ADEQUAÇÃO NACIONAL À INTERNACIONALIZAÇÃO CAPITALISTA (1964-1984). Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_militar_intro.html>. Acesso em: 22 jul. 2020.

TELLES, Cássio Lisandro. Lei de abuso de autoridade: proteção à cidadania e às garantias fundamentais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-02/cassio-lisandro-telles-protECAo-cidadania-lei-abuso>>. Acesso em 23 jul 2020.

VASCONCELOS, João Paulo Farias. *Poderes e deveres dos agentes públicos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63222/poderes-e-deveres-dos-agentes-publicos>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

WESTPHAL, Daniel. *Uma análise acerca da lei de abuso de autoridade frente à proposta de atualização no projeto de lei do senado nº 85/2017*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75808/uma-analise-acerca-da-lei-de-abuso-de-autoridade-frente-a-proposta-de-atualizacao-no-projeto-de-lei-do-senado-n-85-2017>>. Acesso em: 20 jul 2020.