

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

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

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

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

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

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

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

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

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

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

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gagher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth
– Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-413-6

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

Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A pandemia do novo coronavírus segue exigindo de todos nós, neste ano de 2021, adaptação. O CONPEDI segue envidando esforços, nesse sentido, para reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância são amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”, na tarde do dia 13 de novembro de 2021.

No artigo intitulado “LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133 /2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL”, Davi Pereira Remedio e José Antonio Remedio analisam o artigo 337-E do Código Penal, avaliando a amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, o que deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

O texto “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CRIME DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS”, de Marcelo Costenaro Cavali, Alessandra Gomes Faria Baldini e Vanessa Piffer Donatelli da Silva aborda os fundamentos econômicos que justificam a criminalização da manipulação do mercado de capitais.

Bibiana Terra e Bianca Tito, no texto intitulado “DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL”, avaliam o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima preconizado no texto constitucional de 1988.

Por sua vez, no artigo “DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PERSONALISTA DE

WINFRIED HASSEMER”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua empreendem uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir dos critérios propostos por Winfried Hassemer.

O texto “COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEIO DE CONTROLE POPULAR DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA”, de autoria de Bibiana Paschoalino Barbosa e Luiz Fernando Kazmierczak, analisa o caráter de direito fundamental da segurança pública, especificamos os meios de controle dos atos administrativos com enfoque no controle social, trazendo como conclusão que a comunicação da prisão em flagrante é meio efetivo de controle popular consubstanciando a efetivação da publicidade dos atos administrativos.

Ana Flavia De Melo Leite e Gabriel Silva Borges, no texto “A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE”, discutem a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno, diante da edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade.

Em “A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA”, Edith Maria Barbosa Ramos, Roberto Carvalho Veloso e Rayane Duarte Vieira abordam a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no âmbito do Direito Penal Econômico, trazendo apontamentos sobre a importância da Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica para fins de combate à criminalidade contemporânea.

No artigo “GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: A VIABILIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS EXTRAPENAIIS”, Anna Kleine Neves e Fernanda Borba de Mattos d’Ávila avaliam a viabilidade da cooperação internacional e medidas alternativas extrapenais, empreendendo reflexões sobre a influência e consequências causadas pela Globalização e pela transnacionalidade no Direito Penal, sobre a importância da cooperação jurídica internacional e de medidas alternativas extrapenais na resolução dos possíveis conflitos.

Em seu “ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS”, Jessica de Jesus Mota e

Lucia Carolina Raenke Ertel propõem-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, estudando os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países.

O artigo “A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM”, de autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Marcelo de Souza Sampaio, investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, evidenciando-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No trabalho intitulado “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL”, os autores João Paulo Avelino Alves De Sousa e Rejane Feitosa de Norões Milfont analisam o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988.

“CATEGORIAS PROCESSUAIS E DISCUSSÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL E A DECISÃO PENAL”, de Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, é um trabalho que apresenta considerações críticas a respeito de algumas categorias no processo penal cuja competência originária é do STF, tendo em vista a necessidade de compreender se há ou não efetivação do que o texto constitucional pós 1988 realmente se propôs a proteger no que tange ao acusado.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Silvia Altaf da Rocha Lima Cedrola e Daniel Alberico Resende, no texto “A NOVA FACETA DO DIREITO À INTIMIDADE NO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A TIPIFICAÇÃO DO REVENGE PORN”, avaliam como as transformações e inovações tecnológicas desencadearam uma necessidade de alteração do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no Direito Penal, sendo que essa necessidade, ligada ao meio ambiente digital, colide, por vezes, com o direito à intimidade, o que justifica o estudo do chamado revenge-porn, mormente a partir da análise das Leis Federais nº 12.737/2012 e nº 12.965/2014.

No artigo “CIBERCRIME E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA”, Clarisse Aparecida Da Cunha Viana Cruz, Daniel Brasil de Souza e Pedro José de Campos Garcia avaliam se a legislação penal brasileira é suficiente para proteger os cidadãos contra os cibercrimes.

O trabalho “MEDIDAS JURÍDICAS PROVISÓRIAS E JUSTIÇA DRAMÁTICA: A CRISE NA COMUNICAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE JURÍDICO-PERSECUTÓRIA DO ESTADO E A OPINIÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE”, de Bruna Barbosa de Góes Nascimento e Henrique Ribeiro Cardoso analisam como a atividade jurídico-persecutória do Estado nos casos que atraem a atenção pública está sendo impactada tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais que expressam em larga medida a opinião pública no contexto da atual sociedade em rede.

Em “A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGRAS ENQUANTO OBJETO DE LUCRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”, Cristian Kiefer Da Silva analisa a ineficácia da política criminal no combate ao tráfico de drogas enquanto objeto de lucro das organizações criminosas.

O artigo “MEIO AMBIENTE DIGITAL E A AUTORIA DELITIVA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS”, de Júlio César Batista Pereira e Reinaldo Caixeta Machado, aborda como os avanços da informática e da tecnologia têm sido palco diário de ameaças à sociedade de risco, capazes de afetar diversos segmentos que repercutem na seara jurídica e em um ambiente que foge da naturalidade, tradicionalmente tutelado pelo Direito.

No texto “A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, Abner da Silva Jaques, Endra Raielle Cordeiro Gonzales e João Fernando Pieri de Oliveira analisam o debate sobre a descriminalização do delito de desacato no Brasil, partindo das decisões proferidas no âmbito do STJ.

Em “CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua avaliam se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima.

Thulio Guilherme Silva Nogueira, no texto “O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO IMPUTADO NOS ACORDOS PENAIIS CELEBRADOS EM AMBIENTE VIRTUAL”, questiona a viabilidade constitucional da negociação de acordos penais no ambiente virtual, concluindo que a negociação no âmbito virtual não pode ser impositiva, e deve ser tratada como faculdade da defesa.

Em “A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM”, Bruna Azevedo de Castro e Sibila Stahlke Prado se debruçam sobre o tema da regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo e como o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano.

O artigo “CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONCEITO DE CONTUMÁCIA NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL”, de Marcelo Batista Ludolf Gomes, aborda a dificuldade quanto à definição deste novel conceito trazido pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de sonegação fiscal.

Por fim, o artigo intitulado “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, de Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Gabriela Silva Paixão, abordam a temática da duração máxima da medida de segurança na jurisprudência dos tribunais superiores.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior – UNIVALI

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

**A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE
INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE**
**THE ASSISTANCE OF A LAWYER TO THE ACCUSED DURING POLICE
INTERROGATION AND THE NEW LAW ON ABUSE OF AUTHORITY**

**Ana Flavia De Melo Leite
Gabriel Silva Borges**

Resumo

Este trabalho busca discutir a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno. O estudo se faz atual dada edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade. Busca-se analisar como a Lei tem interferido na efetivação de direitos fundamentais do sujeito interrogado. Assim, através de revisão bibliográfica e de acompanhamento de casos na DPPA de Canoas/RS, debate-se o impacto sofrido pelo interrogado pelas interpretações da norma, materializadas em decisões judiciais acerca da legalidade dos Autos de Prisão em Flagrante.

Palavras-chave: Abuso de autoridade, Assistência do advogado, Direitos fundamentais, Estudo de caso, Interrogatório policial

Abstract/Resumen/Résumé

This study discuss the role of the lawyer in association with the accused arrested in flagrante delicto during his hearing toward the Police Authority at the night, becomes current given the enactment of Law 13.869/2019 that criminalizes conducts that tangent the procedure, such as crimes of abuse of authority. We analyze how the Law has interfered in the realization of the fundamental rights. Thus, through a bibliographic review and follow-up cases at the DPPA Canoas/RS, it is debated the impact in the interrogated subject within the interpretations of the norm, materialized in decisions about the legality of the Flagrante Arrest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abuse of power, Lawyer assistance, Fundamental rights, Case study, Police interrogation

1 Introdução

O presente estudo tem como objetivo discutir como se dá assistência de advogado ao indiciado quando do interrogatório noturno, realizado em sede policial em virtude da sua prisão em flagrante, a fim de verificar a necessidade ou não dessa atuação. Tal reflexão se faz atual e se justifica frente à edição da Lei nº 13.869/19, Lei de Abuso de Autoridade, que tipificou, como crime de abuso de autoridade, a conduta do agente público que proceder à escuta do preso em sede policial, no período noturno. Nessa senda, em que pese o legislador tenha aparentemente excepcionalizado duas hipóteses – “salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações” (BRASIL, 2019) –, os aplicadores do direito têm divergido quanto aos limites impostos pela Lei.

O interrogatório policial é a formalização do momento oportunizado ao suspeito da prática de infração penal para discorrer sobre sua pessoa e sobre a imputação que recai sobre ele.

A pessoa investigada, em sede de inquérito policial, pode ser apontado como autor, coautor ou partícipe de conduta criminosa, cuja formalização se dá com o indiciamento. O ato privativo do Delegado de Polícia pode se dar (i) no início das investigações quando o envolvido tem sua prisão em flagrante ratificada pela autoridade policial; (ii) no curso das diligências policiais que compõem o procedimento policial, quando o Delegado de Polícia considerar suficientes os elementos indiciários que já possui; ou ainda (iii) ao final da investigação policial, quando a investigação nesse sentido concluir.

Desta feita, este estudo debruça-se sobre questões atinentes ao interrogatório policial do indiciado preso em flagrante, cujo procedimento fora formalizado durante o período noturno sem a indicação de advogado por parte investigado.

Enfrentaremos o tema a partir dos pressupostos teórico-constitucionais impostos pela ordem constitucional de 1988, a qual inaugura uma nova formulação teórica do direito, instrumentalizada a partir do Estado Democrático de Direito. Nessa esteira, abordaremos princípios processuais penais decorrentes do devido processo legal como forma de efetivação da garantia fundamental ao processo justo.

Insta salientar que questões atinentes ao sujeito interrogado e ao indiciado, ganharam especial relevo após a edição da Constituição Federal de 1988, uma vez que a nova ordem constitucional não mais permite que ele seja tratado como um objeto, impondo que o mesmo seja reconhecido como sujeito de direitos.

Ademais, foi nesse contexto que a Lei nº 13.869/19, buscando frear arbítrios estatais e efetivar direitos e garantias fundamentais, tipificou, como crime de abuso de autoridade, a

conduta do agente público que “Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações” (BRASIL, 2019).

Posta assim a questão, propõe-se, primeiramente, discutir, a partir do *constitucionalismo garantista* de Luigi Ferrajoli, como a hermenêutica desta norma impacta na promoção de direitos fundamentais ao indiciado preso em flagrante, em outras palavras, discutir se a partir da interpretação da inovação legislativa pode-se vedar o acesso ao direito de ser ouvido ao sujeito investigado.

De maneira concomitante, propõe-se aqui a realização de estudo de caso, a fim de se observar como o fenômeno que se pretende compreender se desenvolve no tempo e no espaço. Para tanto, optou-se por acompanhar, durante o período de janeiro de 2021, o cotidiano de uma unidade policial, a Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento de Canoas (Rio Grande do Sul), a qual funciona em regime de plantão, analisando as situações que resultaram na produção de Autos de Prisão em Flagrante. Ou seja, observar situações que, eventualmente, possam correlacionar-se com desdobramentos decorrentes da interpretação do disposto no artigo 18 da Lei de Abuso de Autoridade.

2 O constitucionalismo garantista no Brasil

O fim da Segunda Guerra Mundial marca a superação do regime político autoritário na Europa e o início do seu processo de redemocratização. Passaram a ser concebidas novas proposições teórico-constitucionais, comumente denominadas de “neoconstitucionalismo” que, em que pese não seja um movimento jurídico uníssono⁴, convergem em certa medida: constituindo-se como um conjunto de ideias ligadas à força normativa da Constituição, fundamentadoras da expansão da jurisdição constitucional e estabelecedoras de novos paradigmas para a hermenêutica constitucional (BARROSO, 2005).

Nesse sentido, sobre a força normativa da constituição, o teórico Konrad Hesse elucidada:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também, de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. (HESSE, 1991, p. 15)

⁴ Ressalva-se que, consoante assevera Sarmento (2009), talvez “não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade”. Ainda, o jurista Ferrajoli (2012), comumente ligados às bases deste pensamento teórico, já se posicionou contrário inclusive à referida denominação.

Compromissado com as bases teóricas da normatividade da constituição, o jurista Luigi Ferrajoli propõe um modelo jurídico constitucionalista, o *Garantismo*, voltado para a concepção de efetivação de Direitos Fundamentais e limitações ao poder do Estado. Dialogando com Norberto Bobbio, Ferrajoli (2002, p. 687) elucida que o Estado pode ser entendido sob duas acepções: “governo *sub lege* ou submetido às leis, ou governo *per leges* ou mediante leis gerais e abstratas”. Apregoando que o Estado de Direito, como sinônimo de *garantismo*, é aquele que se coaduna com o segundo entendimento.

Designa, por esse motivo, não simplesmente um "Estado legal" ou "regulado pelas leis", mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público - legislativo, judiciário e administrativo - está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (a Corte Constitucional para as leis, os juízes ordinários para as sentenças, os tribunais administrativos para os provimentos); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária. (FERRAJOLI, 2002, p. 687-688)

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 marca o início do processo de redemocratização brasileiro, situando o país no curso desta nova ordem jurídico-política, sob a forma de organização política de Estado Democrático de Direito. Desta feita, é delimitado, ao mesmo tempo, o fim do regime autoritário imposto pela ditadura militar e o início do constitucionalismo democrático brasileiro. Cumpre asseverar, desde já, que a Constituição é o marco desse processo que encontra-se em desenvolvimento até os dias atuais.

A Carta de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias fundamentais. O compromisso brasileiro com a dignidade da pessoa humana é firmado já no artigo 1º da Constituição Federal e a quantidade de direitos fundamentais assegurados em seu artigo 5º denota a preocupação do constituinte com a questão. A Carta Magna é acompanhada pela ratificação de diversos documentos internacionais versando sobre direitos humanos, mormente a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre outros.

Outrossim, são reafirmados constitucionalmente os limites do Estado, cujos fundamentos de existência da República Federativa do Brasil passam a ser calcados na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

e no pluralismo político (BRASIL, 1988). Ademais, consolida-se o ideário da separação dos poderes e do respeito a princípios como o da legalidade, da intervenção mínima, da humanidade, da culpabilidade, dentre outros tantos.

Desta feita, a nova ordem constitucional passa a compatibilizar-se com as premissas teóricas do *constitucionalismo garantista* de Ferrajoli, cujo modelo normativo do Direito é baseado em pressupostos teóricos garantidores de Direitos Fundamentais e delimitadores de um sistema de limites aos poderes do Estado.

Sob esse prisma, a Constituição brasileira, oriunda da vontade do povo, concebidas a partir da Assembleia Constituinte, materializa os anseios da sociedade pelo respeito aos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, firma normas relativas aos limites e propósitos do próprio Estado, o que serve de norte para a continuidade do processo no sentido de assegurar e ampliar os direitos conquistados. Consubstancia-se, assim, os pressupostos fático-jurídicos necessários à reflexão de questões essenciais à sociedade a partir dos paradigmas teóricos do modelo constitucionalista ferrajoliano.

Figurando no centro do ordenamento jurídico, a Constituição irradia efeitos a todo o ordenamento jurídico, não sendo, assim, diferente com relação os ramos do direito que estabelecem as premissas do poder punitivo estatal. Especialmente por ser, o Direito Penal, o campo jurídico que dispõem (e está à disposição do Estado) os instrumentos de controle social mais gravosos, este prisma do direito carece de notável atenção.

Ferrajoli também expende suas contribuições a esta seara, formulando as premissas jurídicas do que ele denominou de *garantismo penal*. Nessa senda, o esquema epistemológico de Ferrajoli (2002, p. 30) em torno da busca por garantir “o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade”.

O modelo-limite, intitulado por Ferrajoli de *garantismo penal*, é consolidado por dez princípios axiológicos fundamentais, os quais o teórico assim denominou:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
 - 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
 - 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
 - 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
 - 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
 - 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
 - 7) princípio da jurisdicionabilidade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
 - 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
 - 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;
 - 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.
- (FERRAJOLI, 2002, p. 75)

No que concerne ao direito pátrio, os axiomas de Ferrajoli (2002) encontram correspondência nos princípios penais e processuais penais constitucionalmente estabelecidos, sendo estes também concebidos pela doutrina pátria⁵ como preceitos limitadores do poder punitivo estatal e asseguradores da supremacia dos direitos fundamentais frente ao Estado.

O controle social exercido pelo Estado através do Direito Penal é marcado pelo cerceamento da liberdade dos indivíduos, relevando-se a forma mais infringente de direitos fundamentais dos cidadãos estatalmente reconhecida. Assim, a questão da legitimidade do Direito Penal, segundo Ferrajoli (2002, p. 200), “é, em boa parte, o problema da legitimidade do próprio Estado enquanto monopólio organizado da força”, a qual pode ser subdividida em três pontos nevrálgicos: (i) a justificação generalizada do direito de punir; (ii) a justificação dos eventos classificados como delitos; e (iii) a justificação do processo penal.

Este estudo, por seu turno, se atem às questões relativas ao processo penal, cujos princípios respondem as perguntas orientadoras formuladas pelo teórico italiano, “quando” e “como julgar”. As garantias elencadas por Ferrajoli (2002, p. 432) – “a presunção de inocência até prova em contrário, a separação entre juiz e acusação, o ônus acusatório da prova e o direito do acusado à defesa” – foram também consagradas no ordenamento constitucional pátrio e juntas conformam o que se denomina de devido processo legal.

O devido processo legal é expressamente consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, LIV, do qual decorre a exigência voltada ao Estado de que o exercício do seu direito de punir deva ser pautado no respeito dos direitos fundamentais assegurados a todos os envolvidos, para que, somente assim, se alcance um resultado justo.

É nesse sentido que o princípio da ampla defesa ganha especial relevo, ponto mais específico deste trabalho. O direito de defesa, no qual se inclui o direito de defesa técnica (promovida pelo advogado) e a autodefesa (promovida pelo próprio acusado), é reforçado pelo estabelecimento do devido processo legal. A faculdade de autodefesa, por seu turno, pode ser exercida pelo acusado de forma positiva (direito de presença e de audiência) ou negativa (direito ao silêncio).

Consoante aos ditames do décimo axioma postulado por Ferrajoli, *nulla probatio sine defensione*, não há que se falar em prova da verdade processual sem que se assegure o direito de defesa ao acusado.

A doutrina pátria diverge quanto ao alcance do direito de defesa durante a persecução penal, tendo em vista que o sistema brasileiro contempla uma fase processual (presidida pelo

⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008. LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processual penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016.

Poder Judiciário) e uma fase pré-processual (presidida pelo Delegado de Polícia). Há quem sustente, como é o caso de Tornaghi (1997), que este direito, em sua forma mais completa, direito à ampla defesa, somente estaria resguardado na fase processual, não se estendendo à fase pré-processual, uma vez que o inquérito policial é etapa meramente apuratória. Sustentando posição oposta, doutrinadores como Fernandes (2002) asseveram que não mais se pode negar a incidência do direito de defesa nesta fase preliminar.

Ressalta-se que nova ordem constitucional brasileira impõe que a adoção da interpretação que mais amplie direitos fundamentais a todos os indivíduos. Diante desta inafastável ilação, estes autores filiam-se à corrente que defende não ser mais sustentável o argumento que apregoa que a ampla defesa somente é garantida na fase processual, devendo, pois, ser estendida aos “acusados em geral”, incluindo o indiciado, sujeito do inquérito policial, procedimento pré-processual (TUCCI, 2011).

O que se pretende de fato demonstrar é que o direito de defesa, seja este exercido através de defesa técnica ou da autodefesa, é um direito inafastável do interrogado, mas não uma obrigação a ser imposta a ele. Não se descuida que ao Delegado de Polícia é imposto o dever de informação ao interrogado de seus direitos constitucionais, dentre os quais o de ser assistido por advogado e permanecer em silêncio, bem como o direito de assegurar a efetividade destes.

Assim sendo, uma vez indicado advogado, cabe à autoridade policial garantir ao interrogado a devida assistência, comunicando-lhe a indicação e garantindo o direito de entrevista prévia. Todavia, discorda-se de que ao interrogado deve-se negar o direito de dispensar o patrono e optar por ser ouvido. Da mesma forma, manifestado pelo interrogado interesse de permanecer em silêncio, deve a autoridade policial respeitar seu direito constitucional. Em última análise, o que se pretende sustentar é que ao Delegado de Polícia cumpre o papel de assegurar e promover os direitos fundamentais do investigado.

Com efeito, atendendo às normas estabelecidas constitucionalmente e em Tratados Internacionais sobre Direito Humanos, a que o Brasil é signatário, o ordenamento processual penal contempla, em diversos dispositivos, regras sobre o direito de silêncio do imputado. A fim de efetivar o direito de permanecer calado, veda-se, assim, qualquer interpretação extraída desta opção feita pelo sujeito que cause prejuízo à defesa, especialmente, a inferência de confissão. Cumpre consignar que a atuação da autoridade policial também assim deve se pautar.

Convém notar, outrossim, que, para além de garantir o direito de defesa negativo também são estabelecidas normas garantidoras do exercício do direito de defesa ativo, ou seja,

resguarda-se ao interrogado o direito de falar e ser ouvido, quando poderá, inclusive, indicar provas daquilo que afirma (LOPES JR., 2019).

Por essas sumárias razões, entende-se que a autoridade policial poderá (ou, ainda, deverá) oportunizar ao suspeito da prática delitiva o direito de ser ouvido antes da finalização do Auto de Prisão em Flagrante. Assegura-se assim sua oportunidade de contraditar as imputações, dessa forma, promovendo de forma mais ampla o direito fundamental à defesa em sua vertente positiva, garantindo também o direito do investigado de confluir ativamente no processo de formação do juízo de convicção da autoridade policial.

O jurista italiano enfrenta a questão atinente à assistência do advogado como direito e não como obrigação, como se sustenta neste trabalho, pontuando que:

Naturalmente, “defesa técnica obrigatória” não quer dizer que a assistência de um advogado dotado de capacidade profissional é uma obrigação para o imputado, e sim que é um direito seu, a que ele pode livremente renunciar, restando firme a obrigação do Estado de assegurá-la gratuitamente se o imputado não puder pagar. (FERRAJOLI, 2002, p. 491)

Contextualizando o assunto, Ferrajoli esclarece que, na Itália, a ideia do direito de defesa como obrigação e não apenas como direito nasceu de decisões judiciais oriundas de Cortes italianas⁶, as quais encamparam esta conclusão a partir da interpretação literal de alguns dispositivos. Sustentando posição diversa, Ferrajoli desenvolve sua interpretação jurídica a partir do arcabouço legislativo que originou as referidas decisões:

A mim parece que a concessão da “defesa” como funcional (também) a um interesse público supraordenado ao do imputado, além de desnaturar em sentido paternalista e autoritário a garantia de defesa, colide com o art. 24, caput, da Constituição, que a qualifica ao contrário como “direito” inviolável; e é ademais contraditada pelo art. 3, letra c, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ratificada pela Lei 848, de 04.08.1955, a qual reconhece ao imputado o “direito” à alternativa entre “defender-se por si ou ter um defensor de sua escolha”. (FERRAJOLI, 2002, p. 548)

Ademais, assevera o teórico que, naquele contexto, esta interpretação foi acompanhada pela ideia (com a qual ele não se filia) de que o direito de defesa não é somente uma garantia do imputado, mas também do ordenamento, sendo tal construção fundamentada nos mais variados argumentos decorrentes do jogo de palavras “direito de defesa” e “garantia de defesa” (FERRAJOLI, 2002).

3 O interrogado como sujeito de direitos

⁶ “Corte d'Assisi de Turim (ord. 09.06.1976) e de Nápoles (ord. 29.11.1976)” (FERRAJOLI, 2002)

A legislação brasileira preexistente deve ser compatibilizada frente à nova ordem jurídica constitucional, como é o caso do Código de Processo Penal, datado de 1941, devendo passar pelo processo de filtragem constitucional⁷. Além disso, o legislador editou diversas outras leis infraconstitucionais visando ampliar o rol de direitos fundamentais e efetivar aqueles que tiveram seus contornos desenhados pela Constituição de 1988.

Em relação às normas que tangenciam o sujeito interrogado não foi diferente, seguidos dispositivos foram editados ou conformados. *In casu*, a Lei nº 10.792/03, regulamentou a presença do defensor, nomeado ou constituído, durante as fases do interrogatório. Além disso, assegurou ao advogado, dentre outros pontos, o direito à prévia entrevista com o acusado (BRASIL, 2003).

Já neste momento, os estudiosos do direito discutiam sobre a obrigatoriedade da presença do advogado quando do interrogatório em sede policial. Para parte da doutrina, como sustenta Lopes (2009), a partir da nova sistemática imposta pela Lei nº 10.792/03 a assistência do defensor é obrigatória para o ato. Apesar desse posicionamento, faz-se necessário advertir que parte da doutrina seguiu sustentando que a presença do advogado no interrogatório policial é possível, mas não obrigatória (GRINOVER, FERNANDES e GOMES FILHO, 2004).

Por seu turno, a Lei nº 11.449/07 sublinhou a obrigatoriedade de comunicação da prisão ao magistrado e à família do preso ou a pessoa por ele indicada, além de estabelecer o prazo de vinte e quatro horas para a lavratura do auto de prisão em flagrante e a sua consequente remessa ao juiz competente (BRASIL, 2007).

Passado o tempo, foram editadas outras leis, como a Lei nº 13.245/16, a qual alterou as disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados (OAB), passando a prever, expressamente, como direito do advogado “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações” (BRASIL, 2016). A referida lei reacendeu as discussões acerca da obrigatoriedade do advogado acompanhar o indiciado em sede de interrogatório policial e das eventuais consequências advindas de sua ausência.

A temática chegou a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, quando, em sede de decisão proferida na petição 7.612 DF, o senhor Ministro Edson Fachin (relator) afirmou:

⁷SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104: “denota a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva material e formal e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo a cada momento da aplicação do direito, uma releitura e atualização de suas normas”.

A determinação legislativa não imprime à autoridade policial a incumbência de trazer a defesa técnica para o seio da investigação criminal, tampouco impõe-lhe a obrigatoriedade de participação nas apurações, mas, em verdade, de não criar óbice a que o advogado preste assistência ao investigado na colheita de depoimentos quando patente e expreso tal interesse, que pode ser evidentemente concretizado com a apresentação de razões e quesitos (STF, 2019, on-line).

Imersa nesse contexto de inovações legislativas democráticas, a superada Lei nº 4.898/65 (que dispunha sobre os crimes de abuso de autoridade) ainda guardava relação com período controverso de nossa história, a ditadura militar, marcado pelo cerceamento de direitos e autoritarismo político. Somente em 2019, fora editada a Lei nº 13.869/19, objeto mais específico deste estudo, a qual, substituindo a anterior, apesar de não alterar as disposições do CPP, tampouco do Estatuto da OAB, amplia, em muito, o espectro de condutas relacionadas à persecução penal tipificadas como abuso de autoridade. Portanto, sob o prisma da nova ordem constitucional, esta legislação deve ser apontada como um inegável avanço frente as formas de efetivar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e de estabelecer limites ao poder de punir do Estado.

Como já se asseverou a Carta Cidadã apenas marcou o início do processo de redemocratização, cujos objetivos da nova ordem constitucional devem ser continuamente perseguidos. Observa-se ainda, não raras vezes, que abusos são cometidos por agentes públicos, que ao alvedrio da ordem democrática continuam adotando condutas que afrontam os direitos fundamentais dos cidadãos.

Diante disso, a editada Lei nº 13.869/19 tipificou, como crime de abuso de autoridade, a conduta de proceder à oitiva daquele que se encontra com a liberdade cerceada no período noturno (BRASIL, 2019). Ressalva-se, contudo, que, aparentemente, a legislação contempla duas exceções, quando seria permitida a oitiva do preso durante o período noturno: (i) quando capturado em flagrante, o indiciado for apresentado à autoridade policial; (ii) quando o preso, devidamente assistido, consentir em prestar declarações.

O procedimento de oitiva do acusado, denominado de interrogatório, é pormenorizado no Capítulo III do Código de Processo Penal (CPP), cujo regramento legal é disposto nos arts. 185 a 196. A lei adjetiva estabelece as regras que devem ser cumpridas pela autoridade judiciária quando da arguição do acusado.

Determina o Código que o acusado será interrogado na presença de seu defensor, sendo garantida a ele prévia e reservada entrevista com seu patrono (BRASIL, 1941).

O procedimento é composto por duas partes distintas. Em um primeiro momento, oportuniza-se a ele expender sobre seu local de residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez. Em seguida, a próxima etapa será reservada à exposição dos fatos por parte do interrogado, momento que em ele poderá apresentar sua versão, negando ou assumir a autoria dos fatos, ou, ainda, quedar-se em silêncio (BRASIL, 1941).

Quanto às respostas atinentes a sua qualificação, extrai-se da interpretação também do art. 186 do CPP que o interrogado não pode se calar, tampouco faltar com a verdade, entendimento este agasalhado pelos Tribunais Superiores⁸. Posteriormente, deverá o interrogado ser cientificado do inteiro teor das acusações imputadas a ele, informado de seus direitos constitucionais, dentre os quais ganha especial relevo o direito de defesa (autodefesa e defesa técnica), para, então, somente assim, dar-se início à inquirição (BRASIL, 1941).

Estudiosos passaram a se debruçar sobre procedimento de oitiva do acusado, discutindo acerca da natureza jurídica do interrogatório. A doutrina não chegou a um consenso, oscilando, em apertada sínteses, entre constituir-se este (a) meio de prova, (b) meio de defesa e (c) natureza híbrida, meio de prova e meio de defesa.

Autores como Marques (1997) sustentam que o interrogatório deve ser compreendido como meio de prova, argumentando que o procedimento está inserido no Título VII do Código de Processo Penal, destinado ao regramento das provas processual penais, inferindo da posição topográfica do instituto sua natureza. Noutra giro, aqueles que defendem ser o interrogatório um meio de defesa, ganham especial reforço argumentativo com a reforma processual promovida em 2008 pelas Leis nº 11.719/08 e nº 11.689/08, uma vez que determinou-se a realização do interrogatório ao final da instrução probatória. Assim como Fernandes (2002), parte da doutrina sustenta que o direito de dar sua versão sobre os fatos está intimamente relacionado com o direito de audiência, desdobramento do direito de autodefesa, constituindo-se assim um meio de defesa. Por derradeiro, existem aqueles que ponderam, como Nucci (1999), sustentando posição intermediária de que o procedimento constitui tanto um ato de defesa, quanto se qualifica como meio de prova, especialmente, no que concerne à possibilidade de contraditar as acusações imputadas ao réu.

Retomando a legislação, o Código de Processo Penal estabelece que interrogatório policial obedecerá os moldes do interrogatório judicial, ressalvando, contudo, suas

⁸ Entendimento consolidado no julgamento do RE 640139 proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli (STF, 2011, on-line)

especificidades ligadas especialmente ao fato de ser o inquérito policial procedimento pré-processual, quando ainda não há estabelecida a dialética das partes, como apregoa o art. 6º, V, do CPP.

A pessoa investigada, em sede de inquérito policial, poderá ser apontada como autor, coautor ou partícipe de conduta criminosa, cuja formalização se dá com o indiciamento. O ato privativo⁹ do Delegado de Polícia pode se dar (i) no início das investigações quando o envolvido tem sua prisão em flagrante ratificada pela autoridade policial; (ii) no curso das diligências policiais que compõe o procedimento policial, quando o Delegado de Polícia considerar suficientes os elementos indiciários que já possui; ou ainda (iii) ao final do procedimento, quando a investigação nesse sentido concluir.

Quando à autoridade policial é apresentado alguém capturado em flagrante pela suspeita de prática de delitiva, impõe-se ao Delegado de Polícia o proceder à avaliação dos fatos e a fundamentação da decisão tomada. Neste momento, este aplicador do direito é impelido a tomar a decisão de ratificar ou não a prisão do indivíduo, cuja conclusão poderá levá-lo ou não ao cárcere. Dessa forma, a formação do seu juízo de convicção deve ser embasado no conhecimento mais amplo quanto possível da situação fática e formalizado com a exposição dos motivos que o levaram a esta conclusão.

Não se descuida que este momento ainda é incipiente, ademais, no curso da investigação criminal, ainda serão desenvolvidas outras tantas diligências visando a melhor apuração dos fatos. Contudo, não se pode negar a relevância deste momento, já que a decisão tomada pela autoridade policial poderá atingir mais ou menos na esfera de direitos fundamentais do suspeito, de acordo com o entendimento firmado.

A persecução penal brasileira, fundamentada no instrumentalidade garantista do processo penal, se desenvolve por dois momentos distintos – um pré-processual e um processual. A investigação preliminar, formalizada no inquérito policial, consubstancia este primeiro momento. Sob esse prisma, Lopes Jr. (2001, p. 41) sistematiza os fundamentos de existência da investigação preliminar em três pilares: “busca do fato oculto, salvaguarda da sociedade e evitar acusações infundadas”.

Com efeito, a investigação preliminar justifica-se pela correlação inversamente proporcional que estabelece com a criminalidade oculta, qual seja, quanto maior sua eficácia em descobrir o fato oculto, menor se tornam os índices de *criminal case mortality*. Além disso,

⁹ Consoante redação do art. 1º, § 6º, da Lei nº 12.830/13, “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias” (BRASIL, 2013).

a atuação preliminar da Polícia Judiciária justificar-se devido a necessidade de assegurar a tranquilidade e a estabilidade social, servindo de estímulo negativo a outras eventuais práticas delitivas. Por fim, a investigação preliminar, funcionando como verdadeiro filtro processual, justifica-se pelo filtro que exerce contra acusações infundadas.

A nosso juízo, a função de evitar acusações infundadas é principal fundamento da instrução preliminar, pois em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar a sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, não menos grave e o mal causado por processar um inocente (LOPES JR., 2001, p. 47)

A vista do até aqui exposto, a oportunização do direito de ser ouvido ao suspeito, além de aperfeiçoar o filtro pré-processual a acusações infundadas, atendidos os reclames procedimentais constitucionais e infraconstitucionais, serve como forma de promover direitos fundamentais, especialmente no que concerte ao direito à autodefesa. O Delegado de Polícia funciona, assim, como o primeiro garantidor de direitos fundamentais.

Frisa-se, por oportuno, que necessário se faz refletir sobre os desdobramentos decorrentes da edição da Lei nº 13.869/19, especialmente, aqueles decorrentes da disposição estampada em seu art. 18. Preceitua o referido artigo que configura crime de abuso de autoridade “Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações” (BRASIL, 2019).

A legislação é ainda recente, contudo, a doutrina tem apontado para a não obrigatoriedade da assistência do advogado em sede de interrogatório, inclusive noturno, quando a autoridade policial estiver diante de indiciado preso em flagrante. Nesse sentido, enuncia Lima (2020, p. 190), “em se tratando de prisão em flagrante, o interrogatório pode ser realizado a qualquer momento, seja durante o dia, seja durante a noite”. Outrossim, somando-se aos que assim entendem, Nucci (2020, p. 26) assevera que a nova Lei de Abuso de Autoridade excepciona “quem foi preso em flagrante durante a noite”. Não obstante, certamente reacende as discussões acerca da obrigatoriedade de presença do patrono como condição de oitiva do interrogado.

Delinea-se oportuno assentar que não se ignora o fato de que a atuação policial é ainda marcada pelos idos anos do regime militar. Ademais, a ditadura deixou suas marcas na sociedade e segue como uma sombra sempre presente no cotidiano brasileiro. Outrossim, o interrogatório policial segue sendo lembrado por ter sido palco para o emprego de técnicas de tortura, como o afagamento, a cadeira elétrica, o “pau de arara”, dentre outros tantos

abomináveis métodos. Ainda, não se desconhece que o procedimento é empregado, muitas vezes, ainda hoje, objetivando exclusivamente a confissão do acusado. Cumpre observar, contudo, que as práticas autoritárias antes legitimadas pelo Estado não são mais toleradas, ainda que mascaradas pela sutileza.

Quanto a esse aspecto, merece destaque a questão da duração do interrogatório que, realizado durante longo espaço de tempo, sem intervalos, à noite, conduz o acusado à exaustão e à falta de serenidade para posicionar-se diante das perguntas formuladas, não deixando de caracterizar tais expedientes tortura ou, quando menos, tratamento desumano. (QUEIJO, 2017, posição 4369-4387)

Sem embargo de tudo o que já foi dito, é mister que se esclareça que também as polícias passam pelo processo de democratização. O Estado também passou a preocupar-se com a questão, especialmente no tocante a profissionalização das organizações, ocupando-se, por exemplo, de formular matrizes curriculares para a formação profissional na área da Segurança Pública. Especificamente no que tange a autoridade policial, presidente do inquérito policial, tem-se a reformulação do cargo de Delegado de Polícia, para o qual passa-se a exigir-se o bacharelado em Direito, consectário lógico da natureza jurídica de sua atuação. Para além de um tratamento protocolar a Lei nº 12.830/13 dispõe sobre as peculiaridades deste primeiro aplicação do direito no curso da persecução penal.

Retomando a temática, não se perdendo de vista a questão da violência policial, a inovação legislativa promovida pela Lei de Abuso de Autoridade tipifica a conduta de proceder ao interrogatório do preso no período noturno. A limitação temporal é certamente importante já que no período noturno há menor vigilância por parte dos órgãos estatais e por parte da sociedade como um todo, inclusive no que se refere à forma de atuação policial.

À primeira vista, a legislação contempla duas exceções, quando então seria permitida a oitiva do preso durante o período noturno: (i) quando capturado em flagrante, o indiciado for apresentado à autoridade policial; (ii) quando o preso, devidamente assistido, consentir em prestar declarações.

Certamente haverá estudiosos que sustentarão que a presença do advogado no interrogatório é obrigatória em qualquer hipótese, ainda que partindo-se de uma interpretação literal da norma reste clara a permissão de seu oitiva quando capturado em flagrante ainda que desassistido. É possível que se sustente que a recém editada lei ainda não tenha se conformado integralmente com a ordem constitucional democrática, reclamando, pois, a sua submissão aos filtros constitucionais.

Noutro giro, entende-se também ser possível sustentar que a limitação temporal somente se aplica às outras espécies de prisão que não a prisão em flagrante – temporária, preventiva ou

pena – uma vez que, nestes casos, já existe decisão fundamentada para o cerceamento da liberdade do indivíduo. Sustentar a vedação do direito de ser ouvido ao preso em flagrante no período noturno seria limitar seu direito de influir ativamente no processo decisório da autoridade policial somente em razão do horário de sua captura.

4 Estudo de caso

A partir da realização de estudo de caso, busca-se observar *in loco* como o fenômeno que se pretende compreender se desenvolve no tempo e no espaço, além de identificar características (detalhes) sobre as situações que, de outro modo, não poderiam ser captadas apenas com a revisão teórica sobre o assunto. Neste formato de “estudo exploratório”, desenvolve-se uma verdadeira caçada às informações que possam eventualmente trazer entendimento sobre um cenário, bem como balizar novos estudos (VIEIRA; HOSSNE, 2015).

Este estudo ocupou-se de observar, durante o período de janeiro de 2021, o cotidiano de uma unidade policial, a Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento de Canoas (Rio Grande do Sul), a qual funciona em regime de plantão, identificar as situações que resultaram na produção de Autos de Prisão em Flagrante, cujo indiciado fora capturado durante o período noturno. Ou seja, procurou-se verificar as situações que, eventualmente, possam correlacionar-se com desdobramentos decorrentes da interpretação do disposto no artigo 18 da Lei de Abuso de Autoridade.

Durante o período sob análise, janeiro de 2021, foram lavrados 137 (cento e trinta e sete) Autos de Prisão em Flagrante na unidade policial em estudo, a Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento de Canoas, Rio Grande do Sul. Destaca-se que a lavratura do procedimento policial se dá a partir da decisão fundamentada das autoridades policiais que estão trabalhando sob o regime de plantão no momento de apresentação do capturado.

Uma vez que este estudo se concentra na análise dos procedimentos realizados durante o período noturno, estabelece-se que este corresponde ao lapso temporal compreendido entre 21h (vinte e uma horas) de um dia até às 5h (cinco horas) do dia seguinte, fixa-se este marco temporal a partir da interpretação sistemática da própria Lei de Abuso de Autoridade, a qual estatui este período como o vedado para fins de cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar. Desse modo, dos 137 (cento e trinta e sete) procedimentos, 58 (cinquenta e oito) foram formalizados durante o período noturno. Como premissas metodológicas, considera-se que a formalização do procedimento inicia-se na data e no horário da comunicação realizada pelo condutor do suspeito capturado em flagrante, finalizando-se com a última peça confeccionada.

Observou-se todos os procedimentos formalizados durante o período noturno, encontrando-se 65 (sessenta e cinco) indiciados como autores coautores ou partícipes de prática delitiva. Destes, 05 (cinco) indiciados não foram ouvidos, pois estavam de alguma forma impossibilitados de se comunicar, seja por estar hospitalizado, seja devido seu estado de embriaguez. Os outros 60 (sessenta) foram informados seus direitos constitucionais, dentro os quais o de permanecer em silêncio e o de constituir advogado, cujo esclarecimento foi formalizado nos autos.

Dos 60 (sessenta) indiciados, 07 (sete) indicaram advogado para assisti-los no procedimento. Destes 07 (sete) indiciados assistidos por advogado, 05 (cinco) optaram por prestar esclarecimentos, dos quais somente 01 (um) assumiu a autoria do delito. Salienta-se que dentre os 04 (quatro) interrogados que contraditaram as imputações que recaíam sobre eles, 02 (dois) ainda denunciaram ter sofrido violência por parte dos policiais militares que lhes abordaram.

Por seu turno, 53 (cinquenta e três) indiciados não constituíram advogado para acompanhar a lavratura do procedimento. Destes, 44 (quarenta e quatro) manifestaram o direito de permanecer em silêncio. Ao passo que 09 (nove) indiciados, cientificados de seus direitos constitucionais, não indicaram advogado, mas prestaram algum tipo de esclarecimento sobre as imputações recaídas sobre eles.

Cumprido esclarecer que, consoante determina o Código de Processo Penal, finalizado procedimento, a autoridade policial deverá remeter o Auto de Prisão em Flagrante ao Poder Judiciário no prazo de vinte e quatro horas, a contar da prisão do indiciado. Por seu turno, recebido procedimento o juiz deverá proceder à audiência de custódia, quando o magistrado deverá decidir quanto à legalidade da prisão e quanto à necessidade da decretação de medidas cautelares eventualmente representadas pela autoridade policial. Desta feita, da avaliação da prisão, o juiz poderá (i) homologar o flagrante, quando entender que os procedimentos legais foram respeitados, concedendo ou não medidas cautelares; (ii) não homologar o flagrante e, por conseguinte, relaxar a prisão do indiciado, quando entender que os procedimentos legais não foram respeitados.

Foram analisados 08 (oito) dos 09 (nove) Autos de Prisão em Flagrante em que os indiciados não constituíram defensor para o ato e, ainda assim, prestaram esclarecimentos sobre os fatos, durante o período noturno, 01 (um) deles foi processado sob sigilo de justiça. Assim, dos 08 (oito) inquéritos analisados, 06 (seis) foram homologados pelo Poder Judiciário e 02 (dois) tiveram a ilegalidade reconhecida.

Da análise destes procedimentos não homologados, destaca-se a decisão proferida pelo magistrado plantonista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no bojo do inquérito nº 5000324-84.2021.8.21.0008/RS. Ao proferir despacho analisando a legalidade do Auto de Prisão em Flagrante, adotou o entendimento no sentido de que interrogatório policial somente poderia ser realizado se o autor estivesse devidamente assistido e consentisse em prestar declarações.

Contrariamente ao apregoado, outro magistrado da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sapucaia do Sul agasalhou entendimento diverso, nesse sentido, relaciona-se a decisão de homologação do flagrante emanada no bojo do inquérito nº 5000376-96.2021.8.21.0035/RS, no qual o indiciado fora interrogado, sem defensor constituído, em procedimento que iniciou-se às 01:02 do 25 de janeiro de 2021, sem que tal fato tenha sido apontado como causa de ilegalidades.

5 Considerações Finais

A realização da presente pesquisa, que empregou o método bibliográfico e o empírico (de estudo de caso), permitiu responder à questão atinente ao interrogatório policial como momento oportuno para o interrogado exercer seu direito de defesa.

Ressaltou-se que os esforços para compreensão e uniformização do tema são recentes e demandam tempo, além de análise profunda das previsões legais sob ótica da Constituição Federal, dos princípios fundamentais e das normas de Direito Internacional das quais o Brasil se obrigou em atender. Ocupou-se por analisar a questão sob a ótica do constitucionalismo garantista de Ferrajoli, demonstrando que o direito de defesa é antes de tudo uma faculdade que deve ser assegurada ao indiciado.

Revelou-se que vedar à autoridade policial a possibilidade de conceder ao indiciado o direito de ser ouvido poderia implicar em decisões calcadas em parte dos fatos, uma vez que se juízo de convicção ficaria vinculado apenas ao depoimento do policial responsável pela prisão.

Não se descuidou dos argumentos teóricos em sentido contrário, outrossim observou-se que a divergência e a insegurança jurídica ganham ainda mais destaque pelos resultados da pesquisa e da análise de caso, em que na mesma comarca juízes adotam decisões distintas. Isto é, determinados magistrados consideram o interrogatório noturno do preso em flagrante válido, mesmo que sem assistência de advogado, enquanto que outros juízes não homologam o respectivo auto.

Nesse sentido, verificou-se que determinadas autoridades judiciais, especificamente da comarca de Canoas/RS, têm relaxado autos de prisão em flagrante em que o interrogatório do investigado é efetuado no período noturno, sem a indicação de defensor constituído.

Ante o exposto, por essas sumárias razões, sem a pretensão de se esgotar o debate, até mesmo pela atualidade e ausência de jurisprudência consolidada acerca da divergência, temos que a norma em comento indica afetar sobremaneira o interrogado, no que tange seu direito de defesa. Ademais, a vedação do direito de ser ouvido em razão da ausência de advogado no interrogatório noturno denota trazer mais prejuízo à defesa do investigado, desde que com a preservação de seus direitos fundamentais.

Referências

BARROSO, L. R. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 240, p. 1–42, 2005. DOI: 10.12660/rda.v240.2005.43618. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 2 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm#art810. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965**. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade (Revogado pela Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019) Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14898.htm. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm. Acesso em 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm. Acesso em 30 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm. Acesso em 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019**. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade [...] Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Petição 7.612/DF**. Relator: Min. Edson Fachin. Distrito Federal, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042346>. Acesso em: 17 de jun. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 640139/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli, 22 de setembro de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311629455/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-640139-df-distrito-federal>. Acesso em 29 de set. de 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. **Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019 comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2019.

EL DEBS, Aline Iacovelo. **Natureza jurídica do interrogatório**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3123>>. Acesso em: 10 de jun. de 2021.

FERNANDES, Antônio Scarance. **A reação Defensiva à Imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FONTENELE, Vivian Tavares. **A Nova Lei de Abuso de Autoridade e suas principais alterações**. Master Juris, 08 de nov. de 2020. Disponível em: < <https://masterjuris.com.br/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-e-suas-principais-alteracoes/> > Acesso em: 10 de jun. de 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2000.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O defensor e a prisão em flagrante delito**. R. SJRJ, Rio de Janeiro, n. 22, p.81-92, 2008. Disponível em:

<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/dos_defensor_e_prisao_flagrante_delito.pdf> Acesso em: 10 jun. 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **A nova lei de abuso de autoridade (Lei 13.869/19) e os limites ao interrogatório policial do preso durante o período noturno**. Teresina, Jus Navigandi, 29 nov. 2019. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/78104>>

LIMA, Renato Brasileiro. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. **Código de Processo Penal comentado**. Salvador: JusPODIVM, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processual penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação preliminar**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal – Vol. I**. Campinas: Bookseller, 1997.

MESQUITA NETO, Paulo. **Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle**. In: CIDADANIA, justiça e violência/ Organizadores Dulce Pandolfi [et al]. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999. p.130-148

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais Penais comentadas: volume 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Edição Kindle.

VIEIRA, S.; HOSSNE, W. S. **Metodologia Científica para a Área da Saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2015.

SAMPAIO, S. A. C. T. **A importância da metodologia da pesquisa para a produção de conhecimento científico nos cursos de pós-graduação: a singularidade textual dos trabalhos científicos jurídicos**. Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade

Federal da Bahia, n. 25, p. 230-249, 2013. Disponível em <<https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12368>> Acesso em 11 de jun. de 2021.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 02 de out. de 2021.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional:** construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2008.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 1997.