

ACADEMIA DE POLÍCIA
“Dr. Coriolano Nogueira Cobra”

Nova Lei de Abuso de Autoridade **(Lei 13.869/2019)**



Diretrizes de atuação de **Polícia Judiciária**



Marcelo de Lima Lessa
Rafael Francisco Marcondes de Moraes
Benedito Ignácio Giudice



POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO

NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI 13.869/2019):

Diretrizes de atuação de Polícia Judiciária



ACADEMIA DE POLÍCIA
“Dr. Coriolano Nogueira Cobra”

Copyright © Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra” (ACADEPOL) 2020

Direitos morais reservados aos autores, direitos patrimoniais cedidos com exclusividade à Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra” (ACADEPOL).

Proibida a duplicação, captação, distribuição ou a reprodução total ou parcial desta obra sem prévia autorização do detentor dos direitos autorais
(Lei 9610/98).

LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; GIUDICE, Benedito Ignácio. Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019): diretrizes de atuação de Polícia Judiciária. São Paulo: Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, 2020.

Inclui Bibliografia.

1. Polícia Judiciária. 2. Abuso de Autoridade. 3. Investigação criminal. 4. Delegado de Polícia 5. Inquérito Policial. I. Academia de Polícia Dr. Coriolano Nogueira Cobra.

CDD 340

MARCELO DE LIMA LESSA

RAFAEL FRANCISCO MARCONDES DE MORAES

BENEDITO IGNÁCIO GIUDICE

NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI 13.869/2019):

Diretrizes de atuação de Polícia Judiciária

SÃO PAULO

ACADEPOL

2020

APRESENTAÇÃO

Esta Academia de Polícia, atenta às recentes inovações legislativas e seus aspectos pragmáticos, notadamente aquelas com repercussão no desempenho das atividades de Polícia Judiciária, tem incentivado a pesquisa e a produção acadêmica, tanto pela publicação do periódico "Arquivos da Polícia Civil: revista tecno-científica", cuja última edição trata-se do volume 56, quanto pela elaboração de livros.

Portanto, com o escopo de cumprir seu papel de Casa de Ensino, face à recente edição da Lei Federal nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, conhecida como a Nova Lei de Abuso de Autoridade, a qual alterou diversos diplomas legislativos, fomentou a edição desta obra, elaborada pelos Professores Marcelo de Lima Lessa, Rafael Francisco Marcondes de Moraes e Benedito Ignácio Giudice, docentes desta Academia de Polícia e representantes de distintas gerações, com experiências profissionais e acadêmicas diferenciadas e complementares, fatores que ensejaram uma rica e variada perspectiva sobre as repercussões da nova disciplina legal.

Trata-se de trabalho fruto de estudos e debates dos quais os autores participaram com dedicação, merecendo destaque para o Seminário "Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade", promovido por esta Academia de Polícia, o qual foi realizado por meio de palestras ministradas pelos autores após a publicação da novel legislação, que resultou também na aprovação de súmulas com entendimentos sobre os tópicos mais afetos à investigação policial.

Ademais, há que se ressaltar a importância deste livro, pois mencionada lei estabeleceu novo marco para a atuação do Poder Público, em especial para as instituições de Polícia Judiciária nas áreas de Segurança Pública e Justiça Criminal.

O livro inicia com exposição de panorama geral da Lei nº 13.869/2019 e destaca aspectos sobre os sujeitos ativos e passivos, assim como acerca do elemento subjetivo, da ação penal, dos efeitos da condenação e das sanções civis, administrativas e penais.

De maneira segura, imprime visão constitucional à temática e acentua a incidência das garantias fundamentais na etapa extrajudicial do processo penal, espaço próprio da atividade de Polícia Judiciária, discorrendo sobre os tipos penais de maior interesse policial e as correlatas observações em cada tópico enfrentado, atento às posições da jurisprudência e da literatura jurídica.

Examina, por derradeiro, pontos da legislação modificados pela nova Lei, já atualizados com as alterações pertinentes promovidas pela também recente Lei Federal nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, derivada do denominado “Pacote Anticrime”, traçando diretrizes de atuação, tanto teóricas quanto pragmáticas, para as figuras penais e dispositivos abordados.

Em oportuno momento, diante da entrada em vigor da Nova Lei de Abuso de Autoridade, com satisfação, apresentamos a presente obra, para que sirva de orientação nos desafios e na consecução da investigação criminal com profissionalismo e qualidade, com absoluta e intransigente observância dos ditames constitucionais, notadamente do princípio da dignidade humana.

JÚLIO GUSTAVO VIEIRA GUEBERT
Delegado de Polícia
Diretor da Academia de Polícia

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
1. PANORAMA GERAL DA LEI Nº 13.869/2019	12
2. SUJEITOS ATIVOS.....	14
2.1 Agentes públicos com foro por prerrogativa de função	15
2.2 Atribuição investigatória criminal de abuso de autoridade praticado por policiais militares.....	17
3. SUJEITOS PASSIVOS.....	21
4. ELEMENTO SUBJETIVO.....	23
5. AÇÃO PENAL.....	26
6. EFEITOS DA CONDENAÇÃO.....	26
7. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.....	27
8. SANÇÕES CIVIS E ADMINISTRATIVAS.....	27
9. SANÇÕES CRIMINAIS.....	28
10. TIPOS PENAIIS DE INTERESSE POLICIAL.....	29
10.1. Decretação de medida privativa de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais e figuras equiparadas (art. 9º).....	29
10.1.1. Decretação de medida privativa de liberdade em desconformidade com a lei (art.9º, <i>caput</i>)	30
10.1.2 Figuras equiparadas e relaxamento da prisão em flagrante ..	39

10.2. Decretação de condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo (art. 10)	41
10.3. Omissão de comunicação de prisão à autoridade judiciária e outras condutas equiparadas (art. 12)	44
10.3.1. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal (art. 12, <i>caput</i>):.....	45
10.3.2. Deixar de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou (art. 12, p.u., inciso I).....	47
10.3.3. Deixar de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada (art. 12, p.u., inciso II).....	48
10.3.4. Deixar de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas (art. 12, p.u., inciso III).....	50
10.3.5. Prolongar a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal (art. 12, p.u., inciso IV).....	52
10.4. Atos de constrangimento ilícito a preso ou detento e condutas equiparadas (art. 13).....	54
10.4.1. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública (art. 13, I)..	54

___ 10.4.2. Submeter preso ou detento a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei (art. 13, II)	58
___ 10.4.3. Constranger preso ou detento a produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro (art. 13, III)	75
10.5. Constrangimento a depoimento de pessoa impedida e figuras equiparadas (art. 15).....	78
10.6. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso e figura equiparada (art. 16)	81
10.7. Submeter preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo em caso de flagrante ou, assistido, assim o consentir (art. 18).....	84
___ 10.7.1. Abrangência do vocábulo “preso”	84
___ 10.7.2. Limitação ao interrogatório de mérito	86
___ 10.7.3. Conteúdo do elemento normativo “repouso noturno”	88
___ 10.7.4. Interrogatório de mérito do preso em flagrante delito.....	89
___ 10.8. Impedimento ou retardamento injustificado de envio de pleito de preso à Autoridade Judicial (art. 19)	96
___ 10.9. Impedir, sem justa causa, entrevista pessoal e reservada de preso com seu advogado e condutas equiparadas (art. 20).....	97
___ 10.10. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento e condutas equiparadas (art. 21).....	100
___ 10.11. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, em imóvel alheio ou suas dependências e condutas equiparadas (art. 22).....	104

- ___ 10.12. Inovar artificiosamente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade e condutas equiparadas (art. 23)..... 108
- ___ 10.13. Constranger funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, para fins de fraude (art. 24) 109
- ___ 10.14. Obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito (art. 25) 112
- ___ 10.15. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa (art. 27). 122
- ___ 10.16. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado (art. 28) 126
- ___ 10.17. Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo, com o fim de prejudicar interesse de investigado (art. 29)..... 127
- ___ 10.18. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente (art. 30)..... 128
- ___ 10.19. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado e condutas equiparadas (art. 31) 131

10.20. Negar acesso ou aferição de cópia de autos de investigação (art. 32).....	134
10.21. Exigir informação ou cumprimento de obrigação sem amparo legal e conduta equiparada (art. 33)	141
10.21.1. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse amparo legal (art. 33, <i>caput</i>).....	114
2	
10.21.2. Figura equipada para quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido (art. 33, parágrafo único)	149
10.22. Antecipar atribuição de culpa antes da conclusão de apuração ou acusação (art. 38)	156
11. LEGISLAÇÃO ESPECIAL ALTERADA.....	164
11.1. Lei de Prisão Temporária.....	164
11.2. Lei de Interceptação Telefônica.....	165
11.3. Estatuto da Criança e do Adolescente	166
11.4. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil .	167
REFERÊNCIAS	170
ANEXO A - Súmulas aprovadas no Seminário Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019).....	175
ANEXO B - Resolução nº 2, de 8 de novembro de 2017, do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil (CONCPC).....	178

1 PANORAMA GERAL DA LEI Nº 13.869/2019

A Lei Federal nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, batizada “Nova Lei de Abuso de Autoridade”, cuida dos crimes de abuso de autoridade, em substituição à Lei nº 4.898/1965.

O novo diploma, com vigência a partir do dia 03 de janeiro de 2020 conforme seu artigo 45, que estabeleceu *vacatio legis* de 120 dias, contados na forma da Lei Complementar nº 95/1998 (art. 8º, § 1º), foi objeto de nova publicação em 27 de setembro de 2019, após veto presidencial de 19 de seus dispositivos e derrubada de 10 deles pelo Congresso Nacional.

Em suma, a Lei nº 13.869/2019 revogou a Lei nº 4.898/1965, que disciplinava as infrações de abuso de autoridade, assim como a majorante da violação de domicílio por funcionário público e o delito de abuso de poder antes previstos nos artigos 150, § 2º e 350 do Código Penal.

A Nova Lei de Abuso de Autoridade veicula 23 novas infrações penais em seu corpo e ainda insere o artigo 7º-B no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), criminalizando a violação de algumas prerrogativas advocatícias. Do total de 24 infrações penais criadas, 11 são de menor potencial ofensivo, porquanto a pena cominada não suplanta 2 anos (Lei nº 9.099/95, art. 61).

Ademais, o novo diploma legal promove alterações pontuais em algumas leis extravagantes.

Na Lei de Prisão Temporária (Lei nº 7.960/89), acrescenta o § 4º-A no artigo 2º, para que conste o período de duração da custódia cautelar no mandado prisional.

Já na Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/1996), modifica a redação do crime de interceptação ilícita do artigo 10, inserindo a escuta ambiental como objeto de reserva absoluta de jurisdição, a reclamar autorização judicial.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) também foi alterado pela nova lei, com acréscimo do artigo 227-A, de modo a condicionar efeitos da condenação à reincidência para crimes do ECA praticados com abuso de autoridade.

A Lei nº 13.869/2019 representa mais um diploma que intensifica a incidência das garantias processuais penais integrantes do “princípio-síntese” do devido processo legal¹ desde a etapa extrajudicial do processo penal materializada no inquérito policial, derivação intitulada “devida investigação legal”² ou “devida investigação criminal”³, superando rótulos obsoletos como “inquisitório” e “sigiloso” substituídos, respectivamente, por procedimento apuratório (com contraditório possível)⁴ e de publicidade

¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 39-40.

² BALDAN, Édson Luís. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.165.

³ COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 47-48.

⁴ CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. *Inquérito policial tem sido conceituado de forma equivocada*. Revista Consultor Jurídico, 21 fev.

restringível⁵, sob a premissa de que o desrespeito às cláusulas gerais do devido processo e da dignidade humana inviabiliza e macula a consecução da Justiça Criminal.

Interessante adiantar que a nova Lei de Abuso de Autoridade não criminaliza diretamente algumas condutas imbuídas de violência, sobretudo física ou psicológica, antes punidas pela ora revogada Lei nº 4.898/1965, as quais permanecem objeto de outras infrações penais, sobretudo do Código Penal (violência arbitrária, concussão, sequestro etc.) e da Lei de Tortura (Lei Federal nº 9.455/1997).

2 SUJEITOS ATIVOS

A nova Lei serve para o agente público, servidor ou não, mas que no exercício das suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído, consoante disposto em seu artigo 1º.

A Lei nº 13.869/2019 coíbe o abuso da autoridade, consistente no direito ou poder de se fazer obedecer⁶ conferido aos representantes do Estado que, como agentes da lei, são compromissados com a atuação nos limites outorgados pelo ordenamento e, para tanto, sujeitam-

2017; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 156-162.

⁵ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.205-210.

⁶ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p.226.

se à responsabilização diante do uso ilegítimo dos poderes (atribuições) que lhes são conferidos para o desempenho regular dos serviços públicos.

São sujeitos ativos dos novos delitos de abuso de autoridade quaisquer agentes públicos, servidores ou não, da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território, compreendendo, mas não se limitando, conforme elencado no artigo 2º do novel diploma: servidores públicos e militares ou pessoas a eles equiparadas; membros do Poder Legislativo; membros do Poder Executivo; membros do Poder Judiciário; membros do Ministério Público; membros dos tribunais ou conselhos de contas.

Logo, todo aquele que exercer, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função em órgão ou entidade acima mencionada, estará sujeito às penas dos crimes de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19, art. 2º, parágrafo único).

2.1 AGENTES PÚBLICOS COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Em que pese sinalizar um grande rol de agentes estatais, não se olvida que vários tipos penais da nova lei de abuso de autoridade concentram-se em atribuições legais das instituições de polícia judiciária, como já ocorria na Lei nº 4.898/1965 revogada, conquanto também veicule infrações penais que afetam outros agentes públicos, notadamente do Poder Judiciário.

Nesse contexto, importa recordar que, tratando-se de servidor público com foro por prerrogativa de função, conhecido como “foro privilegiado”, eventual suspeita de prática de abuso de autoridade será remetida ao órgão competente.

Na hipótese dos Juízes de Direito, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/1979), assim estabelece no parágrafo único de seu artigo 33:

Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Por sua vez, quanto aos agentes do órgão de acusação pública, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Federal nº 8.625/1993), prevê em seu artigo 41, parágrafo único:

Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Portanto, se a suspeita de cometimento de delito de abuso de autoridade recair sobre Autoridade Judicial, Agente Ministerial ou quaisquer outros servidores com foro por prerrogativa de função, o

expediente será direcionado ao órgão com atribuição para investigar os fatos⁷.

2.2 ATRIBUIÇÃO INVESTIGATÓRIA CRIMINAL DE ABUSO DE AUTORIDADE PRATICADO POR POLICIAIS MILITARES

A alteração promovida pela Lei Federal nº 13.491/2017 no Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/1969) acarretou opinião no sentido de entender ser competência da Justiça Militar Estadual e correlata atribuição investigativa criminal da corregedoria da instituição miliciana estadual a apuração das infrações da legislação penal especial cometidas por policiais militares, em especial dos delitos de abuso de autoridade.

Preliminarmente, trata-se de entendimento não sedimentado pelo Poder Judiciário, de modo que, enquanto não houver mudança de orientação, prevalece a posição exarada na Súmula nº 172 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a seguir reproduzida:

Compete à Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço.

⁷ Outrossim, no tocante à comunicação da instauração de inquérito policial contra pessoa com prerrogativa de função, a Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publicou o Comunicado CG nº 2.094/2010, em que recomenda aos Magistrados que encaminhem ao Tribunal qualquer representação ou notícia de crime cuja autoria seja atribuída à autoridade detentora de foro por prerrogativa de função.

Outrossim, enquanto mantida a jurisprudência, notadamente dos Tribunais Superiores, a direção permanece sendo a veiculada na Resolução nº 02/2017, do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil (CON-CPC), elaborada após o advento da referida Lei nº 13.491/2017 e que assim dispõe em seu artigo 1º:

Considerar atribuição da Polícia Civil e da Polícia Federal, segundo o caso, investigar os crimes dolosos contra a vida e os crimes previstos na legislação comum praticados por militares contra civis, sendo de competência da Justiça Militar Estadual somente os crimes expressamente previstos no Código Penal Militar, quando praticados em serviço ou em razão deste.

Ressalta-se que a Lei nº 13.491/2017, a pretexto de estabelecer a Justiça Castrense para situações envolvendo homicídios cometidos por militares das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), que consistia no único propósito do respectivo Projeto de Lei, conferiu novo texto ao inciso II do artigo 9º do diploma, que dispõe serem crimes militares em tempo de paz, além dos delitos previstos no Código Penal Militar como estipulava a redação anterior, também aqueles previstos “na legislação penal”, dando margem a uma indevida interpretação ampliativa da competência da Justiça Militar para julgar os demais delitos não previstos no Código Penal Castrense, cuja hermenêutica dominante até então referenda como competência da Justiça Comum.

A mencionada interpretação da aludida modificação legislativa tem sido considerada um grave retrocesso pela doutrina processual

penal⁸, na contramão da tendência internacional de restringir as atribuições de Justiças Militares, sobretudo por serem compostas majoritariamente por juízes não de direito e civis mas por oficiais milicianos, julgando seus pares, ensejando violação à imparcialidade, ao juiz natural e ao tratamento isonômico entre particulares e agentes estatais, na medida em que decidirão sobre fatos criminosos como tortura e abuso de autoridade entre tantos outros perpetrados por policiais militares contra civis e um filtro constitucional e convencional, somado a uma interpretação conforme a Carta Magna do dispositivo modificado limita à Justiça Militar os fatos que ofendam bens jurídicos concernentes à administração castrense, motivos pelos quais há também a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.804 em face da citada Lei nº 13.491/17, em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido colaciona-se trecho de recente decisão exarada pelo Juizado Especial Criminal da Barra Funda da Capital, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que manteve na Justiça Comum apuração de crime de abuso de autoridade perpetrado por Policial Militar,

⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Lei 13.491/17 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 out. 2017; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconveniente. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 nov. 2017; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Juspodivm: Salvador, 2018, p. 307-308; MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 25, nº 300, novembro/2017, p. 7-8.

julgando inconstitucional e inconvençional a aludida modificação no Código Penal Castrense⁹:

[...]

A ampliação desmedida da competência castrense acaba por furtar questões que não guardam pertinência com os interesses e bens jurídicos militares da apreciação pela Justiça Comum, a quem caberia originariamente apreciar causas alheias aos interesses tipicamente militares, contrariando, dessa forma, a lógica constitucional e ferindo, por conseguinte, o princípio do juiz natural.

Vulnera-se, ainda, a isonomia, na medida em que crimes idênticos, na prática, acabam sendo julgados por Justiças distintas pelo simples fato de terem sido cometidos por pessoa com uma qualidade especial a de ser militar, criando um privilégio onde a Constituição Federal não previu.

[...]

Sendo assim, por todo o exposto, entendendo ser materialmente inconstitucional a alteração promovida no art. 9º, inciso II, do CPM, a qual ampliou demasiadamente a competência da Justiça Especializada castrense para abranger delitos comuns e sem pertinência com os interesses tipicamente militares, subtraindo, indevidamente, parte da competência da Justiça Comum e violando, por conseguinte, o princípio do juiz natural.

[...]

⁹ TJSP, JECrim Barra Funda, Processo 1506694-91.2019.8.26.0050, Juiz de Direito Ulisses Augusto Pascolati Junior, j. 04/10/2019.

Assim, a apreciação pela Justiça Militar, de cunho especializado, de questões alheias a bens jurídicos tipicamente militares, afrontaria a independência e imparcialidade necessárias à análise jurisdicional, eis que a competência dessa Justiça deve se restringir ao julgamento de crimes envolvendo violação à hierarquia, disciplina militar e outros valores tipicamente castrenses.

No caso do abuso de anterioridade, aqui ainda aplicada a Lei nº 4.898/65, uma vez que a novel legislação Lei nº. 13.869/19 encontra e-sem período de *vacatio legis* e, por ser mais gravosa, não poderia retroagir, tutela, em seus arts. 3º e 4º, direitos fundamentais estipulados no art. 5º da Constituição Federal, os quais, em última análise, são protetivos da orientação valorativo-constitucional da dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, inc. III da CF/88, na medida em que pune-se a autoridade pública que, a partir dos comportamentos que disciplina, transforma o indivíduo não em sujeito de direito, mas sim em objeto de intervenção do poder ilimitado do Estado.

Por derradeiro, o aludido entendimento é reforçado pelo Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1.002/1969), que em seu artigo 6º restringe à Justiça Militar Estadual os delitos previstos na Lei Penal Militar cometidos por servidores Policiais Militares.

3 SUJEITOS PASSIVOS

O sujeito passivo *imediato* dos crimes de abuso de autoridade é o Estado, que titula a administração pública. Já o sujeito passivo *mediato*, é o titular da garantia individual lesada.

Destaca-se que a nova Lei de Abuso de Autoridade, em seus dispositivos, emprega expressões como “investigado”, “detento” e “preso”, sendo estas duas últimas, de acordo com o sistema internacional de proteção à pessoa humana¹⁰, detentoras de conceitos técnicos distintos, a saber:

a) “captura”: ato de deter pessoa por suspeita da prática de infração. É o “esteja preso”, emprestado por qualquer agente da autoridade;

b) “detido” (sinônimo de “detento”): pessoa privada da liberdade, exceto por condenação. Trata-se do “conduzido” e/ou detido em flagrante delito por decreto exarado pelo Delegado de Polícia via lavratura do auto prisional, após análise jurídica do contexto fático.

c) “preso”: pessoa privada da liberdade em consequência de condenação que, por interpretação extensiva abarca o “preso” por ordem judicial, temporária ou preventiva;

d) “detenção”: condição das pessoas detidas nos termos acima referidos (privação precária de liberdade, ainda que momentânea e detenção em flagrante delito);

e) “prisão”: condição das pessoas presas (condenadas) nos termos acima referidos. Por uma interpretação extensiva, abrange o “preso” por ordem judicial, temporária ou preventiva.

¹⁰ Resolução n° 43/173, de 9 de dezembro de 1988 da Organização das Nações Unidas (ONU).

Destarte, buscando um melhor entendimento do propósito dos novos tipos penais, cada expressão será analisada sob um olhar técnico, a fim de identificar a vontade do legislador, sobretudo para especificar o sujeito passivo, salvo nas condutas criminalizadas em que, por obviedade ou pela força dos princípios gerais do Direito, o manto da lei, de uma só vez, cubra “investigados”, “detentos” e “presos”. Referidas ressalvas são relevantes mormente para evitar a banalização e interpretações levianas e generalizadas.

4 ELEMENTO SUBJETIVO

O novo diploma legal estabelece que o crime de abuso só ocorrerá se praticado pelo agente com a **finalidade específica** de **prejudicar outrem** ou **beneficiar a si mesmo** ou **a terceiro**, ou, ainda, por **mero capricho** ou **satisfação pessoal** (por exemplo, a arbitrariedade), nos expressos comandos do artigo 1º, § 1º da Lei nº 13.869/2019:

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

Destarte, exige-se o denominado “dolo específico”, não existindo, sequer em tese, a figura culposa dos tipos penais. O agente precisa estar claro, visível e integralmente imbuído dos propósitos especificados na norma criminal (além do “especial fim de agir”), sob pena do

delito não existir, podendo, se muito, apenas dar azo a uma eventual falta disciplinar residual, caso prevista em lei para sanção funcional¹¹.

Assim, os órgãos estatais de persecução deverão cercar-se de elementos concretos para imputar um crime de abuso de autoridade a alguém. Não basta a mera repetição do texto em tese infringido, sendo indispensável a descrição fundamentada do comportamento a que se busca punição, acrescida de elementos idôneos que demonstrem, minimamente, a presença do elemento subjetivo (dolo específico) e do especial fim de agir, sob pena de, hipoteticamente, também incorrerem em crime da própria nova Lei de Abuso (artigo 30), por ausência de justa causa fundamentada.

Somado ao dolo específico, o § 2º do artigo 1º da Lei nº 13.869/2019 estabelece que “a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade”.

Portanto, a **mera divergência na interpretação da lei** ou na **avaliação de fatos e provas** não autoriza a caracterização de delito de abuso de autoridade, haja vista a independência funcional assegurada a determinados agentes públicos¹², a qual, é bom enfatizar, só existe se devidamente motivada.

¹¹ LESSA, Marcelo de Lima. O Dolo Específico dos Crimes de Nova Lei de Abuso de Autoridade. Teresina, *Jus Navigandi*, 2 out. 2019.

¹² No Estado de São Paulo, a inerente independência funcional dos Delegados de Polícia é garantida pela Constituição Estadual (art. 140, § 3º), pela Lei Complementar nº 1.152/11 (alterada pela Lei Complementar nº 1.249/14), pela Portaria DGP-18/98 e pela Recomendação DGP-1/05, e é

Logo, decidir sem fundamentar aumenta o risco em desfavor do operador do Direito, visto que o ato por ele emitido estará comprometido e, aí sim, passível de reprimenda administrativa e criminal. Essa máxima rechaçou o chamado “delito de hermenêutica”, isto é, aquele ilícito em tese punido em razão de mera divergência exegética.

Enfim, esses dois pontos inéditos e específicos – a previsão expressa da necessidade de dolo específico e a ressalva sobre a divergência na interpretação da norma, expressos no § 2º do artigo 1º da Lei 13.869/2019, são salutares filtros e devidas cautelas que o legislador adotou para assegurar a esmerada atuação das instituições públicas e proteger operadores que, de maneira legítima, atuam na tutela da sociedade e dos direitos fundamentais de toda coletividade.

Sobre o ponto em comento, foi aprovada a Súmula nº 1 do Seminário “Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)”, realizado na Academia de Polícia¹³, abaixo transcrita:

Súmula nº 1: Ao Delegado de Polícia é garantida autonomia intelectual para interpretar o ordenamento e decidir, de modo imparcial e fundamentado, quanto ao rumo das diligências adotadas e quanto aos juízos de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e demais avaliações de caráter jurídico imanentes à presidência da investigação criminal.

garantida pela autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com imparcialidade e isenção, de modo fundamentado.

¹³ Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se como anexo no presente trabalho.

5 AÇÃO PENAL

A ação penal dos delitos de abuso de autoridade é pública incondicionada, mantendo-se a ação privada subsidiária da pública, com prazo de 6 (seis) meses contados da data em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia (Lei nº 13.869/2019, art. 3º). Ou seja, o Estado agirá de ofício, independentemente de provocação da vítima, seguindo a regra do Código Penal (art.100). Entretanto, é prudente que o ofendido seja instado a pronunciar-se sobre os fatos apurados, a fim de que sejam auferidos elementos que propiciem, minimamente, a instauração da persecução penal, civil ou administrativa.

6 EFEITOS DA CONDENAÇÃO

Constituem efeitos da condenação a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; a inabilitação para o exercício de cargo, mandato ou função pública pelo período de 1 (um) a 5 (cinco) anos e a perda do cargo, do mandato ou da função pública. Estes dois últimos efeitos são condicionados à ocorrência de reincidência em crime de abuso de autoridade e não são automáticos, devendo ser declarados motivadamente na sentença (Lei nº 13.869/2019, art. 4º, I, II e III e parágrafo único).

Vale lembrar que na Lei Orgânica da Polícia Paulista a prática do abuso de poder constitui transgressão disciplinar (Lei Complementar nº 207/1979, art. 63, XLIV).

7 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

A Lei nº 13.869/2019 prevê, em substituição às penas privativas de liberdade, poderão ser aplicadas sanções restritivas de direitos, como a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, suspensão do exercício do cargo, da função ou do mandato, pelo prazo de 1 a 6 meses, com a perda dos vencimentos e das vantagens e a proibição de exercer funções de natureza policial ou militar no Município em que tiver sido praticado o crime de abuso e naquele em que residir ou trabalhar a vítima, pelo prazo de 1 a 3 anos, podendo tais penas serem aplicadas autônoma ou cumulativamente (Lei nº 13.869/2019, art. 5º, I, II, III e parágrafo único).

8 SANÇÕES CIVIS E ADMINISTRATIVAS

As penas da nova Lei de Abuso de Autoridade serão aplicadas independentemente das sanções de natureza civil ou administrativas cabíveis (Lei nº 13.869/19, art. 6º). Vale lembrar que a punição de condutas criminalizadas, por si só, independe do julgamento civil ou administrativo.

As notícias de delitos previstos na nova Lei de Abuso de Autoridade que descreverem falta funcional serão informadas à autoridade competente com vistas à apuração (Lei nº 13.869/19, art. 6º, p.u.), a fim de que esta, em observância à regra da oficialidade, empreste marcha à apuração interna, até a sua conclusão.

Já as responsabilidades civil e administrativa, conquanto independam da criminal, não se podem mais questionar sobre a existência ou a autoria do fato quando tais questões tenham sido decididas no juízo criminal (Lei nº 13.869/19, art. 7º).

Portanto, se, no processo penal, o agente estatal for absolvido por inexistência do abuso, por falta de prova da existência do abuso, por falta de prova de que o agente concorreu para o abuso, por excludente de antijuridicidade, por erro de fato ou erro de proibição, a sentença criminal repercutirá integralmente no âmbito funcional.

Ademais, faz coisa julgada em âmbito cível, assim como no administrativo-disciplinar, a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito, em consonância com o artigo 8º da Lei nº 13.869/19, que acompanha a disciplina do artigo 65 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, a insuficiência, a deficiência ou ineficiência de provas para a condenação criminal não repercutem na esfera administrativa, pois, para esta, a prova pode ser suficiente para embasar uma punição menor, por falta de cumprimento do dever ou transgressão disciplinar.

9 SANÇÕES CRIMINAIS

As penas privativas de liberdade cominadas na Lei nº 13.869/19, de um modo geral, chegam ao patamar máximo de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, que autorizam fiança extrajudicial (CPP, art.

322). Há onze dispositivos abrangíveis pela Lei Federal n° 9.099/95 (delitos de menor potencial ofensivo), com expressa incidência consoante artigo 39 da nova lei. Não há pena de reclusão prevista no novel diploma.

10 TIPOS PENAS DE INTERESSE POLICIAL

Para fins de otimização dos trabalhos, os tipos penais cujos vetos foram mantidos pelo Congresso Nacional – e os estranhos as carreiras policiais – não serão objeto de análise, remanescendo ao presente estudo apenas os que entrarão em vigor.

10.1 DECRETAÇÃO DE MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MANIFESTA DESCONFORMIDADE COM AS HIPÓTESES LEGAIS E FIGURAS EQUIPARADAS (ART. 9º)

Redação do dispositivo:

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena a autoridade judiciária que, dentro de prazo razoável, deixar de:

I – relaxar a prisão manifestamente ilegal;

II – substituir a prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória, quando manifestamente cabível;

III – deferir liminar ou ordem de habeas corpus, quando manifestamente cabível.

10.1.1 DECRETAÇÃO DE MEDIDA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM DESCONFORMIDADE COM A LEI (ART.9º, *CAPUT*)

Ao mencionar “medida privativa de liberdade”, a figura penal do *caput* do artigo 9º da Lei nº 13.869/2019 alude à privação em sentido estrito, isto é, aquela apartada da mera captura. Refere-se à efetivação da detenção, vale dizer, à determinação da custódia em razão da prática de uma infração penal, pela decretação da prisão em flagrante do suspeito capturado apresentado, considerando tratar-se da única prisão cautelar por infração penal comum ordenada extrajudicialmente.

Embora no sistema jurídico brasileiro a expressão “detenção” seja usualmente empregada para designar uma espécie de pena, no campo da privação provisória da liberdade, o vocábulo “detenção” seria o mais adequada à espécie de custódia cautelar retratada na prisão em flagrante, adotando como referência a Resolução nº 43/173, de 9 de dezembro de 1988 da Organização das Nações Unidas (ONU), que veiculo o Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as Pessoas Sujeitas a qualquer forma de Detenção ou Prisão.

Seguindo distinções técnicas das palavras empregadas, a denominada “captura” (CPP, art. 301), executada por qualquer do povo e geralmente por agente do Delegado de Polícia, continua válida e intocada.

É o famoso “esteja detido” (“preso em sentido amplo”), emitido em razão da prática de infração penal aparente (CPP, art. 302). Num segundo momento é que ocorrerá, ou não, a conversão dessa captura (a “detenção” propriamente dita), após exame prévio de legalidade realizado pelo Delegado de Polícia na audiência de apresentação e garantias do artigo 304 do CPP. Sem a existência de estado flagrancial (CPP, art. 302) ou de “fundada suspeita” (CPP, art. 304, § 1º), ninguém pode ser recolhido à prisão, vale dizer, não poderá ser decretada a prisão flagrancial.

Assim, considerando o verbo nuclear “**decretar**”, que significa ordenar, determinar, mandar, estabelecer explicitamente¹⁴, podem ser **sujeitos ativos** da figura penal do artigo 9º, *caput*, da Lei nº 13.869/2019, as autoridades públicas legitimadas a ordenar formalmente a custódia de alguém, vale dizer, o **Delegado de Polícia** como regra para a prisão em flagrante delito e o **Juiz de Direito** para as demais prisões cautelares (preventiva e temporária).

Isso porque os demais agentes policiais (agentes da Autoridade Policial), incumbidos da captura de suspeitos de práticas delitivas, **executam** medidas de privação de liberdade, não as ordenam e, nesse sentido, tanto a revogada Lei nº 4.898/1965, em seu artigo 4º, alínea “a”, quanto o também revogado artigo 350 do Código Penal e ainda o próprio Projeto de Lei que resultou na Lei nº 13.869/2019, no seu vetado artigo 11 (com veto mantido pelo Congresso Nacional) estipulam expressa distinção entre as condutas de “executar” (realizar a captura) e “ordenar” (equivalente a decretar, determinar a prisão).

¹⁴ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 603.

Destarte, os demais servidores policiais não figuram como sujeitos ativos do tipo penal do *caput* do artigo 9º da Lei nº 13.869/2019. Caso privem a liberdade de alguém acreditando equivocadamente estarem escorados na lei, como regra estarão albergados por erro de tipo (Código Penal, art. 20), visto não lhes ser exigida formação jurídica para operar o Direito, razão pela qual não há que se falar em configuração de abuso de autoridade, inclusive por ausência do elemento subjetivo (Lei nº 13.869/19, art. 1º, § 1º). Lado outro, se houver conduta dolosa de um policial em privar deliberada e ilegalmente a liberdade de alguém, poderá o agente estatal, como qualquer pessoa, responder por delitos como sequestro ou cárcere privado (Código Penal, art. 148) ou infrações mais graves como extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro (Código Penal, arts. 158, § 3º e 159), de acordo com as circunstâncias dos casos concretos.

O referido juízo de legalidade e justa causa realizado pelo Delegado de Polícia, decorre tanto do expresso comando do artigo 304 do CPP, por ser a "autoridade competente" como regra para presidir a audiência de apresentação e garantias, como, no Estado de São Paulo, do disposto no artigo 1º, § 2º da Lei Complementar nº 1.152/11 (alterada pela Lei Complementar nº 1.249/14), a qual, em alusão ao artigo 140, § 3º, da Constituição Paulista, assegura ao Delegado de Polícia independência funcional garantida pela autonomia intelectual para interpretar o ordenamento jurídico e decidir, com imparcialidade e isenção, de modo fundamentado.¹⁵

¹⁵ Nesse sentido há diretriz institucional da Polícia Civil Paulista, conforme Recomendação DGP-1/2005, item I: 'Entrevistadas as partes (condutor, testemunhas presenciais ou não e o conduzido) caberá exclusivamente à Autoridade Policial formar, soberanamente, sua convicção jurídica e, então, determinar, ou não, a lavratura do auto de prisão, inadmitido

Em suma, a autoridade estatal que “decreta” a prisão em flagrante, convertendo a captura em detenção (medida formal de privação de liberdade), no regime jurídico vigente, como regra é o Delegado de Polícia. Nessa esteira, caso a Autoridade Policial o faça “em manifesta desconformidade com as hipóteses legais”, o delito de abuso, em tese, poderá ocorrer. “Manifesto”, pois, é o evidente, notório e visível. Desse modo, a decretação da detenção mediante lavratura do auto construtivo de prisão flagrancial deve estar claramente em desacordo com a vontade da lei, sob pena do fato ser atípico penal.

E quais seriam, a rigor, tais hipóteses legais? A resposta é clara: a decretação da prisão em flagrante delito, como espécie do gênero decisão de indiciamento, reclama não apenas a presença do estado de flagrância delitiva, seu requisito temporal, consubstanciado em uma das modalidades elencadas nos incisos do artigo 302 do CPP (flagrante próprio, impróprio ou presumido), mas também e sobretudo a fundada suspeita, seu requisito probatório retratado na justa causa (*fumus commissi delicti*), previsto no § 1º do artigo 304 do diploma processual penal, como suporte indiciário a autorizar o encarceramento extrajudicial fundamentado em face dos axiomas erigidos pela Lei Maior.¹⁶

Nesse particular, tratando-se de aparente estado de flagrância delitiva, o reconhecimento provisório de qualquer das causas discriminantes pelo Delegado de Polícia é medida de rigor a ser adotada, suplantando desacertada cogitação de decretação de prisão e autuação em flagrante delito, que inclusive consubstancia ato ilegal nos casos em que os

qualquer tipo de ingerência relativamente ao enquadramento típico da conduta e à existência de estado flagrancial”.

¹⁶ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 160-168.

elementos coligidos indiquem a situação justificante, agora passível de caracterizar abuso de autoridade.

Na verdade, para além de mera faculdade, constitui dever legal do Delegado de Polícia avaliar a presença e reconhecer eventuais excludentes de ilicitude, porquanto não há crime quando o sujeito age sob o manto da discriminante, exegese advinda da literalidade do artigo 23, *caput*, do Código Penal, assim como da incidência dos princípios e garantias constitucionais da dignidade humana, da legalidade e da presunção de não culpabilidade e mesmo do senso comum de justiça, posição dominante na literatura jurídica contemporânea¹⁷.

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p.730; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 316; BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012, p.237-238; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volume IV. Campinas: Bookseller, 1997, p. 86; MARREY, Adriano. *Legítima defesa exclui possibilidade de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 665, 1991, p. 386-387; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 250-265; PAGLIONE, Eduardo Augusto. *A prisão em flagrante e as causas excludentes da antijuridicidade*. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v.15, set. 2007, p. 15-17; PAULO FILHO, Caetano. *As excludentes de ilicitude na fase pré-processual e seus reflexos no direito administrativo disciplinar*. 2010. 96 p. Monografia (Curso de Especialização em Polícia Judiciária e Sistema de Justiça Criminal do Centro de Estudos Superiores da Polícia Civil "Prof. Maurício Henrique Guimarães Pereira") – Academia de Polícia "Dr. Coriolano Nogueira Cobra", São Paulo, 2010, p. 71-72.

Logo, para além de mera faculdade, cabe ao Delegado de Polícia avaliar questões alusivas às excludentes de antijuridicidade¹⁸ e, também, as envolvendo questões de tipicidade material (insignificantes ou de bagatela). Diante da inerente independência funcional como carreira jurídica qualificada pela formação policial¹⁹, tais juízos representam obrigação legal (poder-dever) do Delegado de Polícia.

Importante destacar que, enquanto vigora a captura do suspeito apresentado, ou seja, enquanto os fatos em tese delituosos estão sob a apreciação técnica e jurídica do Delegado de Polícia responsável, não há que se falar em abuso, em razão da ausência de elemento subjetivo, porquanto a privação momentânea da liberdade não pode ser confundida, sequer em tese, com efetiva decretação de medida privativa de liberdade (detenção ou prisão em flagrante).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao período em que um investigado sob o qual recaia fundada imputação da prática de infração penal pretérita, permaneça sob breve custódia na Delegacia de Polícia enquanto a Autoridade Policial representa de pronto por medidas cautelares, já que o interesse, nesse caso, não é particular, mas público²⁰.

¹⁸ Nesse sentido há a Súmula nº 8 do Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo – Repercussões da Lei 12.830/13 na investigação criminal: “Constitui poder-dever do Delegado de Polícia reconhecer eventual causa de exclusão de ilicitude e, fundamentadamente, abster-se de elaborar auto de prisão em flagrante delito em desfavor do indivíduo autor do fato meramente típico, sem prejuízo da imediata instauração de inquérito policial”.

¹⁹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JÚNIOR, Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 24-25.

²⁰ Nesse sentido há orientação dos Tribunais Superiores: STF, HC nº 107.644-SP, 1ª Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.09.2011 e

Com efeito, a ausência de fundamentos sólidos e claros torna ilegal a decretação da custódia flagrancial, enseja o denominado criptoflagrante (derivado do criptoindiciamento)²¹ ou flagrante obtuso²² e obsta a lavratura do auto prisional por implicar relaxamento e responsabilização

STJ, RHC nº 25.475/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 16.09.2010. Cumpre salientar que o original artigo 11 do Projeto da nova Lei de Abuso de Autoridade, que incriminava a conduta de executar a captura, prisão (note-se a própria lei reconhecendo que são institutos diversos) ou busca e apreensão de pessoa que não esteja em situação de flagrante delito ou sem ordem escrita de autoridade judiciária ou de condenado ou internado fugitivo, foi vetado pela Presidência da República e pelo Congresso pois, se vingasse, inviabilizaria a captura e a custódia que por vezes antecede os pedidos de prisão temporária nos casos dos autores de crimes pretéritos que são capturados e reconhecidos dias após a ocorrência do delito.

²¹ Designa-se criptoindiciamento o indiciamento infundado, destituído da indispensável motivação exarada pelo delegado de polícia, expondo os elementos que o justificam (Lei 12.830/13, art.2º, § 6º), expressão que suscita o neologismo criptoflagrante, derivado da aglutinação do vocábulo flagrante com o antepositivo “cripto”, que significa “oculto” ou “secreto”, para simbolizar a arbitrária e ilegal decretação de prisão em flagrante desprovida de fundamentação e de acervo mínimo para a justa causa (fundada suspeita – requisito probatório) ou fora das hipóteses de flagrância delitiva (requisito temporal). Moraes, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, p. 239-248; PAULA, Fernando Shimidt de. *Criptoindiciamento*. São Bernardo do Campo: Universidade Metodista de São Paulo, 2018. p. 106-110.

²² Fala-se em flagrante obtuso, como alusão a uma postura rude ou tola, para retratar leitura deturpada do artigo 304 do CPP, meramente topográfica e carente de filtro constitucional, segundo a qual o Delegado de Polícia deveria lavrar auto de (não) prisão em flagrante em todos os casos e indiscriminadamente, a despeito de não vislumbrar respaldo legal para a custódia ao analisar o contexto fático. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Do flagrante obtuso ou da pretensão de que o delegado de polícia lavre auto de “não prisão” em flagrante em qualquer caso de condução de capturado. *Revista Prática Jurídica*, ano XV, 176, Consulex, p. 6-16, nov. 2016.

por abuso de autoridade, sem prejuízo da deflagração da correlata investigação policial.

Enfim, para afastar cogitação de abuso, o Delegado de Polícia deixará claro que o conduzido está em flagrante delito (ou seja, que existe “crime”) e que, sobre ele, recai fundada suspeita de tê-lo praticado. E isso deve ser promovido via fundamentação técnica e jurídica da conduta atribuída ao sujeito apresentado no auto prisional, a fim de explicitar os requisitos legais, vale dizer, qual a espécie de flagrância verificada (própria, imprópria ou ficta) e qual foi “fundada suspeita” erguida contra o autuado e, por fim, quais foram as correlatas razões fáticas e jurídicas do convencimento. Motivado o ato, não há que se questionar a decisão da Autoridade Policial, já que, como visto, a própria Lei nº 13.869/19 estipula que a divergência na interpretação da lei ou na avaliação de fatos e provas (entre Delegado de Polícia, Agente Ministerial, Autoridade Judicial ou quaisquer outras carreiras jurídicas) não configura abuso de autoridade (artigo 1º, § 2º).

Para melhor ilustrar o quadro descrito, malgrado a legislação, ao se referir à prisão em flagrante delito, não estabeleça diferenciação, há de se ressaltar que referida segregação provisória se divide em três momentos bem distintos: 1º) abordagem, captura e condução coercitiva (“prisão-captura”); 2º) decretação e formalização (“prisão-custódia”²³, “prisão-

²³ SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 435.

formalização" ou prisão em flagrante propriamente dita) e; 3º) recolhimento ao cárcere (ou "prisão-recolhimento").²⁴

Nessa toada, do mesmo modo que a Autoridade Policial precisa motivar o auto construtivo, deverá fazer se decidir pela não decretação da prisão em flagrante, quando entender ausente a situação jurídica que caracterize o flagrante. Registrará o fato em boletim de ocorrência circunstanciado, adotando as demais providências cabíveis, inclusive em desfavor dos autores da captura indevida, se for o caso. No Estado de São Paulo, trata-se de diretriz institucional da Delegacia Geral de Polícia (Recomendação DGP-1/05, item XVI).

Embora a ausência de fundamentação da não determinação da prisão em flagrante não configure crime de abuso de autoridade, é certo que a motivação é importante para elidir cogitação de dolo do delito de prevaricação (Código Penal, art. 319), assim como o advérbio "indevidamente" exigido para a configuração de ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 11, II), porquanto justificadas as razões decisórias, salvo em hipóteses teratológicas em manifesta contrariedade à lei, de difícil demonstração, reiterando que a mera divergência de opiniões, como visto, não pode ser confundida com o dolo.

²⁴ ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 348-349; MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 537; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 190-228.

Sobre o tópico em estudo, foi aprovada a Súmula nº 2 do Seminário “Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)”, realizado na Academia de Polícia²⁵, a seguir reproduzida:

Súmula nº 2: A decretação da prisão em flagrante pelo Delegado de Polícia mediante lavratura de auto prisional, como espécie de decisão de indiciamento, demanda avaliação do requisito temporal, previsto nas hipóteses do artigo 302 do CPP, assim como do requisito probatório, consubstanciado na fundada suspeita do § 1º do artigo 304 do CPP, sem prejuízo da apuração dos fatos em sede de inquérito policial instaurado via portaria na ausência dos aludidos requisitos legais.

10.1.2 FIGURAS EQUIPARADAS E RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE

As figuras equiparadas previstas nos incisos I a III do parágrafo único do artigo 9º da Lei nº 13.869/2019 consistem em delitos próprios, que retratam atribuições legais do Juiz de Direito e criminalizam a conduta omissiva da Autoridade Judicial que, “dentro de prazo razoável”, deixar de relaxar prisão manifestamente ilegal, de substituir prisão preventiva por medida cautelar diversa ou de conceder liberdade provisória ou ainda de deferir liminar ou ordem de *habeas corpus*, quando manifestamente cabível.

²⁵ Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se em anexo do presente trabalho.

Seguindo o foco deste trabalho, serão lançados breves comentários pertinentes à a atividade de polícia judiciária sobre as referidas figuras equiparadas.

Em relação à figura do inciso I, do parágrafo único do artigo 9º, que pune a conduta da Autoridade Judicial que deixar de relaxar prisão manifestamente ilegal em prazo razoável, oportuno assinalar que relaxar significa diminuir a força, abrandar²⁶ e, no universo jurídico, desconstituir²⁷ a prisão flagrancial ante ilicitude que a macula e a torna insubsistente. A mera divergência de convicção jurídica acerca da tipificação penal dos fatos entre o Delegado de Polícia que decretou a prisão em flagrante e o Juiz de Direito não consiste em ilegalidade e tecnicamente não deve ensejar o relaxamento da custódia flagrancial. Cuida-se de mera reclassificação dos fatos, que pode apenas implicar a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança ou outra medida cautelar diversa da prisão, em respeito, acima de tudo, à independência funcional de cada uma das citadas autoridades públicas²⁸.

Por derradeiro, em relação ao relaxamento da prisão em flagrante diretamente pelo Delegado de Polícia, como visto, sob um olhar técnico, a Autoridade Policial não “ratifica” nem “homologa” a captura e sim decreta ou não a prisão em flagrante delito, de modo que não há propriamente um “relaxamento” de uma captura pelo Delegado de Polícia. A captura de um

²⁶ HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001, p. 2421.

²⁷ MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 96.

²⁸ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.320-323.

suspeito apenas não enseja a determinação da custódia flagrancial quando desprovida dos requisitos legais. O suspeito capturado é apresentado ao Delegado de Polícia para as providências de polícia judiciária cabíveis, dentre as quais a de ordenar ou não a formalização do auto prisional ou, então, determinar o registro circunstanciado dos fatos para apuração em procedimento a ser iniciado por portaria²⁹.

No que tange às figuras dos incisos II e III do parágrafo único do artigo 9º, oportuno assinalar que o Delegado de Polícia pode (e deve) representar por medidas cautelares diversas da prisão já na comunicação da prisão em flagrante (CPP, arts. 282, § e 319) , e nada impede que também promova a impetração de *habeas corpus* se vislumbrar necessário e preenchidos os requisitos no caso concreto³⁰.

10.2 DECRETAÇÃO DE CONDUÇÃO COERCITIVA DE TESTEMUNHA OU INVESTIGADO MANIFESTAMENTE DESCABIDA OU SEM PRÉVIA INTIMAÇÃO DE COMPARECIMENTO AO JUÍZO (ART. 10)

Colaciona-se a redação da infração penal:

²⁹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.248-250.

³⁰ Há caso concreto em que o Delegado de Polícia Dr. Jaime Pimentel Junior impetrou *Habeas Corpus* em sede de registro policial de captura de procurado, em favor do sujeito contra quem fora expedida a ordem prisional, em virtude da Autoridade Policial verificar fortes indícios de emprego fraudulento de dados contra o sujeito, que indicavam que a pessoa detida não era o autor do fato delituoso, sendo a ordem concedida pelo Poder Judiciário. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; DRIGO, Leonardo Godoy. Reflexões sobre a atividade policial, a Constituição e os direitos humanos: o caso do delegado que prestigiou a liberdade. *Empório do Direito*. Florianópolis, 13 set. 2019.

Art. 10. Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

De início, embora a norma se refira a “comparecimento ao juízo”, é certo que o instituto da condução coercitiva, tradicionalmente, também se aplica na esfera policial, mormente quando envolve testemunhas, ofendidos ou investigados recalcitrantes, tudo isso em analogia aos artigos 201, parágrafo único, 218 e 260, todos do Código de Processo Penal, daí a necessidade de, a título de precaução, serem lançadas algumas ponderações a respeito, afinal o tipo penal também fala em “investigado”, vocábulo próprio da etapa extrajudicial do processo penal.

A condução coercitiva, pelo próprio nome, impõe obrigatoriedade de acatamento e, por senso jurídico, pressupõe que a pessoa foi devidamente identificada e não atendeu ao chamado da autoridade.

A lei faz referência à “testemunha”, que tem como regra obrigação de depor e se calar a verdade pode ensejar delito de falso testemunho (CPP, arts. 211 e 218 e CP, art.342) e ao “investigado”, cuja condução coercitiva prevista no artigo 260 do CPP, quanto ao interrogatório de mérito (sobre os fatos) foi julgada não recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, na decisão das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) números 395 e 444, como decorrência ao direito ao silêncio, que não abrangeria atos diversos do interrogatório como a identificação e o reconhecimento.

Outrossim, conquanto não caracterizadoras do delito por ausência de previsão no tipo penal, há cautelas a serem igualmente adotadas com relação às vítimas (CPP, art. 201, § 1º), aos peritos (CPP, art. 278), aos

adolescentes (ECA, art.187) ou quaisquer outras pessoas submetidas à medida, a fim de que a lisura sempre pautе o trabalho da polícia judiciária.

No mais, são dois os comportamentos puníveis no artigo 10 em comento: decretar condução coercitiva “**manifestamente descabida**” ou decretar condução coercitiva “**sem prévia intimação de comparecimento**”.

Quanto à primeira hipótese da lei, isto é, a condução coercitiva manifestamente descabida, o Delegado de Polícia, antes de decretá-la, motivará, preferencialmente em despacho fundamentado, a expedição do mandado nos autos do procedimento investigatório que estiver presidindo, demonstrando a sua imprescindibilidade, lembrando a impossibilidade da medida para fins de interrogatório de mérito do sujeito investigado que, sendo o caso, basta que seja promovido o indiciamento indireto, sem a presença do indiciado, após regular decisão de indiciamento (Lei nº 12.830/2013, art. 2º, § 6º).

Justificada a medida de maneira formal, demonstra-se que o ato não é descabido, ou seja, que ele é necessário, e que o comparecimento da testemunha ou do investigado consubstancia manifesto interesse para a instrução do procedimento investigatório. Desse modo, cabe ao Delegado de Polícia fazer uma ligação da pessoa objeto do mandado com os fatos sob apuração, a fim de isentar-se de qualquer reprimenda.

Para a segunda hipótese (ausência de prévia intimação), torna-se obrigatória a notificação anterior (termo tecnicamente mais adequado que “intimação”)³¹ da pessoa, a fim de que ela compareça espontaneamente,

³¹ Conquanto o próprio CPP por vezes trate de maneira atécnica e confusa as terminologias, a intimação consiste na comunicação de um ato já praticado, enquanto a notificação corresponde à ciência sobre ato futuro, a ser realizado, como uma audiência policial para instruir procedimento investigatório criminal.

o que dispensará sua condução. É importante que a Autoridade Policial, de posse da informação que o interessado foi notificado e não compareceu, justifique a imprescindibilidade da medida, decretando, então, a expedição do respectivo mandado.

Note-se que a lei silencia sobre o número de recusas necessárias para que o mandado possa ser expedido. Em havendo apenas uma, a condução já se justifica. É relevante, entretanto, que a recusa esteja clara nos autos, pois será ela que dará espeque ao mandado. Essa recalcitrância, assim, poderá ser *direta* ou *indireta*. A *direta* se verifica quando o próprio interessado é pessoalmente cientificado do ato e, sem justificar, não comparece. O Agente Policial reporta a notificação formal em relatório, o Escrivão de Polícia certifica a ausência imotivada nos autos e o Delegado de Polícia responsável, ante a falta injustificada, determina a emissão do mandado. Já na *indireta*, o policial civil constata que o interessado está tentando se subtrair da responsabilidade de comparecer ao ato, seja ocultando-se, seja ofertando subterfúgios por intermédio de terceiros. Nesse caso, ele informa o ocorrido em seu relatório, o Escrivão certifica o não comparecimento e a Autoridade presidente emite despacho em que menciona essa circunstância qual seja, a de que existem fundados indícios de que, embora tentada a notificação pessoal do interessado, este demonstrou comportamento recalcitrante que a torna inviável.

10.3 OMISSÃO DE COMUNICAÇÃO DE PRISÃO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA E OUTRAS CONDUTAS EQUIPARADAS (ART. 12)

O artigo 12 da Lei nº 13.869/19 veicula a seguinte redação:

Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I - deixa de comunicar, imediatamente, a execução de prisão temporária ou preventiva à autoridade judiciária que a decretou;

II - deixa de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada;

III - deixa de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas;

IV - prolonga a execução de pena privativa de liberdade, de prisão temporária, de prisão preventiva, de medida de segurança ou de internação, deixando, sem motivo justo e excepcionalíssimo, de executar o alvará de soltura imediatamente após recebido ou de promover a soltura do preso quando esgotado o prazo judicial ou legal.

10.3.1 DEIXAR INJUSTIFICADAMENTE DE COMUNICAR PRISÃO EM FLAGRANTE À AUTORIDADE JUDICIÁRIA NO PRAZO LEGAL (ART. 12, CAPUT):

O tipo penal requer dolo específico, consubstanciado na expressão "injustificadamente". Ou seja, não basta a ausência de comunicação judicial no prazo aludido mas, também, que ela tenha sido praticada de maneira não justificável.

O artigo 306 do Código de Processo Penal dispõe que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados "imediatamente" ao Juiz competente enquanto, no seu parágrafo 1º, estabelece que em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão será encaminhado ao Magistrado competente o auto de prisão em flagrante, em aparente contradição quanto ao lapso temporal para citada comunicação.

Na prática, a remessa do auto construtivo prisional no prazo de 24 (vinte e quatro) horas supre o que a lei determina, porquanto não ser razoável que, a cada autuação em flagrante, o Delegado de Polícia, no próprio instante da lavratura, contate a Autoridade Judicial apenas para cientificá-la do início da formalização do ato, cujo controle de legalidade e viabilidade, ao menos naquele momento, não impende a ela, que será necessariamente comunicada via expediente instruído com a documentação pertinente e apta a exercer referido controle.

O Código de Processo Penal (art. 306, § 1º) exige ainda a comunicação ao órgão ministerial e à Defensoria Pública, caso o autuado, neste último caso, não tenha Advogado. A nova Lei de Abuso de Autoridade, entretanto, silencia sobre a ausência dessas duas comunicações, as quais, se não forem feitas, podem gerar irregularidades funcionais, mas não configuram o crime em tese.

- **Meio de comunicação**

Atualmente as comunicações de autuações em flagrante são feitas por meio eletrônico e, em razão disso, raros são os percalços nesse sentido. Entretanto, nas hipóteses em que a Autoridade Policial responsável precisar de se valer dos meios convencionais, ela o fará mediante ofício. Pode ocorrer, em comarcas menores, por problemas operacionais não causados intencionalmente pela Polícia, que o agente encarregado da comunicação física aporte no fórum após o término do plantão judiciário e, em razão disso, a comunicação ultrapasse o prazo legal. Nesses casos é importante que o Delegado de Polícia determine que seja lavrada certidão a respeito, consignando os percalços verificados, cujas causas foram avessas à vontade da instituição de polícia judiciária, juntando ao expediente de comunicação e, no plantão subsequente ou dia útil, protocolando na unidade do Poder Judiciário.

- **“Audiência de custódia”**

Em São Paulo, vigora a Portaria DGP-5, de 19 de fevereiro de 2015, a qual estabelece que, nos casos da denominada “audiência de custódia”, as diligências a ela cabíveis não elidem o cumprimento do determinado no artigo 5º, LXII, da Constituição Federal, reclamando a comunicação à Autoridade Judicial instruída com os documentos de praxe.

10.3.2 DEIXAR DE COMUNICAR, IMEDIATAMENTE, A EXECUÇÃO DE PRISÃO TEMPORÁRIA OU PREVENTIVA À AUTORIDADE JUDICIÁRIA QUE A DECRETOU (ART. 12, P.U., INCISO I)

Necessário o dolo específico, relativo à manifesta intenção de não emprestar ciência da detenção cautelar cumprida.

A expressão "imediatamente" requer elasticidade na interpretação, dada a dinâmica da lavratura do registro policial. Na impossibilidade de comunicação por meio eletrônico, a Autoridade Policial determinará por intermédio de ofício na primeira oportunidade, respeitando-se, por cautela e referência, o prazo de 24 (vinte e quatro) horas previsto para a autuação em flagrante.

Assinala-se que, enquanto o dispositivo em comento reclama a comunicação da execução da prisão cautelar à Autoridade Judicial que a decretou, o artigo 289-A, § 3º, do CPP estabelece a comunicação ao Magistrado do local de cumprimento da medida, este informará o Juiz que a decretou. Sugere-se que tanto o Juízo do local do cumprimento quanto aquele responsável pela ordem prisional sejam comunicados, de preferência por meio eletrônico (correio eletrônico institucional etc.).

10.3.3 DEIXAR DE COMUNICAR, IMEDIATAMENTE, A PRISÃO DE QUALQUER PESSOA E O LOCAL ONDE SE ENCONTRA À SUA FAMÍLIA OU À PESSOA POR ELA INDICADA (ART. 12, P.U., INCISO II)

O tipo requer dolo específico, consubstanciado em, intencionalmente, não comunicar a detenção a familiares ou pessoas indicadas pelo custodiado. O termo "imediatamente", de igual forma, requer sensatez na interpretação, dada as dificuldades operacionais que eventualmente possam surgir. Sugere-se que eventuais intercorrências ou mesmo manifestação do próprio preso no sentido de não desejar comunicar sua prisão³².

³² Na Polícia Civil de São Paulo há a Portaria DGP-18/98, que assim dispõe em seu artigo 7º: "Na lavratura do auto de prisão em flagrante, a

- **Prisão**

O tipo penal fala em “prisão” e não apenas em prisão em flagrante (detenção). Dito isso, a prudência orienta que, em qualquer hipótese de prisão (flagrante, cautelar, captura, recaptura etc.), a referida comunicação não seja desprezada.

- **Autuação em flagrante delito**

Nos casos de flagrante delito, o Delegado de Polícia consignará no interrogatório do indiciado se ele deseja comunicar familiar ou pessoa de preferência, ofertando dados que tornem isso possível. Deve consignar, também, se a comunicação foi ultimada ou não e, em caso negativo, quais foram os percalços para tanto (não localização, endereço incerto, pessoa ausente, número telefônico desligado etc), tudo isso para fulminar eventual alegação de omissão.

- **Privação de liberdade decorrente de mandado**

Se a privação for decorrente de mandado judicial, usualmente é registrado um boletim de ocorrência para formalizar a diligência. Nesse caso, será consignado no histórico que o preso foi esclarecido dos seus direitos e que deles declinou ou desejou fazer uso, sendo emprestada ciência da privação de liberdade à pessoa por ele indicada, seguida de nome, meio de contato e grau de relação, familiar ou profissional.

Autoridade Policial fará constar, no instrumento flagrancial, de maneira minudente e destacada, a comunicação ao preso dos direitos que lhe são constitucionalmente assegurados e, ainda, se este compreendeu-lhes o significado e se desejou exercê-los.

§ 1º A comunicação do preso com seu familiar, pessoa por ele indicada ou advogado, será efetuada na forma determinada pela autoridade policial, que deverá atuar com total presteza e máximo empenho, a fim de não frustrar a garantia constitucionalmente assegurada”.

Em tempo, algumas instituições de polícia judiciária utilizam documento chamado "Nota de Ciência de Garantias Constitucionais", no qual tais garantias são descritas e entregues para a ciência do detido, que aporá sua firma a fim de legitimar o ato. Se houver recusa ou impossibilidade, duas testemunhas instrumentárias que tiverem acompanhado o ato de entrega de ciência poderão assiná-la.

10.3.4 DEIXAR DE ENTREGAR AO PRESO, NO PRAZO DE 24 (VINTE E QUATRO) HORAS, A NOTA DE CULPA, ASSINADA PELA AUTORIDADE, COM O MOTIVO DA PRISÃO E OS NOMES DO CONDUTOR E DAS TESTEMUNHAS (ART. 12, P.U., INCISO III)

A expressão "preso", aqui, refere-se claramente ao "detido" (autuado) em flagrante, haja vista ser ele, no sistema processual penal brasileiro, o destinatário da nota de culpa (CF, art.5º, LXIV e CPP, art. 306, § 2º).

Tipo penal igualmente pendente de dolo específico. Não basta mera negligência, sendo exigido elemento subjetivo na conduta. É mister consignar que o atraso involuntário não configura crime e também não anula o ato, visto ser regra no processo penal que não se declara nulo o ato se dele não emergir prejuízo relevante em desfavor do autuado, a saber:

O atraso na entrega da nota de culpa ao investigado preso em flagrante, embora constitua irregularidade, não determina a nulidade do ato processual regularmente válido. É princípio basilar do processo penal a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu,

nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal” (STJ – RHC nº 21532/PR, j. 18.10.2007).

Como regra, a Autoridade Policial atentará para o horário da detenção e da entrega na nota de culpa, auferindo-se recibo escrito do detido, em duas vias, uma das quais, arquivada na Delegacia de Polícia.

Note-se que o Código de Processo Penal exige que a nota de culpa seja entregue ao autuado em até 24 horas após a realização da constrição (art. 306, § 2º). Em regra, a contagem é feita da captura. Entretanto, quando o fato for de difícil análise, seja pela complexidade do evento, seja pela multiplicidade de autores envolvidos, a Autoridade Policial poderá considerar o prazo a partir da decretação da prisão flagrancial, pela formalização do auto construtivo e justificando eventual atraso de maneira fundamentada, explicitando que o prazo da custódia precedente, foi excepcionalmente absorvido pela dinâmica do ato decisório, que envolve cinco fases distintas, a saber: a) colheita de dados; b) análise de dados; c) seleção de opções; d) planejamento da medida e e) execução da decisão³³.

³³ LESSA, Marcelo de Lima. O poder decisório do delegado de polícia. Teresina, *Jus Navigandi*, Teresina, abril 2018.

10.3.5 PROLONGAR A EXECUÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, DE PRISÃO TEMPORÁRIA, DE PRISÃO PREVENTIVA, DE MEDIDA DE SEGURANÇA OU DE INTERNAÇÃO, DEIXANDO, SEM MOTIVO JUSTO E EXCEPCIONALÍSSIMO, DE EXECUTAR O ALVARÁ DE SOLTURA IMEDIATAMENTE APÓS RECEBIDO OU DE PROMOVER A SOLTURA DO PRESO QUANDO ESGOTADO O PRAZO JUDICIAL OU LEGAL (ART. 12, P.U., INCISO IV)

Novamente, exige-se dolo específico. O tipo penal só se consuma se a prolongação da execução da pena privativa de liberdade ou emissão de alvará de soltura for prolongada ou retardada sem motivo justo e excepcionalíssimo.

No âmbito policial, interessam o prolongamento de prisão temporária e preventiva, bem como, o retardamento de execução de alvará de soltura e/ou soltura quando esgotado o prazo judicial ou legal.

- **Prisões (detenções)**

Os Delegados de Polícia acompanharão atentamente o prazo das prisões cautelares decretadas pelo Poder Judiciário, tanto de maneira direta, em unidade policial sob sua supervisão como indireta, vale dizer, em unidade prisional externa apropriada.

No Estado de São Paulo, por força do artigo 428, parágrafo único, das Normas Judiciais da Corregedoria Geral de Justiça, expirado o prazo da prisão civil ou temporária, o preso será colocado imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura, ressalvada, no último caso, a decretação de sua prisão preventiva, circunstância que impedirá sua libertação.

Entretanto, entendendo o Delegado de Polícia ser desnecessária a continuidade da prisão temporária antes do término do prazo fixado, representará ao juízo competente a revogação, informando as diligências realizadas e as razões de tal convencimento.

Digno de nota que a Lei Federal nº 7.960/89 não condiciona a soltura do preso temporário a um alvará judicial, motivo pelo qual a questão não é pacífica, já que a interpretação da norma administrativa, em tese, não pode violar garantias constitucionais. O ideal, assim, é que a Autoridade Policial verifique a rotina adotada em sua Comarca. O mais adequado é que a soltura seja precedida de manifestação do juízo competente.

Por derradeiro, vale lembrar que as prisões preventivas não envelopam prazo legal pré-estabelecido e, portanto, as solturas devem ser mediante revogação judicial.

- **Alvarás de soltura**

A execução de alvarás de soltura não é medida automática, pois requer consulta formal aos sistemas eletrônicos de informação criminal e outras medidas de caráter preventivo (análise de prontuário, confirmação de dados, eventual confrontação papilar etc.) o que, involuntariamente, pode gerar eventual atraso no cumprimento da ordem. Desse modo, a Autoridade Policial consignará as ações que adotou, a fim de justificar eventual demora. Registre-se que o excesso de zelo não se confunde, sequer em tese, com o dolo exigido pelo tipo penal, pois aquele é legitimado pelo interesse público, que não pode ser sobreposto ao particular.

No mais, se forem excepcionalmente verificadas circunstâncias que comprometam a segurança da Unidade policial ou prisional (rebeliões

em curso ou recém debeladas, comprometimento justificado do corpo de segurança, fundada suspeita de ataque, resgate ou fuga etc.), a Autoridade responsável poderá, cautelarmente, protelar o cumprimento do alvará de soltura, justificando sempre a medida. A regra, sem prejuízo dos direitos individuais do preso, será priorizar a segurança.

10.4 ATOS DE CONSTRANGIMENTO ILÍCITO A PRESO OU DETENTO E CONDUTAS EQUIPARADAS (ART. 13)

O artigo 13 da Lei nº 13.869/2019 assim dispõe:

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;

II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;

III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

10.4.1 CONSTRANGER O PRESO OU O DETENTO, MEDIANTE VIOLÊNCIA, GRAVE AMEAÇA OU REDUÇÃO DE SUA CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA, A EXIBIR-SE OU TER SEU CORPO OU PARTE DELE EXIBIDO À CURIOSIDADE PÚBLICA (ART. 13, I)

A redação legal agora fala em “preso” e “detento”. Desse modo, ao menos neste tipo penal, a lei reconhece que se tratam de condições diversas, uma decorrente de condenação (preso) e outra da prática de infração penal (detido/detento).

O tipo exige prática de violência, grave ameaça ou redução de capacidade de resistência (o “exibir como troféu”), os quais não devem ser confundidos com o acompanhamento midiático externo do transporte do preso, porquanto não ser lícito aos órgãos policiais controlarem absolutamente os veículos de comunicação e a imprensa que casualmente se encontrem nas vias de acesso público enquanto determinada diligência é efetuada e filmem ou fotografem o sujeito preso. Aliás, dispositivo que expressamente criminaliza referido contexto, o artigo 14 do Projeto da nova lei, foi vetado pela Presidência da República e o veto foi mantido pelo Congresso Nacional. O que a lei de abuso de autoridade proíbe é o constranger o custodiado à exposição gratuita e sensacionalista, à sua expressa revelia.

No mais, é certo que da exposição pode decorrer uma interpelação da mídia, algo que as Autoridades Policiais, em razão da nova Lei de Abuso de Autoridade, devem se atentar, pois de uma ação precede a outra.

Outrossim, oportuno consignar que, dentre as alterações promovidas pela nova Lei Federal nº 13.964/2019, decorrente do conhecido “pacote anticrime”, há o artigo 3º-F do CPP, que atribui ao “juiz de garantias”, magistrado responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos individuais (novo artigo 3º-B do CPP), assegurar o cumprimento das regras para tratamento dos presos, impedindo ajuste entre autoridades com a imprensa para explorar a imagem do custodiado e, no parágrafo único do dispositivo, prevê a elaboração de regulamento para disciplinar o modo pelo qual as informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso serão transmitidas à imprensa.

Pondera-se que, se a exposição ocorrer involuntariamente e em dependência de acesso direto e indireto não controlado, não poderão os

agentes públicos ser responsabilizados, dada a impossibilidade operacional de se administrar, de maneira absoluta, esses espaços que em regra são públicos.

- **Entrevistas de pessoas presas**

No que tange à exibição do preso, a questão não demanda maiores interpretações, dada a explicação acima ofertada. No entanto, dúvidas podem surgir no que concerne às exibições para entrevistas, as quais não deixam de ser apresentações corporais à curiosidade pública, afinal o preso está sob a custódia do Estado e, portanto, poder-se-ia alegar que ele, embora ausente a violência ou grave ameaça, está com a sua capacidade de resistência reduzida.

Em algumas Comarcas as exibições de custodiados são disciplinadas por normas das Corregedorias dos Presídios e das Polícias Judiciárias, as quais requerem comunicação à Autoridade Judicial ou a colheita de manifestação escrita do preso, não se opondo à entrevista ou exposição.

Consigna-se que a lei fala em “exibição”, o que não se confunde com o fornecimento verbal de informações que o preso queira ofertar à mídia, que em regra capta apenas a sua voz. É certo que essas ações podem ser monitoradas pelas Autoridades Policiais, a fim de que a eventual entrevista não se transforme em “interrogatório público”, cuja condução, por reserva legal, cabe ao Delegado de Polícia.

As instituições de segurança pública paulista possuem normas internas a respeito do tema, a fim de pautar a ação dos seus integrantes, nos vários escalões, motivo pelo qual, há diretrizes acerca do padrão de conduta para entrevistas e exposições de imagem, a seguir comentadas.

Em São Paulo vigora a Resolução SSP-41, de 2 de maio de 1983, a qual, em seu artigo 2º, dispõe que os Delegados de Polícia e Oficiais da Polícia Militar zelarão pela preservação dos direitos a imagem e a privacidade das pessoas submetidas a investigação policial ou detidas em razão da prática de crime ou contravenção penal, enquanto se encontrarem no recinto de repartições policiais, a fim de que, a referidas pessoas e por extensão às suas famílias, não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de suas imagens ou da divulgação liminar de circunstâncias ainda objeto de apuração. E mais, que tais pessoas somente serão fotografadas, filmadas e/ou entrevistadas se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade. Trata-se de ato normativo com texto replicado pela Portaria DGP-18/97.

Em viés similar, a Portaria DGP-30, de 24 de novembro de 1997, estabelece que os Delegados de Polícia somente autorizem entrevista ou registro de imagem de pessoa detida ou presa mediante seu prévio consentimento por escrito, após suficientemente informada sobre seus direitos e observadas as normas fixadas pelo Juiz Corregedor de Polícia Judiciária competente.

No mesmo passo, a Portaria DGP-18, de 25 de novembro de 1998 prevê que as Autoridades Policiais e demais servidores zelarão pela preservação dos direitos à imagem, ao nome, à privacidade e à intimidade das pessoas submetidas à investigação policial, detidas em razão a prática de infração penal ou à sua disposição na condição de vítimas, em especial enquanto se encontrarem no recinto de repartições policiais, a fim de que a elas e a seus familiares não sejam causados prejuízos irreparáveis, decorrentes da exposição de imagem ou de divulgação liminar de circunstância objeto de apuração. No mais, tais pessoas, após orientadas sobre seus direitos constitucionais, somente serão fotografadas,

entrevistadas ou terão suas imagens por qualquer meio registradas, se expressamente o consentirem mediante manifestação explícita de vontade, por escrito por termo devidamente assinado, observando-se ainda as correlatas normas editadas pelos Juízos Corregedores da Polícia Judiciária das Comarcas.

No caso de exibição regular de pessoas ou coisas relacionadas aos resultados positivos das atividades de polícia judiciária aos órgãos de comunicação social, deverá a figuração do nome e do emblema da Polícia Civil do Estado de São Paulo ocupar posição de destaque, nos termos da Portaria DGP-26, de 24 de julho de 2009.

Como se observa, a aferição de autorização por termo ou captação por vídeo é suficiente para a exposição voluntária do custodiado.

- **Divulgação de foto de interesse policial**

No que tange à divulgação de fotos de interesse policial, isto é, de pessoas investigadas cuja identificação seja imprescindível (autor de fatos criminosos em série, pessoa procurada e/ou foragida etc.), não vislumbra-se irregularidade na exposição, por manifesta falta de elemento subjetivo, visto que o tipo penal reclama a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Nesse caso, o interesse é notadamente público, não se confundindo com ato de mera liberalidade tendente a, de modo intencional, macular a imagem da pessoa investigada.

10.4.2 SUBMETER PRESO OU DETENTO A SITUAÇÃO VEXATÓRIA OU A CONSTRANGIMENTO NÃO AUTORIZADO EM LEI (ART. 13, II)

Mais uma vez, a Lei emprega duas expressões, “preso” ou “detento”, reconhecendo a distinção de significados. Tendo em vista que ambos se encontram privados da liberdade, a norma não traz maiores dificuldades na interpretação.

Situação vexatória é aquela que humilha, causa vergonha, dor ou aflição. É a execração pública. Já constranger significa coagir, física ou moralmente. Destarte, o preso/detento não pode ser submetido ao vexame público, sob pena da autoridade que o tem em custódia ser responsabilizada.

Contudo, é necessário compreender que essa exposição deve ser precedida de dolo, isto é, de má intenção e não em circunstâncias casuais que, eventualmente, venham a recair sobre a opinião acerca do caráter perverso de uma prática criminosa ou pelo próprio clamor público dela decorrente. Os agentes estatais devem zelar pela preservação do sujeito custodiado e não pela opinião coletiva sobre as nefastas ações dele, cujo controle sobre as repercussões é impossível.

No que tange ao constrangimento, é certo que o preso/detento, legalmente, pode suportar diversos deles, como a prisão, a contenção por algemas, os reconhecimentos, os interrogatórios, as conduções em veículos policiais entre outros. Por outro lado, o que a norma veda é o constrangimento não autorizado, isto é, obrigá-lo a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda.

O policial deve ter a disciplina consciente de interpretar o senso médio para identificar um possível resultado vexatório ou constrangimento de natureza ilegal. Se a submissão não tiver amparo em lei ordinária ou no poder de polícia da administração (que decorre de lei), o agente estatal deve se abster de executar a ação, pautando sua conduta pelo bom senso e pelas regras gerais de trato com as pessoas presas/detidas, inculpidas

na Lei de Execuções Penais, em diretrizes profissionais e na sua própria consciência.

O tipo penal em comento é deveras vago e, assim como os demais da presente lei, reclama dolo específico. Nessa toada, ações que visem a preservar o interesse público devem ser priorizadas, pois o foco que as move é superior ao meramente individual.

A seguir serão elencadas algumas situações que, envolvendo preso ou detento (a cautela também deve abranger o investigado) podem ser objeto do presente delito³⁴, mas que, devidamente justificadas, não configuração ilícito penal:

- **Métodos de busca pessoal e abordagem**

Embora a lei autorize a busca pessoal, ela silencia sobre os métodos de como ela deve ser exercida, afinal, na prática, podem surgir várias situações que escapam ao controle do agente público, emergindo, daí, a discricionariedade do ato, que deve ser minimamente motivado, conforme o cenário exigir.

Em regra, a busca pessoal será exercida pelo contato físico (mãos) entre o policial e o abordado. Nesse caso, ela será *direta*. Entretanto, por falta de previsão legal, para a localização das coisas a serem apreendidas, poderão ser empregados quaisquer meios lícitos, ainda que *indiretos*, quais sejam: métodos oculares, mecânicos (portais fixos, detectores de metais portáteis), radioscópicos (raio-x), cães farejadores etc.

³⁴ LESSA, Marcelo de Lima; MARTINS JR., Ricardo Fleck. Métodos adequados de busca pessoal, algemação e condução de presos diante da nova lei de abuso de autoridade. Teresina, *Jus Navigandi*, 18 out. 2019.

O ato de apontar armas de fogo na direção do(s) suspeito(s) não é ilícito, pois a ação objetiva apenas demonstrar força coercitiva estatal e evitar uma reação inoportuna e indesejada, na medida em que o agente estatal não sabe com quem está lidando. Todavia, num cenário em que não se verifique agressão direta, a arma, preferencialmente, deve ser exibida num ângulo de 45°, a fim de que, na hipótese de recalcitrância, o policial, antes de adotar uma medida extrema, tenha a oportunidade de usar maior severidade e erguê-la em 90°. Seria uma transição entre o estado de “atenção” (45°) e o de “alerta” (90°). Por outro lado, nos casos de perseguição ou reação grave ou violenta, o policial precisa ter liberdade para agir do modo que melhor lhe aprouver, desde que, intencionalmente, não exponha terceiros a risco.

Quanto ao uso da força por agentes de segurança pública, vale registrar a existência da portaria interministerial nº 4226/10, a qual, com supedâneo em diversos diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos, traz diversas diretrizes sobre o uso legítimo da arma de fogo, em especial, em sua diretriz nº 7 dispõe que “o ato de apontar arma de fogo contra pessoas durante os procedimentos de abordagem não deverá ser uma prática rotineira e indiscriminada”.³⁵

Nesse contexto, serão comentadas hipóteses que podem ocorrer na prática, acrescidas, destarte, do recomendado padrão de conduta para evitar uma responsabilização concisa. Cumpre salientar, antes de tudo, que as buscas pessoais contra a parede, com as mãos sobre a cabeça, de joelhos e em decúbito ventral (que poderão, genericamente, ser tachadas de “vexatórias”) são permitidas no âmbito da Polícia Civil do

³⁵ Portaria interministerial nº 4226, de 31 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-portaria-ministerial.pdf>. Acesso em 15 de out. 2019.

Estado de São Paulo, afinal o método de execução de cada uma delas está disciplinado no Manual Operacional do Policial Civil, instituído por um grupo de estudos formado por ato formal da Delegacia Geral de Polícia³⁶. Assim, quando executadas nas conformidades seguintes, com base no poder de polícia da administração pública (buscas preventivas ou administrativas) e com escora nos artigos 284 e 292 do Código de Processo Penal (força indispensável e meios necessários de defesa no caso de resistência, tentativa de fuga ou oposição a prisão), estarão como regra imunes a alegações de abuso sumário, porquanto operacional e legalmente justificáveis, a saber:

- **Busca preliminar no suspeito(a)**

A busca preliminar de uma pessoa suspeita é aquela feita num primeiro momento da ação policial, para fins de diminuição de riscos e controle do cenário. Geralmente ocorre na via pública ou no momento da detenção, ainda que em ambiente fechado. Será contra a parede (ou anteparo), com as mãos sobre a cabeça, de joelhos ou em decúbito ventral.

Não é demais lembrar que o artigo 249 do Código de Processo Penal estabelece que “a busca em mulher será feita por outra mulher, se não importar retardamento ou prejuízo da diligência”. Entretanto, referido dispositivo aplica-se apenas à busca preliminar, pois a íntima (pós-detenção) pressupõe um ambiente já serenado e discreto, não demandando, assim, eventual prejuízo em caso de espera por uma agente policial do sexo feminino.

³⁶ Portaria DGP-20, de 11-10-2000.

- **Busca em pessoa transexual**

De extrema relevância tratar da abordagem a pessoas transexuais, uma vez que se mostra tênue a linha da legalidade e do abuso, em especial em vista da falta de conhecimento aprofundado de alguns agentes estatais em interagir tais pessoas e da população em geral quanto aos seus deveres diante de uma abordagem policial.

Ressalta-se, ainda, que o STF, no recente julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO nº 26)³⁷ concedeu eficácia geral e efeito vinculante, em sua decisão, em criminalizar condutas homotransfóbicas.

A interação com grupos vulneráveis, no qual o coletivo LGBTQ+ se insere, é assunto caro à Polícia Civil do Estado de São Paulo, uma vez que sua missão constitucional não se restringe à função de polícia judiciária e apuração de infrações penais³⁸, sendo ela, verdadeiramente, a de proteger e promover os direitos humanos.

Assim, objetivando sempre privilegiar os direitos humanos no que tange à abordagem a este coletivo, é seguida a orientação contida na cartilha de Atuação Policial na Proteção dos Direitos Humanos de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade³⁹, editada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), da seguinte forma:

³⁷ STF, ADO 26 disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 15 de out. 2019.

³⁸ CF, art. 144, § 4º.

³⁹ Disponível em: https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/seguranca-publica/cartilhas/a_cartilha_policial_2013.pdf. Acesso em 15 de out. 2019.

As travestis e mulheres transexuais (sexo originalmente masculino, mas que têm identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico) deverão ter a identificação social feminina preservada (usar termos femininos) e, prioritariamente, deverão ser revistadas por policiais femininas. Se houver resistência ou superioridade física da abordada e isso vier a representar perigo para a policial feminina, esta, cautelarmente, estará licenciada de revistá-la.

Os homens transexuais (sexo originalmente feminino, mas que têm identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico) deverão ter a identificação masculina preservada (utilizar termos masculinos) e, prioritariamente, deverão ser revistados por policiais femininas, haja vista a existência de lei que regula a busca pessoal em mulheres. A sua eventual condução será feita em separado dos homens cuja identidade de gênero estiver alinhada ao sexo biológico.

Necessário entender que tal posicionamento como regra protegerá não só a dignidade da pessoa transexual abordada e, eventualmente, revistada, como também o próprio policial em uma futura cogitação de abuso, mesmo que desarrazoada, uma vez que não há vedação legal para que policiais femininas possam realizar buscas em pessoas de ambos os sexos biológicos (CPP, art. 244).

- **Busca minuciosa (íntima) em infrator(a)**

A busca minuciosa (íntima) em suspeito é aquela feita num segundo momento da custódia e implica, em regra, a exposição da intimidade individual das pessoas. Geralmente antecede a entrada do custodiado no cárcere, a fim de que não carregue consigo instrumentos ofensivos (armas), michas, drogas ou objetos ilícitos. Nela, o indivíduo será

despido em ambiente controlado e não aberto a terceiros, para inspeção corporal e das vestes.

No que tange à revista íntima de funcionárias nos locais de trabalho, a Lei Federal nº 13.271/2016, dispõe que as empresas privadas, os órgãos e entidades da administração pública, direta e indireta, ficam proibidos de adotar qualquer prática de revista íntima de suas funcionárias e de clientes do sexo feminino, sujeitando os infratores a pena de multa. Vale anotar que o dispositivo que tratava da revista íntima em ambiente prisional foi vetado.

- **Busca minuciosa (íntima) em visitante de estabelecimento prisional**

Em São Paulo, o tema é disciplinado pela Lei Estadual nº 15.552/2014, que proíbe a busca íntima em visitante de estabelecimento prisional, assim entendida como aquela que obriga a pessoa despir-se, fazer agachamento ou dar saltos, submeter-se a exames clínicos invasivos. A regra é a revista mecânica (*scanner*, detector de metal, raio-x etc.), sempre em local reservado. Em caso de suspeita, o visitante, após ser novamente revistado, poderá ser impedido de entrar no estabelecimento. Caso insista, será encaminhado a um ambulatório onde um médico averiguará a suspeita mediante exame específico. Se confirmada a suspeita inicial, é feita a apresentação na Delegacia de Polícia. Ademais, não se pode desprezar que, conquanto a norma estadual estabeleça essa restrição, existindo fundada suspeita da posse de objeto que constitua corpo de delito (mesmo que por parte de visitante), a regra, em tese, passa ser a do artigo 244 do Código de Processo Penal. Na hipótese de encontro de aparelho de telefonia móvel celular, por exemplo, não se olvida do crime do artigo 349-A do Código Penal, ocasião em que o visitante passa a ser suspeito de prática delituosa.

- **Busca pessoal contra a parede**

Esse tipo de busca geralmente é realizado quando o cenário proporciona um anteparo vertical, que pode ser uma parede, um muro, um suporte físico etc. Nele, o sujeito, levemente imobilizado e desequilibrado, fica apoiado com as mãos acima da cabeça e mantém os braços e pernas abertas, enquanto a busca pessoal, com apoio, é executada. É usada em situações em que o suspeito, geralmente em menor número, se mostra colaborativo e não esboçou reação ativa. É o padrão em casos convencionais de busca e, se realizada adequadamente (aproximação, interpelação, aproximação e revista), estará imune a reparos, já que decorre da lei (CPP, art. 244, no caso da busca processual) ou do poder de polícia da administração, no caso da busca preventiva ou administrativa.

- **Busca pessoal com as mãos sobre a cabeça**

A regra será similar à da busca pessoal contra a parede. O perfil do interpelado é basicamente o mesmo e o diferencial reside na inexistência de anteparo para a medida. Nesses casos, o suspeito permanece em pé, com as pernas levemente abertas e os dedos entrelaçados sobre a cabeça. Técnica que requer treino do policial responsável, mormente no que tange ao manuseio e ao entrelaçamento dos dedos do abordado e à expertise de deixá-lo minimamente desequilibrado (mas escorado) enquanto a busca pessoal se realiza. Se os fundamentos da busca processual ou preventiva estiverem presentes, a ato é lícito e regular.

- **Busca de joelhos**

Posição adotada nos casos em que o policial tiver fundadas razões de que o revistado é, de fato, um infrator. É adotada, também, nas hipóteses de reação ativa média, em que o abordado denota linguagem corporal insurgente ou, ainda, quando os policiais, diante desses mesmos perfis, estiverem em visível inferioridade numérica. A postura de joelhos otimiza a ação policial e minimiza eventuais reações rápidas, as quais, se exercidas, serão fulminadas com toques físicos sutis que colocarão, de pronto, o insurgente em decúbito ventral.

- **Busca em decúbito ventral**

Trata-se de medida como regra para abordagem de pessoa sabidamente perigosa, em que exista reação ativa elevada (fuga propriamente dita), quando o ambiente for ermo ou houver inferioridade numérica de policiais diante desses perfis ou cenários. Nela, o(s) abordado(s) permanece(em) em decúbito ventral, com o(s) braço(s) aberto(s), otimizando a segurança dos policiais, que deverão imobilizá-los com as pernas, enquanto a busca ocorre. Feito isso, a elevação deve deter técnicas apropriadas, usando-se o peso do abordado e a dinâmica da física para erguê-lo, não raro, já algemado.

Diante do quadro descrito, necessário lembrar que o agente público, em especial, o policial é um *longa manus* do Estado, sendo este o titular exclusivo do uso da força, razão pela qual sua conduta envolverá maior respaldo, razão da existência de tipos penais que tutelam a administração pública contra condutas indevidas de particulares como a desobediência, o desacato e a resistência.

Nesta esteira, a conduta dos policiais segue a regra do direito administrativo, ou seja, dos atos administrativos em geral, gozando

seus atos de presunção relativa de legitimidade e externados pelo poder discricionário, sempre dentro do binômio conveniência e oportunidade, agindo lastreados na lei e nos limites dela (princípio da legalidade pública).

Assim, cabe ao policial civil e aos policiais em geral, de modo discricionário, optar pelas hipóteses básicas da busca em virtude do cenário que a ele se apresentar. Por óbvio que as hipóteses de revista de joelhos e em decúbito ventral se mostram muito mais potencialmente constrangedoras ao abordado mas, se motivadas, estarão imunes a reparos.

Não obstante, o espírito da lei não é apenas proteger a honra e dignidade dos presos (em sentido amplo) contra eventuais abusos de maneira cega, vedando condutas operacionais corretas que não extrapolem a legislação e punir agentes públicos que exerçam seu *munus*, mas sim coibir a conduta dolosa do agente estatal em deliberadamente humilhar, execrar publicamente o preso. Repise-se que é sempre exigível o elemento subjetivo na conduta.

Frisa-se que em toda ação estatal haverá uma potencial colisão de direitos fundamentais, de modo que os interesse particulares também serão ajustados aos interesses coletivos.

- **Métodos de emprego de algemas**

Pode ocorrer que da busca pessoal decorra a captura do abordado. Nesses casos, o policial procederá à algemação do indivíduo para, na sequência, conduzi-lo. As hipóteses legais estão previstas no Decreto Federal nº 8.858/2016, que admite o emprego de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, causado pelo preso ou por terceiros, justificada a sua excepcionalidade por escrito, vedado o uso em mulheres presas em

qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

Salienta-se que a Lei Federal nº 13.060/2014 dispõe que as instituições policiais priorizem a utilização de instrumentos de menor potencial ofensivo e menor potencial letal, com a intenção de preservar vidas e minimizar danos à integridade das pessoas, obedecendo os princípios da legalidade, da necessidade, da razoabilidade e da proporcionalidade para o uso racional da força, que prestigiem a tutela da integridade física e psíquica do cidadão⁴⁰.

- **Uso convencional de algemas**

São as hipóteses de prisão ou transporte comum, em que as algemas são colocadas, em regra, nos pulsos do detido/preso, que permanece com as mãos voltadas para trás, dorso com dorso e polegares elevados. Isso é necessário para trazer segurança aos policiais e aos próprios custodiados, a fim de que o conduzido não esboce reações agressivas, como estrangulamentos, arrebatamento de armas ou ações similares.

- **Condução de detidos/presos em duplas**

⁴⁰ OLIVEIRA, Alexandre Pinto de. *A conduta policial e as técnicas de abordagem à luz da doutrina de direitos humanos na missão constitucional da Polícia Civil*. 2016. 107 p. Monografia (Processo seletivo de professor de conduta policial e técnicas de abordagem) - Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2016, p. 14.

O ideal é a condução individual, menos constrangedora. Todavia, quando, por fundadas razões de segurança geral, houver a necessidade de se conduzir dois presos/detidos juntos, com duas algemas, o ideal é que fiquem de costas, um com o braço direito entrelaçado no direito do outro, e as mãos, algemadas e dorso com dorso. Se for apenas um par, uma das peças móveis ficará no pulso direito do primeiro conduzido, ao passo que a outra, no direito do segundo. Sendo três indivíduos presos, o do meio cruza os braços e as peças remanescentes são apostas nos braços extremos dos demais.

- **Métodos de condução**

O ideal é que os custodiados sejam conduzidos de maneira segura, a fim de não esboçarem reação ou tentarem fugir. Estando eles com as mãos contidas para trás, os policiais deverão segurá-los com a mão que não seja de saque, a fim de que possam, numa situação emergencial, reagir contra um ataque ou emboscada. Isso otimiza, também, o posicionamento da arma do agente estatal, que sempre ficará do lado oposto, longe do conduzido.

Em situações avaliadas como necessárias (risco de reação ou efetiva reação), os condutores poderão usar técnicas apropriadas de imobilização em pessoas algemadas, de modo que os custodiados tenham os movimentos comprometidos e não consigam atentar contra os agentes estatais. Isso não corresponde a vexame ou constrangimento, mas sim, em medida emergencial e de zelo a segurança, sempre atendendo ao elemento subjetivo na conduta dos agentes públicos para avaliar a configuração de eventual ilícito.

- **Práticas a serem evitadas**

O que a lei de abuso pretende vedar (vexame ou constrangimento ilegal) são as situações tidas como excepcionais, em que o constrangimento não possui aparente amparo legal e, operacionalmente, transpõe os limites admissíveis, pois pressupõe que o detido já está contido e eventuais meios complementares de força são desnecessários. Em tais hipóteses, poderá emergir uma situação vexatória (mormente em casos de exposição midiática) ou constrangimento ilícito.

Tratam-se de atitudes que, a despeito da contenção já a rigor ultimada, visem potencializar, ainda mais e de maneira descabida, a restrição física. Exemplo dela é a chamada *little package*, que consiste em algemar o indivíduo deitado com as mãos para trás e com os pés nelas presos. Não raro, essa técnica pode impedir a respiração adequada da pessoa, a qual, em razão da elevada compressão torácica a que é submetida, poderá ser acometida de asfixia posicional, que em situações extremas pode levar a óbito. Fora isso, a *little package* é uma técnica visualmente impactante, isso em razão de potencial afronta à dignidade humana, o contraria os princípios do próprio Decreto Federal nº 8.858/16.

- **Algemas de dedos e de tornozelos**

A lei não proíbe o uso de algemas de dedos e de tornozelos, as quais, dependendo do cenário e da necessidade, poderão, de maneira motivada, ser igualmente empregadas. No caso do preso alquebrado, não se vislumbra como regra necessidade de contê-lo pelos tornozelos, circunstância que, na prática, será admitida apenas em hipóteses excepcionais. Tal técnica deve ser reservada aos indivíduos perigosos e cuja possibilidade de reação ou fuga seja notória.

- **Parturientes**

Dúvidas podem surgir em quem pode ou não ser algemado. Pelo Decreto Federal nº 8.858/16, não podem ser algemadas mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada.

- **Crianças**

Às crianças infratoras (até 12 anos de idade incompletos) são previstas apenas medidas de proteção e não socioeducativas. Não devem elas, portanto, como regra serem apresentadas em unidades policiais, mas sim aos Conselhos Tutelares (ECA, arts. 105 e 136). Em São Paulo, a Resolução SSP-72/90 (art. 5º), inclusive, disciplina nesse sentido. A regra, destarte, é não submetê-las a busca pessoal ou algemação, salvo quando o cenário, diante de uma situação extrema (criança notoriamente agressiva surpreendida portando arma de fogo etc.), assim exigir.

- **Adolescentes**

Adolescentes infratores (de 12 a 18 anos de idade incompletos) podem ser algemados sem restrições, salvo aquelas previstas para as pessoas adultas. O que a lei veda, no caso dos adolescentes, é a condução ou transporte em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, que impliquem risco à sua integridade física ou mental (ECA, art. 178).

- **Idosos**

No caso de pessoa idosa (60 anos de idade ou mais), cujas ações se enquadrem no que a lei autoriza, também inexistente restrição específica quanto ao uso de algemas, remanescendo aos agentes estatais, entretanto, o bom senso de empregá-las com o menor constrangimento possível. A cartilha de Atuação Policial na Proteção dos Direitos Humanos de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade⁴¹, editada pela SENASP, orienta que as pessoas idosas, quando necessário, serão algemadas pela frente, se isso não prejudicar a segurança.

- **Pessoas com deficiência**

Na hipótese de pessoas com deficiência, é importante que os policiais avaliem, na prática, o tipo de deficiência aliada à efetiva necessidade de algemação pois, se improvável o receio de fuga ou inexistente perigo à integridade física própria ou alheia causada pelo preso ou terceiro, o ato não será necessário.

Pessoas idosas e deficientes têm limitações físicas naturais, portanto é recomendável que os policiais não as coloquem em posições desconfortáveis (joelhos, chão etc) e incompatíveis com a capacidade reativa que, seja pela idade ou pela estrutura física, não ostentem.

- **Equação preventiva (cenário + conduta + justificativa)**

De todo modo, é certo que o policial deve precaver-se contra possíveis imputações que lhe queiram impingir indevidamente. Para se prevenir, sugere-se a memorização de uma equação preventiva

⁴¹Disponível em: https://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/seguranca-publica/cartilhas/a_cartilha_policial_2013.pdf.

que, corretamente seguida, evitará dissabores no exercício de suas funções. Ela é composta de três partes, a saber:

A avaliação do cenário deve ser nata ao policial treinado, de modo que ele, ainda que sob as mais severas condições, tenha capacidade de sopesar qual a melhor técnica diante do cenário enfrentado, quais sejam, busca contra a parede, busca sem anteparo e com as mãos sobre a cabeça, busca de joelhos ou busca em decúbito ventral. Ele deve possuir condições operacionais para saber diferenciar a necessidade de cada uma, pois, logo adiante, terá que justificá-las. Esse, então, é o primeiro passo, medir a temperatura do terreno e aplicar a melhor técnica.

A conduta vem em seguida, com a efetiva adoção das medidas operacionais necessárias, consistentes na aproximação, na interpeção, na busca e na contenção, se cabível. O agente deve executar a revista de maneira serena e, caso encontre resistência, deverá estar preparado para empregar a força necessária até vencer a recalcitrância. Neste momento, o policial irá escolher a técnica mais eficaz ao cenário apresentado, deverá dentro de sua "caixa de ferramentas" escolher a que melhor se apresenta e, para tanto, utilizará o conhecimento adquirido ao longo de sua trajetória, sempre com supedâneo da lei e nos limites dela. Feito isso, deve ter refrear eventuais excessos, que poderão resvalar em abusos. Nessa fase, também é avaliada a técnica adequada de algemação, caso seja ela exigida.

Fase final, em que o agente estatal, após a execução da diligência, deve estar preparado para individualizar, perante a autoridade, as condições de cenário enfrentadas, a fim de justificar, em preliminar, os motivos da espécie de busca realizada (anteparo, joelhos ou decúbito ventral). Após, explicará sua conduta em campo, ou seja, o método a rigor adotado, de acordo com as características do sujeito da busca. Nessa

fase, entrarão detalhes como a ocorrência ou não de resistência ou fuga, eventuais características pessoais do abordado, força necessária etc.

É importante, assim, que todo o desenrolar da ocorrência seja exposto de maneira pormenorizada, inclusive, declinando o desenvolvimento do uso diferenciado da força, em razão de desobediência, resistência etc., dando, assim, cor ao papel, lembrando que os documentos policiais são frios e tem como destinatário pessoas, que, por vezes, desconhecem por total a atividade policial e suas adversidades e peculiaridades.

Necessário documentar por escrito a conduta em campo, bem como o uso de algemas, seja no registro de ocorrência, seja nos depoimentos colhidos, para afastar cogitação de responsabilização futura⁴².

10.4.3 CONSTRANGER PRESO OU DETENTO A PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO OU CONTRA TERCEIRO (ART. 13, III)

Novamente as expressões “preso” ou “detento”. Na hipótese, aparentemente foram empregadas de acordo com a fase da persecução penal, embora enverguem sentidos distintos.

Em parte, nada mais é do que a consagração do princípio da não autoincriminação, inerente ao exercício do direito de defesa e sobretudo à autodefesa. Consiste no direito ao silêncio, de não declarar nada contra si próprio, de não confessar e de não apresentar provas que o incriminem.

⁴² Caso não sejam possíveis tais formas de documentação, prudente se faz que o policial solicite a anotação no próprio talão da viatura, via rádio, caso esteja modulando, ou, ainda, que ele próprio anote digitalmente no talão.

Abrange, ainda, ao direito de não participar, de maneira ativa, de atos probatórios que venham a incriminá-lo, bem como de não ceder seu corpo para que seja produzida prova de caráter incriminador.

- **Direito ao silêncio**

No que tange ao direito ao silêncio, mister consignar que o interrogado optou por exercê-lo, assegurando a autodefesa negativa.

- **Diligências para formação probatória**

Nos casos de diligências para formação probatória, relevante que sejam precedidas de decisão fundamentada, notificando o investigado sobre a sua participação, a qual poderá ser acompanhada da respectiva defesa técnica, sendo lícito ao Advogado, inclusive, apresentar razões e quesitos (EAOAB – Lei nº 8.906/94, art. 7º, XXI, alínea “a”). Nos eventos de reconstituição de fato criminoso o investigado não pode ser compelido a dele participar e, caso o faça voluntariamente, é prudente que a autoridade responsável assinale nos autos sua expressa manifestação de vontade.

- **Etilômetro (bafômetro)**

No que tange ao denominado teste do etilômetro (“bafômetro”), em que pese o motorista abordado possa recusar-se no âmbito criminal diante do direito à não autoincriminação, pode ser sancionado administrativamente (CTB, art. 165-A).

Vale recordar que a verificação de embriaguez por álcool ou outra droga também poderá ser obtida por outros meios lícito, como vídeos ou

provas testemunhais, de modo a configurar eventual crime de embriaguez ao volante (CTB, art. 306, *caput* e § 2º).

Frisa-se que, na prática, a contraprova é um instrumento importante de defesa, a ser consignado nos autos que o investigado foi esclarecido a respeito dela, mas ainda assim declinou.

- **Intervenção médica em caso de ingestão de drogas**

Em regra, a intervenção médica em caso de ingestão de droga deve ser facultada, salvo se objetivar preservar a integridade física do suspeito.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o exame médico nesses casos assemelha-se, efetivamente, a uma busca pessoal, com auxílio de equipamento específico, não havendo a necessidade de um agir positivo por parte do investigado (HC 149.146, j. 27/08/2009). O princípio de não fazer prova contra si não impede que o suspeito seja submetido à investigação, sob pena de inviabilizar buscas pessoais diretas e indiretas. Ademais, é notória a alta probabilidade de que cápsulas contendo drogas ingeridas podem se romper no interior do organismo humano, causando a morte da pessoa, de modo a autorizar intervenção médica para que tais objetos sejam expelidos, protegendo o sujeito contra algo que ele próprio deu causa. Dessa maneira, o uso de procedimentos médicos aptos a expelir drogas ingeridas se traduz em intervenção estatal em favor da integridade física e da vida, bens tutelados pelo ordenamento jurídico vigente.

Assim, é importante a avaliação do estado de saúde do suspeito, com chancela médica se possível, a fim de que a aferição desse tipo de diligência não seja objeto de questionamentos. Justificadas as providências adotadas, eventual prova obtida será lícita.

10.5 CONSTRANGIMENTO A DEPOIMENTO DE PESSOA IMPEDIDA E FIGURAS EQUIPARADAS (ART. 15)

O artigo 15 da Lei 13.869/2019 assim dispõe:

Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:

I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou

II - de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.

O tipo penal do artigo 15, *caput* refere-se às pessoas impedidas de depor, nos termos do artigo 207 do Código de Processo Penal, as quais, entretanto, se desobrigadas pela parte interessada, poderão prestar seu testemunho se quiserem.

São exemplos de pessoas sujeitas ao sigilo profissional:

- **Advogados:** no processo em que atuarem ou sobre fato conhecido no exercício profissional (EAOAB, art. 7º, XIX e Código de Ética e Disciplina da OAB – Resolução CFOAB 02/2015, arts. 35 a 38).
- **Parlamentares:** sobre informações recebidas ou prestadas em razão do mandato e pessoas relacionadas (CF, art.53, § 6º e CESP, art.14, § 6º)

- **Médicos:** conforme Código de Ética Médica (Resolução CFM 1.931/2009, art. 73)
- **Psicólogos:** de acordo com o Código de Ética Profissional (Resolução CFP 10/05, art.9º)
- **Sacerdotes religiosos:** sigilo decorrente do livre desenvolvimento da religião e da liberdade de consciência e de crença (CF, art. 5º, VI)
- **Jornalistas:** decorre do sigilo da divulgação da fonte para exercício profissional e liberdade de informação jornalística (CF, arts. 5º, XIV e 220,§ 1º; Código de Ética dos Jornalistas Brasileiros, art.5º).

Já no tocante às figuras equiparadas dos incisos I (**pessoa que decida exercer direito ao silêncio**) e II (**pessoa que opte pela defesa técnica**), tais circunstâncias devem ser consignadas no interrogatório para encerramento do respectivo o termo lavrado.

Oportuno lembrar que é prerrogativa do Advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente (EAOAB, art. 7º, XXI)

Logo, se o interrogando condicionar sua oitiva à presença de seu defensor, o Delegado de Polícia poderá consignar essa manifestação, assinalando que o indiciado optou por permanecer em silêncio até receber orientação de seu advogado, sem prejuízo de posterior inquirição caso o defensor compareça. A ausência de defesa técnica não obsta a formalização da prisão em flagrante.

É de bom alvitre parametrizar tais cenários com a aplicação da tese desenvolvida no famoso “aviso de Miranda” (*Miranda warning* ou *Miranda rights*), segundo a qual a pessoa deve ser advertida pelos

agentes policiais já no momento de sua abordagem e captura, acerca do seu direito de permanecer calado, além de acionar assistência advocatícia e de não produzir prova contra si, reforçando a relevância de consignar manifestações do interrogado, viabilizar o contato e a presença do Defensor, sobretudo em audiências policiais com gravação audiovisual (CPP, art.405, § 1º).

O “aviso de Miranda” tem origem em julgamento do ano de 1966 pela Corte Suprema dos Estados Unidos da América, no caso *Miranda versus Arizona*, envolvendo a pessoa de Ernesto Miranda, preso pela polícia de Phoenix e submetido a interrogatório em que confessou prática delituosa, porém sem que fosse alertado quanto ao direito de ter um Advogado presente⁴³. Na decisão, firmou-se o entendimento de que não são válidas as declarações prestadas aos órgãos policiais por uma pessoa sem que antes ela seja informada de que tem o direito de não responder, que tudo que disser poderá ser utilizado contra ela e que tem direito a um defensor escolhido ou nomeado⁴⁴.

De igual modo, devem ser desconsideradas eventuais confissões informais para evitar o chamado “interrogatório sub-reptício” ou travestido de entrevista, seguindo orientação jurisprudencial (STF, Reclamação 33.711-SP, j. 11/06/2019), de maneira a avaliar todo o conjunto probatório

⁴³ CARVALHO, Gabriela Ponte; DUARTE, Evandro Piza. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan.-abr. 2018, p. 306-313.

⁴⁴ ANSELMO, Márcio Adriano. Direito ao silêncio e sua devida interpretação. In: ANSELMO, Márcio Adriano; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 105-110; MO-RAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 174-179.

para decidir sobre o indiciamento, em especial na decretação de prisão em flagrante delicto.

10.6 DEIXAR DE IDENTIFICAR-SE OU IDENTIFICAR-SE FALSAMENTE AO PRESO E FIGURA EQUIPARADA (ART. 16)

Assim estipula o artigo 16 da Lei nº 13.869/2019:

Art. 16. Deixar de identificar-se ou identificar-se falsamente ao preso por ocasião de sua captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal, deixa de identificar-se ao preso ou atribui a si mesmo falsa identidade, cargo ou função.

Nesta infração, a expressão “preso” refere-se também ao capturado, afinal a própria redação do tipo penal menciona “por ocasião de sua captura”.

Consagra-se o comando do inciso LXIV do artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua captura ou por seu interrogatório policial.

A nova lei estabelece que o condutor identifique-se ao sujeito abordado por ocasião da captura ou quando deva fazê-lo durante sua detenção ou prisão. Identificar-se falsamente, por óbvio, também é

considerado crime. Ou seja, em tese, a identificação deve ser feita de pronto, pelo agente estatal que executou a custódia.

Da mesma forma, o Delegado de Polícia, como autoridade responsável pelo interrogatório em sede de procedimento investigatório criminal previsto em lei (inquérito policial), deve identificar-se ao indiciado. O delito, nesse caso, é próprio, não sendo extensível aos agentes da Autoridade Policial.

- **Tarjetas**

Nas ruas, a dinâmica por vezes impede que o policial, durante uma abordagem e captura, tenha tempo hábil de serenar o ambiente e ofertar a sua identificação. Os policiais militares e guardas civis, em regra, usam tarjetas que os identificam, ato que, de maneira geral, faz cumprir o que a lei reclama. Já os policiais civis operam com vestes comuns e, quando fazem uso de complementos de vestuário ou uniformes, geralmente não usam tarjetas de qualificação, salvo constantes nos complementos de vestuário ofertados pelo Estado. Nesses exemplos, se há identificação ostensiva de pronto, não há que se falar em configuração de ilícito, visto que, num segundo momento e com o ambiente controlado, na Delegacia de Polícia, isso será feito. O espírito da norma é vedar o anonimato da prisão, algo que será sanado na formalização da custódia. Assim, esquecer-se de se identificar de pronto ou não o fazê-lo em razão da dinâmica operacional da custódia não é ilegal, por evidente ausência de dolo específico.

- **Balaclavas**

Com relação às capturas executadas por grupos táticos durante operações de alto risco, não é razoável que os seus integrantes, que normalmente fazem uso de balaclavas⁴⁵, procedam a sua imediata retirada e identificação, já que isso pode atrapalhar a execução dos trabalhos e a própria segurança dos envolvidos, considerando o dinamismo desses cenários. Se as instituições estatais possuem normas internas do uso desse equipamento de proteção individual, estas são suficientes para justificar a ação e, caso não as possuam, a própria dinâmica do ambiente é o bastante para legitimar a postergação da identificação, que será feita quando do registro da ação policial, logo depois.

- **Interrogatório policial**

O Delegado de Polícia que preside o interrogatório do preso ou o registro de ocorrências policiais (cumprimento de prisões cautelares, captura ou recaptura), determinará expressa menção do nome dos responsáveis pela captura, conforme já adotado na praxe de polícia judiciária, em consonância com o dispositivo da nova lei em comento. No que tange à autoridade responsável pelo interrogatório, o nome do Delegado de Polícia já consta expressamente nos termos formalizados.

⁴⁵ LESSA, Marcelo de Lima. O uso de balaclava em operações policiais de alto risco. Teresina, *Jus Navigandi*, out. 2017.

10.7 SUBMETER PRESO A INTERROGATÓRIO POLICIAL DURANTE O PERÍODO DE REPOUSO NOTURNO, SALVO EM CASO DE FLAGRANTE OU, ASSISTIDO, ASSIM O CONSENTIR (ART. 18)

O artigo 18 da Lei nº 13.869/2019 veicula o seguinte tipo penal:

Art. 18. 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:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Em exame preliminar, identificam-se pontos que podem gerar dúvidas na aplicabilidade do citado dispositivo na esfera extrajudicial, foco da figura penal, a fim de conciliar as garantias fundamentais das pessoas custodiadas com a escorreita atuação estatal para tutelar o interesse social na investigação de fatos delituosos, vocação constitucional das instituições de polícia judiciária.

Vislumram-se, de início, cinco pontos controversos do referido artigo 18 da Lei 13.869/19, a seguir abordados.

10.7.1 ABRANGÊNCIA DO VOCÁBULO “PRESO”

A primeira potencial controvérsia consiste em definir a abrangência do vocábulo “preso” na redação do tipo penal do artigo 18. Em outras passagens, a nova Lei de Abuso de Autoridade menciona “investigado” (arts. 10, 20, p.u., 25, p.u., 28, 29 e 31) e “detento” (art. 13), ensejando, assim, caráter amplo ao objeto das normas, direcionando-as a situações distintas.

Destarte, para uma interpretação teleológica, adotando como paradigma a Resolução 43/173, de 1988, da Organização das Nações Unidas (ONU), que estabelece o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão, a palavra “preso” restringe-se à pessoa privada de liberdade decorrente de condenação criminal. Nesses parâmetros, a figura penal do artigo 18 não miraria a pessoa meramente investigada, visto não estar “presa” e que, a rigor, também não é tecnicamente “interrogada” e sim ouvida em “declarações”⁴⁶.

No contexto descrito, o que o tipo penal pretende coibir, numa primeira avaliação, é o interrogatório noturno de pessoa já presa, seja por condenação, seja por ordem judicial abrangendo, assim, o preso temporário ou preventivo. Logo, seria o exemplo do custodiado que, no meio da noite, é sorrateiramente retirado da cela para ser submetido a um interrogatório policial.

Nessa primeira discussão aventada para estabelecer o sujeito passivo da infração penal do artigo 18 do novel diploma, ampliado genericamente o conceito de “preso”, qualquer sujeito capturado ou detido estaria abarcado, o que não parece ser o propósito do legislador, na

⁴⁶ 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>>. Acesso em: 04 dez. 2019.. Conquanto a nova Lei de Abuso de Autoridade mencione que o preso assistido prestará “declarações”, a redação do legislador não parece ter adotado nomenclatura técnica concernente ao documento da oitiva do indiciado, ao qual é reservado o auto de qualificação e “interrogatório”, enquanto o mero investigado, como regra, é preliminarmente ouvido em termo de declarações. Possivelmente a expressão “declarações” do artigo 18 foi lançada em sentido amplo e atécnico.

medida em que não mencionou de maneira específica termos como “investigado” ou “capturado” como o fez em outros dispositivos da nova lei. Já uma leitura em sentido mais técnico, delimita o sujeito passivo ao indivíduo condenado ou preso por ordem judicial (custodiado preventivo ou temporário).

10.7.2 LIMITAÇÃO AO INTERROGATÓRIO DE MÉRITO

O segundo ponto que pode provocar alguma divergência encontra-se na extensão da vedação ao interrogatório policial no repouso noturno, mais precisamente em incidir tanto na primeira parte do ato, afeta aos dados qualificativos e à ciência do teor da imputação (“interrogatório de qualificação”), quanto na segunda parte do interrogatório, que compreende as respostas sobre os fatos propriamente ditos, vale dizer, sobre o mérito do evento apurado (“interrogatório de mérito”)47.

Ressalta-se que, na etapa policial do processo penal, o interrogatório resulta da decisão de indiciamento exarada pelo Delegado de Polícia mediante ato fundamentado (Lei 12.830/13, art. 2º, § 6º), em sede de despacho no curso de inquérito policial instaurado por portaria ou no corpo de auto prisional quando proferido por ocasião da decretação de prisão em flagrante delito48.

Nota-se que a decisão de indiciamento funciona com um filtro para a formalização dos três atos dela resultantes, que são conhecidos pela expressão “formal indiciamento”, assim compreendidos: a

47 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 310.

48 MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 160-168.

qualificação e interrogatório (CPP, arts. 6º, V e 185 e ss.), a identificação (CPP, art. 6º, VIII) e a obtenção de informações sobre a vida pregressa do indiciado (CPP, art. 6º, IX)⁴⁹. Por meio dos atos derivados da decisão de indiciamento o sujeito é cientificado dos fatos contra ele imputados e tem possibilidade de se manifestar e intentar medidas dentro do inquérito policial (defesa endógena) ou fora dos autos investigatórios por via judicial (defesa exógena)⁵⁰, de modo que o indiciamento deve ser visto como um marco a partir do qual sobretudo o direito de defesa pode e deve ser exercido⁵¹.

Portanto, o interrogatório policial é precedido da decisão de indiciamento pelo Delegado de Polícia presidente do procedimento investigatório criminal e o que a nova lei parece proibir é o interrogatório objetivo, de mérito, afeto às perguntas sobre os fatos em si, quando promovido no “repouso noturno” e não exatamente a qualificação e a ciência da imputação (interrogatório de qualificação).

Assim, o direito de permanecer calado, conhecido como autodefesa negativa, está atrelado ao interrogatório de mérito e não ao ato preliminar de qualificação pessoal, visto que a recusa ao fornecimento de dados sobre a própria identidade pode inclusive configurar contravenção

⁴⁹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 103-119.

⁵⁰ SAAD, Marta Cristina Cury. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 270-271.

⁵¹ SAAD, Marta Cristina Cury. Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial. *Boletim informativo IBRASPP – Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal*. Ano 03, nº 05, 2013, p.20.

penal (Decreto-lei nº 3.688/41, art. 68)⁵². São fases distintas. Qualificar e cientificar sobre a imputação não é proibido, sequer à noite. Aliás, esclarecer sobre os fatos imputados abrange relevante aspecto do direito de defesa, a viabilizar o conhecimento e a participação do investigado e de sua defesa técnica. Já o interrogatório de mérito, sobre o fato apurado (CPP, arts. 6º, V e 187, § 2º, incisos I a VIII), envolve a proteção objeto da figura penal do artigo 18 da nova lei.

10.7.3 CONTEÚDO DO ELEMENTO NORMATIVO “REPOUSO NOTURNO”

A terceira controvérsia do tipo penal do artigo 18 da Lei 13.869/19 reside na concepção do elemento normativo “período noturno”, não estabelecido na nova lei.

Por analogia, despontam três caminhos como soluções. O primeiro é o do artigo 212 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), que dispõe que os atos processuais serão realizados em dias úteis, das 6 às 20 horas. O segundo critério, também de caráter objetivo, encontra-se no artigo 22, inciso III, da própria nova Lei de Abuso, que pune o cumprimento de mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21 horas e antes das 5 horas⁵³. Já o terceiro caminho inclina-se a um critério psico-sociológico, alusivo aos costumes e convenções sociais, acompanhando compreensão conferida pela literatura jurídica da mesma expressão “repouso noturno” que figura como causa de aumento do delito

⁵² EL DEBS, Aline Iacovelo. Natureza jurídica do interrogatório. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002.

⁵³ CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 158-163.

de furto prevista no § 1º, do artigo 155 do Código Penal, que difere de lugar para lugar em razão da realidade e da vida noturna de cada localidade, associado ao interstício entre o pôr do sol e a aurora do dia subsequente⁵⁴.

Como se observa, se houver pormenorizada fundamentação da autoridade responsável inexistente delito de abuso, mormente enquanto não consolidado posicionamento sobre o conteúdo da expressão, à luz da vedação ao famigerado ilícito de hermenêutica, expressa no § 2º, do artigo 2º, da nova Lei 13.869/2019.

10.7.4 INTERROGATÓRIO DE MÉRITO DO PRESO EM FLAGRANTE DELITO

O quarto ponto questionável resulta da excepcionalidade ao interrogatório policial do preso em flagrante delito contida no artigo 18 da nova lei.

Conquanto a redação legal autorize o interrogatório extrajudicial do autuado em flagrante ainda que no período do repouso noturno, é preciso cautela quando o indiciado manifestar o direito de quedar-se silente ou solicitar defesa técnica, oportunidade em que o interrogatório sobre os fatos (de mérito) será encerrado ou sobrestado, seguindo-se os demais trâmites da formalização.

Oportuno lembrar que o artigo 15, em seu parágrafo único, incisos I e II, da nova Lei de Abuso de Autoridade criminaliza o ato de prosseguir com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito de

⁵⁴ LESSA, Marcelo de Lima. *Padrões sugeridos de conduta policial diante da nova lei de abuso de autoridade*. Santos: Edição do Autor, 2019, p.31; HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 30.

silêncio ou daquele que tenha optado por ser assistido por Advogado ou Defensor Público. Logo, em tais circunstâncias, o auto de qualificação e interrogatório será formalizado, para fins de qualificação e ciência das garantias fundamentais, vedando-se, apenas, o interrogatório objetivo sobre os fatos imputados, constando a manifestação do interrogado de permanecer silente e aguardar ulterior orientação de defesa técnica.

10.7.5 Natureza da assistência para o interrogatório policial

O quinto e último ponto discutível do artigo 18 da Lei 13.869/19 consiste no significado da expressão “devidamente assistido”, também não definido no novo diploma.

Uma leitura possível seria no sentido de que, se a nova lei pretendesse restringir essa assistência a uma natureza jurídica, como sinônimo de defesa técnica, teria feito expressamente, como no texto do citado inciso II, do parágrafo único, de seu artigo 15.

Para uma interpretação ampliativa, tal qual a antiga figura do curador nomeado para o indiciado maior de 18 e menor de 21 anos de idade, com base no artigo 15 do CPP, usual antes da reforma do Código Civil, que não era necessariamente um Advogado, a aludida “assistência” do artigo 18 da nova lei de abuso poderá ser realizada por familiar ou pessoa indicada pelo preso durante o interrogatório de mérito no período de repouso noturno, caso o interrogado deseje ofertar sua versão, exercendo assim sua autodefesa positiva.

10.7.6 Hipóteses cotidianas

A seguir serão elencadas hipóteses rotineiras da atividade de polícia judiciária, acompanhadas de soluções sugestivas que, de acordo

com as circunstâncias de cada evento, poderão ser adotadas e adaptadas.

1ª) Indivíduo capturado de madrugada em situação de flagrante delito no momento em que acabara de subtrair veículo na via pública. Conduzido à delegacia para a audiência de apresentação de garantias do artigo 304 do CPP, o Delegado de Polícia responsável considera presentes os requisitos legais e decreta a custódia flagrancial, formalizando em auto prisional a convalidação da captura em detenção. Nesse cenário, é vedado o interrogatório policial?

Tratando-se de captura de suspeito seguida da decretação de sua prisão em flagrante delito, não há vedação ao interrogatório policial, na dicção do artigo 18 da Lei 13.869/19. Entretanto, o Delegado de Polícia responsável observará os incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 15 do mesmo diploma quanto ao interrogatório de mérito. Logo, se o preso em flagrante delito optar por exercer o direito ao silêncio ou por ser assistido por Advogado ou Defensor Público, o interrogatório de mérito, frise-se, a inquirição sobre os fatos imputados não será realizada, sob pena de caracterização de abuso.

Em tal cenário, a Autoridade Policial terá duas opções: **a) Se o preso concordar em ser ouvido e dispensar assistência jurídica:** o interrogatório segue normalmente, com expressa menção à manifestação do interrogando; **b) Se o preso concordar em ser ouvido mas requerer presença da defesa técnica:** a autoridade então pode sobrestar o auto e aguardar a chegada do defensor. Se referida medida não se apresentar viável diante, por exemplo, da perspectiva de demora de comparecimento do defensor, será procedida a qualificação e a ciência da imputação, com encerramento do auto e prosseguindo a formalização da custódia e do

auto prisional. A ausência de interrogatório de mérito não obsta a autuação em prisão em flagrante, bastando assinalar o exercício da autodefesa negativa do indiciado no corpo do auto de qualificação e interrogatório lavrado.

2ª) Indivíduo abordado de madrugada por policiais que, mediante pesquisa, verificam tratar-se de pessoa procurada pela Justiça, porquanto constar como fugitivo de unidade prisional. O sujeito é conduzido para a Delegacia de Polícia. Qual solução a ser adotada?

A captura de foragidos ou procurados não demanda a realização de interrogatório policial de mérito mas, somente, o registro da diligência em boletim de ocorrência. Entretanto, não se olvida da preservação dos direitos da pessoa presa.

Se o mandado pendente for de prisão temporária ou preventiva, o cumprimento será comunicado à autoridade judicial que a decretou, nos termos do artigo 12, parágrafo único, inciso I da nova Lei de Abuso de Autoridade, assim como ao juiz do local da captura, consoante artigo 289-A, § 3º, do CPP. Tratando-se de simples recaptura de réu evadido (CPP, art. 684), a prisão e o local onde se encontra serão comunicados à sua família ou pessoa por ele indicada, conforme inciso II, do mesmo artigo 12, parágrafo único, da Lei 13.869/2019. Não há óbice de que eventual versão do custodiado, desde que não constitua interrogatório de mérito, seja mencionada, resumidamente, no histórico do registro policial, onde constará, também, a identificação do responsável pela captura, em atenção ao artigo 5º, LXIV da Constituição Federal, assim como ao artigo 16, *caput*, da Lei 13.869/19.

3ª) Indivíduo surpreendido conduzindo veículo produto de roubo e apresentado na Delegacia de Polícia durante a madrugada. Na repartição, a vítima do roubo comparece e reconhece indubitavelmente o suspeito como sendo o roubador, fato delituoso praticado dias antes. Nesta hipótese, é vedado o interrogatório no período de repouso noturno?

Na hipótese em comento, é importante destacar que, se o Delegado de Polícia decretar a prisão em flagrante do capturado pode incorrer no crime do artigo 9º, *caput*, da nova Lei de Abuso de Autoridade, porquanto ausentes os requisitos legais, em especial o requisito temporal consubstanciado nas situações dos incisos do artigo 302 do CPP, lembrando que a decretação da custódia flagrancial também reclama a presença do requisito probatório, retratado na fundada suspeita do artigo 304, § 1º do CPP. A ausência dos referidos requisitos legais implica a situação denominada de criptoflagrante e eventual decretação da prisão flagrancial, como espécie do gênero decisão de indiciamento, reveste-se de ilegalidade por desrespeito ao artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013, sujeitando-se a relaxamento pela autoridade judicial (CPP, art. 310, inciso I)⁵⁵.

No cenário descrito, o Delegado de Polícia responsável avaliará a necessidade ou não da prisão temporária. Se não a reputar necessária, será elaborado registro circunstanciado dos fatos, considerando que a autoria e a materialidade já estão apuradas, no esteio de posição do Tribunal de Justiça Paulista (HC 258.223-3/6). Já na hipótese de entender necessário o cárcere provisório, diante do conjunto probatório coligido

⁵⁵ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 239-249.

(oitivas, reconhecimento pessoal positivo etc.) e da imprescindibilidade para as investigações, representará de pronto pela prisão temporária, consoante orientação jurisprudencial (STF, HC 107.644-SP, j.06/09/2011 e STJ, RHC 25.475-SP, j.16/09/2010).

No tocante ao indiciamento do indivíduo em tais circunstâncias, decretada a prisão temporária no plantão judiciário (Lei 7.960/89, art.5º) e caso decidido pelo indiciamento, o interrogatório de mérito só poderá ser realizado se o indiciado estiver devidamente assistido e optar por prestar sua versão dos fatos (autodefesa positiva). Do contrário, o ato será limitado à qualificação e à ciência da imputação, preservando as garantias processuais, notadamente a permanência em silêncio e a não autoincriminação, sem prejuízo da opção por posterior decisão de indiciamento, a ensejar o interrogatório oportunamente, ainda que indireto e em sede de inquérito policial deflagrado por portaria.

4ª) Hipótese similar à anterior, porém envolvendo fato pretérito de infração penal não elencada no rol que autoriza prisão temporária

A título de exemplo, é o caso de indivíduo surpreendido conduzindo veículo furtado que, apresentado na delegacia, verifica-se ser ele o autor da subtração, perpetrada dias antes.

Não há que se falar em flagrante delito. O sujeito conduzido não está tecnicamente preso e, ainda que se encontre no período de repouso noturno, não haverá óbice para que, uma vez decidido pelo seu indiciamento, seja promovido o interrogatório, asseguradas sempre as garantias do indiciado de permanecer em silêncio e de solicitar defesa técnica para o ato.

Por derradeiro, em relação ao artigo 18 da Lei nº 13.869/2019, foram aprovadas as Súmulas nº 4 e nº 5 no Seminário Polícia Judiciária e

a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19)⁵⁶, a seguir colacionadas:

Súmula nº 4: O vocábulo “preso”, empregado no artigo 18 da Lei Federal 13.869/2019, abrange o custodiado temporário ou preventivo e não equivale ao mero investigado que, asseguradas as garantias fundamentais, sobretudo o direito de autodefesa e de acionar defesa técnica, poderá ser ouvido em declarações, sem prejuízo de pronta representação pela prisão provisória diante da suspeita de envolvimento em prática delitiva pretérita e do preenchimento dos requisitos legais.

Súmula nº 5: A expressão “repouso noturno”, do artigo 18 da Lei Federal 13.869/2019, abrange período em que as pessoas ordinariamente descansam e dormem, consubstanciando parâmetros desse elemento normativo, segundo juízo motivado do Delegado de Polícia responsável, os costumes e convenções locais, a vedação temporal entre 21 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte para a execução de busca domiciliar prevista no inciso III do § 1º do artigo 22 do mesmo diploma legal, assim como o interstício entre o pôr do sol e a aurora do dia subsequente.

⁵⁶ Evento realizado na Acadepol de São Paulo no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se como anexo no presente trabalho.

10.8 IMPEDIMENTO OU RETARDAMENTO INJUSTIFICADO DE ENVIO DE PLEITO DE PRESO À AUTORIDADE JUDICIAL (ART. 19)

A nova Lei de Abuso de Autoridade assim dispõe em seu artigo 19:

Art. 19. Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena o magistrado que, ciente do impedimento ou da demora, deixa de tomar as providências tendentes a saná-lo ou, não sendo competente para decidir sobre a prisão, deixa de enviar o pedido à autoridade judiciária que o seja.

O tipo penal em comento reforça como orientações no âmbito da atividade de polícia judiciária que sejam consignados requerimentos (verbais ou escritos) do preso ou seu defensor e eventual (in)deferimento se o Delegado de Polícia for a autoridade responsável pela medida, como nas hipóteses de concessão de fiança extrajudicial, desclassificação jurídica dos fatos entre outras, sem prejuízo da requisição de exames periciais cabíveis ou representação ou impetração de *Habeas Corpus* para retificação de aparentes equívocos quando dirigidos ao Judiciário⁵⁷.

⁵⁷ Consoante citado alhures, há caso concreto em que o Delegado de Polícia Dr. Jaime Pimentel Junior impetrou *Habeas Corpus* em sede de registro policial de captura de procurado, em favor do sujeito contra quem fora expedida a ordem prisional, em virtude da Autoridade Policial verificar fortes indícios de emprego fraudulento de dados contra o sujeito, que indicavam que a pessoa detida não era o autor do fato delituoso, sendo a ordem concedida pelo Poder Judiciário. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; DRIGO, Leonardo Godoy. Reflexões sobre a atividade policial, a Constituição e os direitos humanos: o caso do

Vale lembrar que, quanto ao retardo intencional de remessa do auto de prisão em flagrante ao Judiciário, há um tipo penal específico no artigo 12 da nova lei.

Já a figura equiparada do parágrafo único do artigo 19 da Lei nº 13.869/19 destina-se expressamente às atribuições dos Juízes de Direito.

10.9 IMPEDIR, SEM JUSTA CAUSA, ENTREVISTA PESSOAL E RESERVADA DE PRESO COM SEU ADVOGADO E CONDUTAS EQUIPARADAS (ART. 20)

O artigo 20 da Lei nº 13.869/19 possui a seguinte redação:

Art. 20. Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.

Neste tipo penal a expressão “preso” é empregada em sentido amplo, aplicável a qualquer indivíduo que, ainda que momentaneamente,

esteja privado da liberdade, em respeito ao espírito do artigo 5º, inciso LV da Carta Magna e ao próprio Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) que, em seu artigo 7º, inciso III, estabelece como direito do Advogado comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem “presos”, “detidos” ou “recolhidos”. Logo, referido dispositivo difere as três condições constritivas, portanto, válido ao preso, ao réu solto ou ao investigado.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto nº 678/1992, estipula em sentido similar em seu artigo 8.2, “d”, como direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

O tipo penal do artigo 20 da Lei nº 13.869/19 cuida da “entrevista” do preso com seu Defensor e não comunicação do Advogado com seu cliente, cujo impedimento doloso, doravante, passa a ser criminalizado no artigo 7º-B, do Estatuto da OAB, infração penal incluída pelo artigo 43 da nova Lei de Abuso de Autoridade. Não se olvida que, na prática, pode ocorrer eventual conflito aparente entre as duas figuras penais para a devida subsunção e classificação jurídica, a ser dirimido pela avaliação das circunstâncias fáticas.

No mais, há figura equiparada no parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 13.869/19, que exige que o prazo da entrevista seja razoável e, embora aluda à audiência judicial, poderá ser questionada em âmbito policial. Com referência ao Advogado sentar-se ao lado do cliente, o dispositivo não se aplica quando o interrogatório estiver em curso ou em caso de audiência por videoconferência.

É certo que o delito em tela é exclusivamente doloso, pois reclama impedimento “sem justa causa”, a qual, se demonstrada, obstará a entrevista, ao menos naquele instante, enquanto perdurar a adversidade fundamentada.

De acordo com o artigo 13 da Lei Federal 8.906/1994 (EAOAB), o documento de identidade profissional do Advogado é de uso obrigatório no exercício das suas funções, constituindo prova de identidade civil para todos os fins. Deve ser, pois, solicitado ao causídico, antes do acesso ao cliente (capturado/detido/preso) na Delegacia de Polícia, a fim de identificá-lo formalmente. Sem a identificação, o acesso pode ser cautelarmente obstado, até comprovação por meios idôneos da regular condição profissional do interessado.

Sugere-se que o Delegado de Polícia responsável, durante o interrogatório, consigne que, antes da audiência, foi assegurada a entrevista pessoal e reservada com sua defesa técnica, devidamente identificada. Para outras hipóteses, basta a identificação do Defensor no respectivo registro policial lavrado.

Anota-se que o impedimento indevido de assistência advocatícia no interrogatório, enseja a nulidade do ato e contamina os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, por força do artigo 7º, inciso XXI da citada Lei nº 8.906/94 (EAOAB).

Por fim, presente justificativa plausível e excepcional, tais como incidentes carcerários, a entrevista poderá ser sobrestada, até que a segurança seja restaurada para viabilizar a entrevista do Defensor com o cliente preso.

10.10 MANTER PRESOS DE AMBOS OS SEXOS NA MESMA CELA OU ESPAÇO DE CONFINAMENTO E CONDUTAS EQUIPARADAS (ART. 21)

Assim dispõe o artigo 21 da Lei nº 13.869/2019:

Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Embora o dispositivo mencione “presos”, ele se aplica aos capturados e aos detidos, haja vista a possibilidade destes, na etapa policial do processo penal, também poderem ser encarcerados e conduzidos em compartimentos veiculares de constrição.

A nova Lei de Abuso de Autoridade, como visto, criminaliza a manutenção de “presos” de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento. São dois locais distintos. Cela é o cárcere, o conceito é mais restrito. Espaço de confinamento é o local isolado como, por exemplo, o compartimento construtivo de viatura policial, porão, sala diminuta etc. Custodiados de sexos diversos devem permanecer separados. O artigo 82, § 1º, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) já prevê que a mulher, separadamente, seja recolhida a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

Anota-se, por fim, que estar na mesma sala arejada não se confunde com estar mesmo espaço de confinamento, cuja definição, em essência, é bem mais restrita.

- **Crianças**

A manutenção de criança em cela com adulto já era vedada, tanto é que, em São Paulo, a Resolução SSP-72, de 29 de outubro de 1990, em seu artigo 5º, veda a condução de crianças surpreendidas em flagrante de ato infracional a qualquer unidade policial, as quais devem ser apresentadas ao órgão do Conselho Tutelar local.

- **Adolescente infrator**

Quanto ao adolescente infrator, este, após os procedimentos policiais, será encaminhado ao órgão do Ministério Público local. Nos casos em que a apresentação imediata for impossível, o adolescente aguardará em dependência separada da destinada a maiores, conforme artigo 175 e parágrafos da Lei Federal nº 8.069/1990 (ECA). A nova Lei de Abuso de Autoridade criminalizou a inobservância desse comando legal.

- **Ambiente inadequado**

Com relação ao “ambiente inadequado”, vislumbra-se como sendo aquele manifestamente insalubre, equiparado à cela forte ou cafua. A cela convencional, de ambiente gradeado e dotado de vigilância suficiente acauteladora, própria para a custódia, não se equipara.

- **Ambos os sexos**

Em alusão à expressão “ambos os sexos”, podem emergir dúvidas no que toca ao homem transexual e à mulher transexual. O artigo 2º do Decreto Federal nº 8.727/17, dispõe que os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, adotarão o nome social da pessoa travesti ou transexual. Assim, por simetria, entende-se que o gênero deve ser respeitado, inclusive no ato de colocação em celas e espaços de construção veiculares, objetivando preservar não apenas a pessoa custodiada, mas também os próprios agentes estatais.

- **Adolescentes e mulheres**

Realizada a apreensão de adolescente infrator, o Delegado de Polícia zelará para ele não permaneça na mesma cela ou espaço de confinamento que um adulto, prevenindo eventual atentado à integridade física do menor sob custódia do Estado.

Caso as dependências da Unidade não sejam arquitetonicamente adequadas, o ideal é que os adultos fiquem no interior das celas e os adolescentes permaneçam separados, mas sempre vigiados. Por ser doloso, o tipo penal requer intenção direta em burlar a norma, o que não se confunde com a ocorrência de força maior, em a autoridade ou agente estatal, por razões alheias à sua vontade, não tenha dependências acauteladoras outras. Nesse caso, será analisado o cenário e as condições disponíveis, dentro de uma lógica de bom senso, adequando a situação concreta aos objetivos da legislação, sem prejuízo de acionamento e necessário concurso com outros órgãos públicos responsáveis pela tutela de crianças e adolescentes.

Não é recomendável que, no caso de ausência de outras celas, o adolescente ou a mulher seja algemado e deixado sem vigilância. Embora o artigo 2º do Decreto Federal nº 8.858/16 admita o emprego de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga causado pelo preso, a locução “e” foi impropriamente lançada na redação do dispositivo, porquanto o “fundado receio de fuga” nem sempre decorre de resistência, sobretudo nas hipóteses de infrator conhecido, suspeito de delito grave, transporte de presos, escoltas etc. Destarte, inexistindo dependência apartada na repartição estatal, desde que a detida ou o adolescente apreendido permaneça sob vigilância aproximada, não se vislumbra óbice de que permaneça algemado até a remoção o mais breve possível para outra repartição destinatária ou unidade de atendimento respectiva.

- **Homens transexuais**

Os homens transexuais (sexo originalmente feminino, mas com identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico) terão a identificação masculina preservada (empregando termos masculinos) e, prioritariamente, serão revistados por policiais femininas, haja vista a existência de disposição legal que regula a busca pessoal em mulheres (CPP, art.249). A sua eventual condução ou detenção será feita em separado dos homens biológicos. Isso decorre sobretudo da interpretação do Decreto Federal nº 8.727/17 (reconhecimento da identidade de gênero na administração pública federal).

- **Travestis e mulheres transexuais**

As travestis e mulheres transexuais (sexo originalmente masculino, que possuem identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico) terão a identificação social feminina preservada (emprego de termos

femininos) e, prioritariamente, serão revistadas por policiais femininas as quais, legalmente, não estão proibidas de revistar pessoas de ambos os sexos biológicos. Se houver resistência ou superioridade física da abordada e isso representar perigo para a policial feminina, esta, cautelarmente, estará licenciada de revistá-la. A eventual condução ou detenção será executada em separado dos homens biológicos. Isso decorre da interpretação do Decreto Federal nº 8.727/17 (reconhecimento da identidade de gênero na administração pública federal).

10.11 INVADIR OU ADENTRAR, CLANDESTINA OU ASTUCIOSAMENTE, OU À REVELIA DA VONTADE DO OCUPANTE, EM IMÓVEL ALHEIO OU SUAS DEPENDÊNCIAS E CONDUTAS EQUIPARADAS (ART. 22)

Assim estabelece o artigo 22 da nova Lei de Abuso de Autoridade:

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena, na forma prevista no *caput* deste artigo, quem:

I - coage alguém, mediante violência ou grave ameaça, a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências;

II - (VETADO);

III - cumpre mandado de busca e apreensão domiciliar após as 21h (vinte e uma horas) ou antes das 5h (cinco horas).

§ 2º Não haverá crime se o ingresso for para prestar socorro, ou quando houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre.

O *caput* do artigo 22 ora em análise alude à conduta similar ao delito de violação de domicílio majorado pela prática por funcionário público ou com abuso de poder, que era previsto no artigo 150, § 2º do Código Penal, dispositivo revogado pela Nova Lei de Abuso de Autoridade (art. 44).

A palavra “imóvel alheio”, empregada no artigo 22 da nova lei, admite interpretação mais ampla que o vocábulo “casa”, adotado no Código Penal (CP, art. 150) e na Lei Maior (CF, art. 5º, XI), de modo a abranger, na linha do artigo 79 do Código Civil, qualquer edificação, desde o solo, até construções não abertas ao público⁵⁸.

Já as figuras equiparadas, dos incisos do § 1º do artigo 22 da nova lei, criminalizam as condutas de quem coage, mediante violência ou grave ameaça, de pessoa a franquear-lhe o acesso a imóvel ou suas dependências bem como daquele que executa mandado de busca domiciliar após as 21 ou antes das 5 horas.

O § 2º do artigo 22 ressalva que não há delito se o ingresso domiciliar for para prestação de socorro ou se houver fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou desastre, em atenção ao comando inserto no inciso XI, do artigo 5º da Constituição Federal.

⁵⁸ CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.195-196; MOREIRA FILHO, Guaracy (Coord.); AZEVEDO, André Boiani e [et al]. *Nova lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo*. São Paulo: Rideel, 2019, p.74-76.

- **Aferição da autorização**

O acesso a imóvel ou suas dependências sem ordem judicial ou fora das ressalvas legais deve ser precedido de cautela, zelando o agente policial para que a manifestação de vontade do titular do local seja expressa e não apenas tácita.

É certo que a dinâmica das ruas dificulta essa formalização. Todavia, com os recursos tecnológicos atuais, se disponíveis aos policiais, recomenda-se que a anuência do interessado seja formalizada pelos meios disponíveis no momento, seja por prova testemunhal idônea, seja por assinatura em formulário apropriado (termo de aferição de consentimento em campo⁵⁹) ou mesmo por captação audiovisual.

- **Mandados de busca domiciliar**

Com relação ao cumprimento de mandados judiciais de busca domiciliar a regra é similar. Os policiais responsáveis pela execução da ordem judicial podem fazer uso de recursos tecnológicos que registrem o horário da entrada bem como o da própria diligência, rechaçando questionamentos diante da idoneidade do meio e da lisura da ação registrada.

⁵⁹ Há modelo de formulário consuetudinário, que pode ser impresso e levado para diligências: "Termo de aferição de Consentimento em Campo - Eu, (...), portador da cédula de identidade RG nº (...) ciente do direito constitucional de inviolabilidade de meu domicílio, situado na Rua (...) nº (...), bairro (...), cidade (...), Estado de São Paulo, AUTORIZO que o policial (...) e sua respectiva equipe nele adentrem, nesta data e horário (...). Assinaturas:".

Anota-se que, considerando o comando constitucional no sentido de que a determinação judicial para busca domiciliar seja executada durante o dia (CF, art. 5º, XI), a orientação mais segura consiste em que os agentes estatais atentem-se para a existência de luz solar para iniciar o cumprimento do mandado, de maneira aliada ao período entre 5 horas da manhã e 21 horas da noite, tendo em vista o lapso temporal ora estabelecido no inciso III, do § 1º, do artigo 22 da Nova Lei de Abuso de Autoridade.

Outrossim, não haverá delito se o ingresso, referendando comando constitucional, for para prestar socorro ou se existirem fundados indícios que indiquem a necessidade do ingresso em razão de situação de flagrante delito ou de desastre. Quanto à expressão “fundados indícios”, é importante que os agentes estatais estejam de posse de dados concretos que justifiquem, primeiro perante o Delegado de Polícia responsável, e depois na etapa judicial do processo se necessário, os motivos fáticos que os levaram a acreditar que havia estado flagrantial delitivo para adentrar no imóvel.

- **Denúncias anônimas**

Em tais hipóteses, recomenda-se a realização de investigação preliminar para averiguar informações concretas, considerando orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (RHC nº 83.501-SP, j. 06/03/2018), que entendeu que “denúncia anônima” somada à fuga do suspeito, por si só, não representam fundadas razões a autorizar o ingresso no domicílio sem consentimento ou determinação judicial, por inexistir referência à prévia investigação policial para verificar a veracidade das informações recebidas.

10.12 INOVAR ARTIFICIOSAMENTE, NO CURSO DE DILIGÊNCIA, DE INVESTIGAÇÃO OU DE PROCESSO, O ESTADO DE LUGAR, DE COISA OU DE PESSOA, COM O FIM DE EXIMIR-SE DE RESPONSABILIDADE OU DE RESPONSABILIZAR CRIMINALMENTE ALGUÉM OU AGRAVAR-LHE A RESPONSABILIDADE E CONDUTAS EQUIPARADAS (ART. 23)

Assim dispõe o artigo 23 da Nova Lei de Abuso de Autoridade:

Art. 23. Inovar artificialmente, no curso de diligência, de investigação ou de processo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem pratica a conduta com o intuito de:

I - eximir-se de responsabilidade civil ou administrativa por excesso praticado no curso de diligência;

II - omitir dados ou informações ou divulgar dados ou informações incompletos para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo.

Trata-se de figura penal derivada e qualificada da fraude processual, criminalizada no artigo 342 do Código Penal. O tipo penal do artigo 23 da nova lei reclama especial fim de agir, “com o fim de eximir-se de responsabilidade ou de responsabilizar criminalmente alguém ou agravar-lhe a responsabilidade”.

As denominadas “provas plantadas” parecem também ser o foco do *caput* desse dispositivo. Se o Delegado de Polícia verificar indícios da aludida prática fraudulenta, determinará a apuração imparcial para a verdade atingível dos fatos para as devidas responsabilizações.

Vislumbra-se a aplicação da figura penal a cenários como a autolesão e o dano deliberado para fins de indevida isenção de responsabilidade ou imputação a terceiro, assim como a recolha de projéteis e estojos deflagrados, a supressão de individuais palmares e plantares de local de fato delituoso com o escopo de eximir-se de futura responsabilidade entre outras hipóteses semelhantes.

As condutas típicas demandam a chamada disciplina consciente, responsável por regar o processo decisório do agente, porquanto os tipos penais são autoexplicativos e não requerem maior esforço intelectual para interpretação.

Quanto à omissão de dados ou informações ou divulgação de dados ou informações incompletas para desviar o curso da investigação, da diligência ou do processo, trata-se de figura equiparada a ser observada pelos responsáveis pela transcrição de medidas como interceptações telefônicas, os quais zelarão para que os dados de interesse policial não sejam omitidos, observando o elemento objetivo reclamado para a configuração do ilícito penal.

Sobre os cuidados na preservação do estado de lugar, de coisa ou de pessoa, relevante também a observância das novas disposições sobre a denominada “cadeia de custódia”, prevista nos artigos 158-A a 158-F do CPP, acrescidos pela Lei Federal nº 13.964/2019, fruto do chamado “pacote anticrime”.

10.13 CONSTRANGER FUNCIONÁRIO OU EMPREGADO DE INSTITUIÇÃO HOSPITALAR PÚBLICA OU PRIVADA A ADMITIR PARA TRATAMENTO PESSOA CUJO ÓBITO JÁ TENHA OCORRIDO, PARA FINS DE FRAUDE (ART. 24)

O artigo 24 da Lei Federal nº 13.869/19 assim estabelece:

Art. 24. Constranger, sob violência ou grave ameaça, funcionário ou empregado de instituição hospitalar pública ou privada a admitir para tratamento pessoa cujo óbito já tenha ocorrido, com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

O tipo penal do artigo 24 da nova lei também exige dolo específico, consubstanciado na máxima “com o fim de alterar local ou momento de crime, prejudicando sua apuração” bem como que seja perpetrado com violência ou grave ameaça.

O crime também é doloso, pois exige que implique pessoa cujo óbito já tenha ocorrido. Nesse particular, é certo que, salvo as mortes notórias (decapitações, destruições do sistema nervoso central etc.), não é lícito a um policial atestá-la com absoluto grau de certeza, porquanto não lhe ser exigida formação em ciências médicas.

Na dúvida, cabe ao agente estatal socorrer a pessoa ferida, inclusive para que não se alegue eventual omissão, prestigiando o direito à vida e à integridade física.

No Estado de São Paulo, vigora a Resolução SSP-5, de 30 de janeiro de 2013, a qual estabelece parâmetros aos policiais que atendam ocorrências de lesões corporais graves, homicídio, tentativa de homicídio, latrocínio e extorsão mediante sequestro com resultado morte. Nessas hipóteses, o policial acionará, imediatamente, a equipe do resgate, SAMU ou serviço local de emergência, para o pronto e imediato socorro (Resolução SSP-5/12). Entretanto, nas localidades onde inexistir tais serviços ou o tempo de resposta não for adequado à situação, o policial realizará o imediato socorro (Despacho SSP, de 20 de maio de 2013).

Diante desse último cenário, é certo que o socorro será promovido, como regra, por pessoa leiga em ciências médicas, a qual não

terá condições concretas de saber se o ferido está morto. Logo, o estabelecimento de saúde como regra não poderá recusar o atendimento prévio, pois o policial não é médico e não tem condições técnicas de, salvo nas mortes notórias, aferir, com certeza, esse resultado fatal.

No tocante às hipóteses de mortes decorrentes de intervenção policial, convém lembrar a ressalva da competência da Justiça Comum (Tribunal do Júri) e investigação pelas respectivas instituições de polícia judiciária (Polícias Cíveis) mesmo quando a suspeita recair sobre militares dos Estados (CF, arts. 5º, XXXVIII e 125, § 4º), assim como a previsão do novo artigo 14-A, do CPP, inserido pela Lei Federal nº 13.964/2019 (“pacote anticrime”), que assim dispõe:

Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao **uso da força letal praticados no exercício profissional**, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir **defensor**.

§ 1º Para os casos previstos no *caput* deste artigo, o investigado deverá ser **citado da instauração do procedimento investigatório**, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com **ausência de nomeação de defensor** pelo investigado, a **autoridade responsável pela investigação** deverá intimar a **instituição** a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que

essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, **indique defensor para a representação do investigado.**

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.

Logo, reclama-se maior atenção nas hipóteses descritas no dispositivo, sobretudo para que seja providenciada a citação do agente estatal para constituir defesa técnica, sem prejuízo da subsidiária comunicação à respectiva instituição pública para indicação de defensor.

10.14 OBTENÇÃO DE PROVA, EM PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO OU FISCALIZAÇÃO, POR MEIO MANIFESTAMENTE ILÍCITO (ART. 25)

Redação do artigo 25 da Lei nº 13.869/2019:

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude.

O tipo penal em comento pode atingir sujeitos outros, que não apenas os policiais, inclusive porque cita a aferição de prova em procedimento de investigação ou fiscalização.

- **Prova ilícita**

Auferir prova por meio ilícito é, portanto, obtê-la em patente inobservância de normas constitucionais ou legais, com violação de regra de direito material, vale dizer, regras que pautam os fatos jurídicos. A confissão sob tortura é um exemplo.

Segundo o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, quais sejam, aquelas auferidas com violação à intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio e das comunicações, existindo a exceção da escuta telefônica autorizada pela Justiça. De acordo com o Código de Processo Penal, em seu artigo 157 e § 1º:

são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Pela figura equiparada do parágrafo único do artigo 25, incorre na mesma pena aquele que faz uso da prova em desfavor do investigado, com prévio conhecimento da sua ilicitude. Outra figura típica dolosa que exige “prévio conhecimento” para sua configuração.

Logo, em razão da própria nova Lei de Abuso de Autoridade estabelecer que a divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não caracteriza abuso de autoridade (art. 1º, § 2º), o

ideal é que os Delegados de Polícia, diante de provas cuja ilicitude seja objeto de controvérsia na jurisprudência, adotem um posicionamento defensável e fundamentem a sua decisão. Assim, devem as autoridades avaliar, tanto na audiência de apresentação e garantias do artigo 304 do CPP, acerca da captura de um suspeito, quanto durante a presidência da investigação criminal de um modo geral, a legitimidade com que o acervo probatório foi obtido. Se identificar vício de licitude, redobrar a cautela e os fundamentos de atos decisórios, considerando que a Lei nº 13.869/19 criminaliza não somente a obtenção da prova espúria, mas também sua utilização deliberada em desfavor do investigado, inclusive para lastrear eventual decretação de prisão flagrancial.

- **Acesso a dados armazenados em aparelhos eletrônicos**

Com relação ao acesso de dados armazenados em aparelhos eletrônicos, mormente em telefones celulares, a orientação jurisprudencial ainda é controversa sobre tratar-se ou não de matéria objeto de reserva absoluta de jurisdição, de modo a reclamar ou não prévia autorização judicial.

Até 2014, a posição encabeçada pelo Supremo Tribunal Federal no paradigmático HC 91.867-PA⁶⁰, era no sentido de que o aludido acesso não demandaria prévia ordem judicial. Por esse entendimento, a proteção do inciso XII, do artigo 5º da Lei Maior abarcaria a comunicação dos dados, porém não os dados em si e o depósito registral deles contidos nos dispositivos eletrônicos, característica cada vez mais comum nos aparelhos de telefonia móvel com múltiplas funcionalidades (*smartphones*),

⁶⁰ STF, HC nº 91.867-PA, 2ª Turma, Relator Min. Gilmar Mendes, j. 24/04/2012.

equipados com aplicativos de comunicação que permitem a troca e o armazenamento de mensagens e arquivos de imagem, de áudio e de vídeo.

Todavia, com o advento da Lei Federal nº 12.965/2014, o conhecido “Marco Civil da *Internet*”, que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da rede mundial de computadores no Brasil, o debate foi redirecionado, mormente diante do artigo 7º, inciso III, do referido diploma, que reivindica autorização judicial para o acesso às “comunicações privadas armazenadas”.

Conquanto a redação do citado dispositivo mencione “comunicações privadas armazenadas” e nem todos os dados e documentos contidos em um aparelho eletrônico sejam, necessariamente, provenientes de uma “comunicação privada”, a nova disciplina conferida pela Lei nº 12.965/14 ocasionou uma alteração na orientação jurisprudencial, que começou a considerar o acesso ao conteúdo de tais dispositivos objeto de reserva jurisdicional absoluta, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça, que a partir de 2016 passou a anular decisões lastreadas na obtenção de dados armazenados em equipamentos eletrônicos sem autorização prévia do Poder Judiciário, como na decisão do HC nº 51.531-RO⁶¹.

Contudo, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem revelado em alguns julgados importantes ressalvas, em especial na decisão da 6ª Turma exarada no HC nº 388.008-AP⁶², de agosto de 2017, no sentido de legitimar o acesso direto e extrajudicial aos dados armazenados em aparelho de telefonia celular quando a demora na obtenção de uma prévia ordem judicial puder acarretar “prejuízos à investigação” ou

⁶¹ STJ, HC nº 51.531-RO, 6ª Turma, Relator Min. Nefi Cordeiro, j. 19/04/2016.

⁶² STJ, HC nº 388.008-AP, 6ª Turma, Relatora Min. Maria Theza de Assis Moura, j. 03/08/2017.

“especialmente à vítima do delito”⁶³. Atualmente o debate se encontra no Supremo Tribunal Federal, na pendência da decisão do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 1.042.075-RJ⁶⁴, que em novembro de 2017 reconheceu a existência de repercussão geral da matéria constitucional suscitada.

Em síntese, há posição no sentido de que apenas a interceptação da comunicação dos dados depende de autorização judicial (CF, art. 5º, XII), ao passo que o mero acesso de dados registrados (CF, art. 5º, X), não. Em tais hipóteses, seria prudente às instituições de polícia judiciária acessá-los no interesse da investigação criminal (últimas chamadas, conteúdos de conversas etc.), a fim de que a diligência não se frustrasse e a colheita de informações tendentes a esclarecer a autoria e a materialidade dos delitos fosse preservada⁶⁵. De outra banda, também existem as destacadas posições de que o artigo 7º, inciso III da Lei nº 12.965/14 resguarda quaisquer dados pessoais auferidos a partir da utilização da *internet*, incluindo aqueles armazenados em aparelhos de telefonia móvel celular. Os dados armazenados decorrentes de mensagens do tipo SMS ou de aplicativos multiplataforma de mensagens instantâneas, bem como os e-mails, dizem respeito à intimidade e a vida privada das pessoas, sendo

⁶³ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Acesso a dispositivos eletrônicos e a devida investigação legal. In: ANTONIALLI, Dennys; FRAGOSO, Nathalie (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital – vol. II*. São Paulo: InternetLab, 2019, p. 132-157.

⁶⁴ STF, ARE nº 1.042.075-RJ, Relator Ministro Dias Toffoli.

⁶⁵ Nesse sentido: HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012 e RHC 75.800/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJE 26/09/2016 – quando se tratar de busca e apreensão de aparelhos celulares judicialmente concedida.

assim invioláveis nos termos do artigo 5º, X, da Lei Maior. Se houver prévia ordem judicial para a busca e apreensão dos aparelhos eletrônicos, a autorização judicial específica para acesso ao conteúdo seria desnecessária⁶⁶.

- **Guardas Municipais**

Há divergência se as Guardas Municipais podem realizar atos próprios de policiamento ostensivo e preventivo, como abordagens e buscas pessoais e fiscalizações em veículos, funcionando como uma “Polícia Municipal”⁶⁷.

Não há como negar que, ao se depararem com suspeita de prática delitiva em estado flagrancial, os Guardas Municipais estão respaldados a agir inclusive a título de “flagrante facultativo” e normalmente com melhores recursos materiais e capacitação profissional se comparados aos cidadãos particulares, ainda que sejam indivíduos que labutem como seguranças ou vigilantes privados.

A questão denota maior divergência no tocante ao exercício de um poder de polícia e ao correlato e eventual dever de agir dos Guardas Civis em face de situações delituosas, mormente à luz de algumas

⁶⁶ Nesse sentido: REsp 1675501/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, j.17/10/2017, DJe 27/10/2017 e RHC 77.232/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 16/10/2017.

⁶⁷ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 45-48.

disposições do Estatuto Geral das Guardas Municipais (Lei Federal nº 13.022/2014)⁶⁸.

Mencionado diploma, em seu artigo 5º, estipula competências administrativas específicas das guardas municipais dentre as quais, notadamente: “prevenir e inibir, pela presença e vigilância, bem como coibir, infrações penais ou administrativas e atos infracionais que atentem contra os bens, serviços e instalações municipais” (inciso II), “atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais” (inciso III), “colaborar, de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a paz social” (inciso IV); “garantir o atendimento de ocorrências emergenciais, ou prestá-lo direta e imediatamente quando deparar-se com elas” (inciso XIII); e, de modo específico quanto à prisão em flagrante delito, “encaminhar ao delegado de polícia, diante de flagrante delito, o autor da infração, preservando o local do crime, quando possível e sempre que necessário” (inciso XIV).

A leitura dos incisos do artigo 5º da Lei nº 13.022/2014 permite concluir que há previsão e comando legal para que os Guardas Municipais atuem no policiamento ostensivo, ainda que, preliminarmente, na atribuição precípua de proteção ao patrimônio municipal e, de maneira supletiva, na prevenção criminal e na preservação da ordem pública, figurando explicitamente como “agentes do Delegado de Polícia” diante de situações de estado flagrancial delitivo, que desencadeiem a obrigação de abordagem e captura do suspeito e sua pronta apresentação à Autoridade

⁶⁸ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 45-48.

Policial, o que remete, ao menos em tese, a um dever legal e, por consequência, ensejaria modalidade de “flagrante compulsório” ou “obrigatório”⁶⁹.

De toda sorte, as controvérsias mais comuns orbitam hipóteses que se afastam propriamente da tutela do patrimônio municipal e envolvem crimes como os da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003), quando os Guardas Civis surpreendem indivíduos na posse de substâncias ilícitas ou de armas de fogo, por exemplo.

Em 2018, houve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo considerou ilícita prova auferida quando da captura em flagrante por comércio de drogas ilícitas operada por agentes da Guarda Civil do Município de Salto⁷⁰. Nessa hipótese, o Delegado de Polícia que decretou a prisão em flagrante ao lavrar o auto construtivo, caso essa custódia se desse sob a égide da nova Lei de Abuso, poderia ser questionado como incurso no crime do artigo 25 em comento?

Ora, se o Delegado de Polícia fundamentar o ato decisório, jamais. Embora a jurisprudência já tenha se manifestado naquele sentido, é certo que ela está longe de ser pacífica, pois, como dito, também existem julgados⁷¹ que, em razão do disposto no artigo 301 do CPP, consideram legítima a captura por comércio de drogas executada por Guardas Municipais, afinal são agentes de defesa social, integrantes de instituição

⁶⁹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 45-48.

⁷⁰ Apelação Criminal nº 0001118- 92.2017.8.26.0526.

⁷¹ STJ, HC 426.969/SP, Rel. Ministro Reynado Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018).

elencada no capítulo da Segurança Pública da Constituição Federal (art. 144, § 8º). Portanto, quando o Delegado de Polícia estiver diante de matéria controversa, torna-se ainda mais relevante a motivação de sua convicção jurídica, garantida pela imanente independência funcional e preservada expressamente pelo artigo 1º, § 2º, da Lei nº 13.869/2019.

- **Investigações feitas por outras instituições estatais**

Pode também ocorrer que o Delegado de Polícia se depare com o resultado de investigações realizadas por outras organizações que, fazendo às vezes de instituição de polícia judiciária, deleguem a execução de atos operacionais a outras como, por exemplo, o cumprimento de mandados de busca domiciliar, apresentando o produto da diligência na Delegacia de Polícia. Nesse caso, sem entrar no mérito da atribuição constitucional dos órgãos em tese implicados, é certo que a jurisprudência tem reconhecido que, em situações excepcionais, instituições outras poderiam conduzir investigações criminais, a despeito de ausência de respaldo legal e constitucional. Nesses casos, a utilização desses meios de prova pode ser questionada, afinal envolvem teses jurídicas antagônicas mas, em contrapartida, de validade defensável.

Dito isso, o que importa é que, sem prejuízo de quem conduziu ou executou a diligência e auferiu a prova, os Delegados de Polícia não têm a obrigação de convalidar eventuais capturas quando entendam não haver flagrância ou fundada suspeita da prática de infração penal e assim não decretem a custódia. Melhor dizendo, se não vislumbrarem justa causa, não há que se falar em recolha ao cárcere, principalmente se a Autoridade Policial, para formar a sua convicção, não teve acesso ao conjunto probatório que deu causa aos fatos que lhe foram apresentados, até porque este pode ser ilegal ou insuficiente. Não apenas o Delegado de

Polícia, mas qualquer agente estatal, não pode ser objeto de ação de improbidade administrativa se decidiram de maneira fundamentada e de boa-fé⁷².

- **Providências quando da não decretação da prisão em flagrante**

No Estado de São Paulo, decidindo pela inexistência de situação jurídica caracterizadora de flagrante delito, o Delegado de Polícia registrará o fato em boletim de ocorrência, sem emitir recibo de entrega de preso, adotando as providências de polícia judiciária cabíveis (oitivas, apreensões, requisição de exames periciais etc.), inclusive para eventual responsabilização dos autores de captura indevida, se houver dolo, de acordo com diretriz institucional inserta na Recomendação DGP-1/05 (item XVI).

Acerca do artigo 25 da Nova Lei de Abuso de Autoridade em comento, foi aprovada a Súmula nº 6 do Seminário “Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)”, realizado na Academia de Polícia⁷³, abaixo transcrita:

Súmula nº 6: A obtenção e o uso de prova cuja licitude seja objeto de controvérsia jurisprudencial ou doutrinária estão albergados na ressalva de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas do § 2º do artigo 1º da Lei Federal 13.869/2019.

⁷² Nesse sentido: TJRS, Processo 11300950499, 2ª Vara da Fazenda Pública.

⁷³ Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se como anexo no presente trabalho.

10.15 REQUISITAR INSTAURAÇÃO OU INSTAURAR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DE INFRAÇÃO PENAL OU ADMINISTRATIVA, EM DESFAVOR DE ALGUÉM, À FALTA DE QUALQUER INDÍCIO DA PRÁTICA DE CRIME, DE ILÍCITO FUNCIONAL OU DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA (ART. 27).

Redação do tipo penal:

Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada.

A figura do artigo 27 consiste em crime próprio, porquanto só pode ser imputado a quem tem atribuição de instaurar ou requisitar instauração de procedimento investigatório de infração penal ou administrativa. Reclama dolo específico, consubstanciado na máxima “à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa”⁷⁴.

Nesse contexto, a Lei Federal nº 13.964/2019, resultante do projeto conhecido como “pacote anticrime”, acrescentou o artigo 3º-B no

⁷⁴ LESSA, Marcelo de Lima. *Padrões sugeridos de conduta policial diante da nova lei de abuso de autoridade*. Santos: Edição do Autor, 2019; GARCIA, Thiago. *Tudo que o que você precisa saber sobre: delegado de polícia, Lei Maria da Penha e princípio da insignificância*. São Paulo: Rideel, 2019, p. 475-476.

CPP que, em seu inciso IX, dispõe competir ao “juiz de garantias”, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para a instauração ou prosseguimento da apuração.

- **Sindicância ou investigação preliminar sumária**

De acordo com o disposto no parágrafo único do artigo 27 em estudo, tratando-se de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada, não há crime.

Referido dispositivo referenda a denominada “verificação de procedência de informações”, prevista no artigo 5º, § 3º, do Código de Processo Penal, a fim de filtrar a instauração infundada de inquéritos policiais contra alguém, a falta de qualquer indício de infração penal.

O artigo 27 em comento fala na necessidade de “indício”, cujo conceito por ser extraído do artigo 239 do CPP, segundo o qual “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Assim, presentes tais circunstâncias, não há que se falar em infração penal.

É certo que as instituições de polícia judiciária, por vezes, deflagram investigações sobre eventos que, conquanto ainda não identificada natureza delituosa, possuem repercussão no meio policial como, por exemplo, as mortes suspeitas. Nesse caso, a investigação não visa esta ou aquela pessoa (“alguém”) mas sim, o fato em si, com potencial de configurar eventual infração penal. Diante disso, não há se que falar na configuração da infração penal do artigo 27, até por ausência de dolo.

No âmbito da polícia judiciária, o tipo penal reflete na instauração de procedimento investigatório de infração penal ou administrativa. Seria,

destarte, o inquérito policial (e por simetria, o termo circunstanciado) e o processo administrativo disciplinar. A verificação de procedência de informações, a apuração preliminar e a sindicância administrativa, estas duas últimas, atribuições da Corregedoria, estão excluídas, desde que a autoridade responsável justifique, devidamente, a consentânea deflagração.

Dessa maneira, o Delegado de Polícia, na Portaria instauradora (tanto de inquérito quanto de processo administrativo), reservará espaço para demonstrar, de modo inequívoco, os indícios concretos que possui para a deflagração do procedimento contra alguém. Postura similar será adotada nos casos de sindicância ou investigação preliminar sumária (verificação de procedência de informações ou apuração preliminar), as quais, para não configurarem a infração penal em análise, devem ser justificadas. É consagração do postulado da motivação, que pauta os atos estatais.

No Estado de São Paulo, a Portaria DGP-18/1998, dispõe, em seu artigo 2º e seguintes, que o Delegado de Polícia não instaurará inquérito policial quando os fatos levados à sua consideração não configurarem, manifestamente, qualquer ilícito penal. Igual postura adotará, em face de qualquer hipótese determinante de falta de justa causa para a deflagração da investigação criminal, indicando as razões jurídicas e fáticas em ato fundamentado. O boletim de ocorrência que, nesses mesmos termos, não viabilizar instauração de procedimento investigatório, será arquivado mediante despacho fundamentado da Autoridade Policial responsável.

- **Requisições**

Conquanto a lei fale em "requisição", estas devem possuir respaldo legal, como qualquer ato estatal em homenagem à legalidade pública. Doravante, torna-se ainda mais relevante a atenção no

atendimento a requisições desprovidas da indicação de indício da prática de infração penal. Identificada eventual requisição infundada, será objeto de manifestação e retorno para reapreciação do requisitante, sob pena deste também incorrer na figura do artigo 27 da Nova Lei de Abuso de Autoridade.

Na Polícia Civil de São Paulo, de acordo com o Decreto Estadual nº 39.948/95, que fixa a estrutura básica da instituição, há previsão no sentido de que o Delegado Geral de Polícia pode determinar a instauração de inquérito policial (art. 15, alínea “g”), que também será acompanhada de indícios da prática de crime, sobretudo em atenção ao dispositivo da nova Lei de Abuso. Idêntico raciocínio aplica-se à determinação (sinônimo de requisição) de instauração de sindicância (Lei Complementar nº 207/79, art. 90) e de processo administrativo (LC nº 207/79, art. 94), cujas determinações de instauração, pelas autoridades também elencadas na Lei Orgânica da Polícia (art. 70), devem estar escoradas em indícios de ilícito funcional ou administrativo.

Em relação ao artigo 27 da Lei nº 13.869/2019 foi aprovada a Súmula nº 10 do Seminário “Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)”, realizado na Academia de Polícia⁷⁵, ora reproduzida:

Súmula nº 10: Quando a notícia de fato não viabilizar instauração de procedimento investigatório, o Delegado de Polícia responsável determinará a verificação da procedência das informações a título de investigação preliminar sumária, em atenção ao artigo 5º, § 3º, do CPP, sem prejuízo de ulterior acautelamento

⁷⁵ Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se como anexo no presente trabalho.

fundamentado enquanto não obtidos elementos indiciários que denotem justa causa para deflagrar o procedimento legal cabível.

10.16 DIVULGAR GRAVAÇÃO OU TRECHO DE GRAVAÇÃO SEM RELAÇÃO COM A PROVA QUE SE PRETENDA PRODUZIR, EXPONDO A INTIMIDADE OU A VIDA PRIVADA OU FERINDO A HONRA OU A IMAGEM DO INVESTIGADO OU ACUSADO (ART. 28)

Assim dispõe o artigo 28 da Lei nº 13.869/2019:

Art. 28. Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Anota-se que divulgar difere de levantar sigilo. Divulgar, de maneira deliberada, significa propagar o conteúdo sem relação com a prova que se pretenda produzir (tipo objetivo). Já o levantamento do sigilo objetiva como regra proporcionar a defesa do sujeito investigado ou acusado.

Trata-se de crime doloso, que exige especial finalidade de agir, consubstanciada na exposição da intimidade ou da vida privada ou na ofensa à honra ou à imagem do investigado ou acusado.

No Estado de São Paulo, por força da Resolução SSP-142, de 9 de outubro de 2014, cabe ao Delegado de Polícia que conduz o procedimento de interceptação telefônica, informática ou telemática, a transcrição, nos termos da legislação vigente das comunicações gravadas em mídia que não exijam conhecimento técnico-científico. A transcrição será realizada por policial civil subordinado designado pela Autoridade Policial

e, apenas excepcionalmente, será requisitada ao Instituto de Criminalística. As transcrições ou análises das comunicações gravadas em mídia que exijam conhecimentos técnico-científicos serão requisitadas ao Instituto de Criminalística para elaboração de laudo pericial nos termos do Código de Processo Penal.

Logo, na esfera da polícia judiciária, orienta-se disciplina consciente de quem ouve e registra em relatório as conversações legalmente captadas, zelando para que o sigilo, no caso de conteúdo sem relação com a prova que se pretenda produzir, seja devidamente preservado.

Como o tipo penal é exclusivamente doloso, requer a comprovação de divulgação intencional e não decorrente de mera culpa.

10.17 PRESTAR INFORMAÇÃO FALSA SOBRE PROCEDIMENTO JUDICIAL, POLICIAL, FISCAL OU ADMINISTRATIVO, COM O FIM DE PREJUDICAR INTERESSE DE INVESTIGADO (ART. 29)

O artigo 29 da Nova Lei de Abuso de Autoridade possui a seguinte redação:

Art. 29. Prestar informação falsa sobre procedimento judicial, policial, fiscal ou administrativo com o fim de prejudicar interesse de investigado:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

O tipo penal em comento exige o fim especial de “prejudicar interesse do investigado”.

Importante observar que “prestação de informação falsa” difere de “omissão de informação relevante”, motivo pelo qual a sonegação de

dados de interesse da investigação – ato omissivo e não comissivo – em tese não enseja a aludida infração penal.

Novamente, como em tipos penais de natureza similar, sugere-se a manutenção da disciplina consciente em zelar para que informações relevantes não sejam propagadas. O ato de sonegação é omissivo e o “calar-se” não constitui crime, conquanto possa eventualmente caracterizar outras infrações penais ou mesmo funcionais.

Lado outro, mentir, deliberadamente, visando prejudicar interesse do investigado em procedimento policial, constitui o ilícito penal.

10.18 DAR INÍCIO OU PROCEDER À PERSECUÇÃO PENAL, CIVIL OU ADMINISTRATIVA SEM JUSTA CAUSA FUNDAMENTADA OU CONTRA QUEM SABE INOCENTE (ART. 30)

O artigo 30 da Lei nº 13.869/2019 está assim redigido:

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

Trata-se de tipo penal aparentemente similar ao do artigo 27 da lei em comento, com diferença sobretudo quanto à pena cominada mais severa, remetendo-se aos comentários lançados naquele dispositivo neste trabalho acerca da nova previsão do artigo 3º-B, inciso IX do CPP, acrescido pela Lei nº 13.964/2019 (“pacote anticrime”).

- **Amplitude**

Enquanto a figura penal do artigo 27 fala em “instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em

desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa”, o do artigo 30 estabelece como criminosa a conduta de “iniciar ou proceder a persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente”. O primeiro fala em “falta de indício” ao passo que o segundo alude à “ausência de justa causa ou contra quem se sabe inocente”. Ou seja, buscou o legislador reforçar as garantias dos investigados contra imputações e apurações infundadas.

Assim, por uma leitura da expressão “persecução penal” em sentido estrito, comportando a soma da investigação (etapa extrajudicial) e da ação penal (etapa judicial), o tipo penal do artigo 30 seria direcionado à deflagração do processo judicial em si.

Entretanto, sem prejuízo da interpretação restrita acima pontuada, bipartida a persecução penal nas suas duas etapas (extrajudicial e judicial), idêntica cautela vale para a instauração (dar início ou proceder) do inquérito policial ou de termo circunstanciado.

Levando em conta a expressão “persecução” como alusiva apenas ao procedimento investigatório é certo que, para eximir-se de eventuais indagações indevidas, basta que o Delegado de Polícia responsável, a exemplo dos comentários acerca do artigo 27 da nova lei, demonstre a presença de justa causa no ato de instauração, isto é, um indicativo mínimo e sensato de materialidade de infração penal em tese. Devem ser desprezadas, portanto, imputações baseadas em provas ilícitas, contraditórias, sem relevância no campo penal ou sem qualquer nexó entre o fato e o resultado. Conforme adiantado, o dispositivo prestigia a verificação da procedência das informações como filtro para a instauração de procedimentos investigatórios previsto no artigo 5º, § 3º, do CPP.

- **Pessoa sabidamente inocente**

Com relação à pessoa “sabidamente inocente”, descrita no tipo penal, trata-se de elemento normativo de difícil verificação, na medida que devem ser demonstrados elementos concretos de que o responsável pela persecução tinha consciência sobre a inocência do perseguido, já que a configuração reclama elemento subjetivo nesse sentido.

- **Fatos atípicos e desprovidos de justa causa**

No Estado de São Paulo, a Portaria DGP-18/1998, diz, em seu art. 2º e seguintes, que o Delegado de Polícia não instaurará inquérito policial quando os fatos levados à sua consideração não configurarem, manifestamente, qualquer ilícito penal. Igual postura adotará, diante de qualquer hipótese determinante de falta de justa causa para a deflagração da investigação criminal, devendo, em ato fundamentado, indicar as razões jurídicas e fáticas de seu convencimento. O boletim de ocorrência que, nesses mesmos termos, não viabilizar instauração de inquérito, será arquivado mediante despacho fundamentado da autoridade responsável.

- **Pessoas desaparecidas**

Em São Paulo há a Portaria DGP-18/2015 (que alterou a Portaria DGP-21/14) que dispõe sobre instauração de procedimento investigatório

na hipótese de desaparecimento de criança ou de pessoa que, por enfermidade ou doença mental não possua discernimento ou capacidade de conduzir-se de acordo com seu entendimento, após o decurso de 48 horas do registro formal do desaparecimento, não havendo notícias do paradeiro.

10.19 ESTENDER INJUSTIFICADAMENTE A INVESTIGAÇÃO, PROCRASTINANDO-A EM PREJUÍZO DO INVESTIGADO OU FISCALIZADO E CONDUTAS EQUIPARADAS (ART. 31)

Assim dispõe o artigo 31 da Lei nº 13.869/2019:

Art. 31. Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado.

Trata-se de infração penal inspirada no princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), de modo que, para sua configuração, eventual demora na investigação deve ser injustificada, daí a necessidade de dolo. Necessária, também, a existência de prejuízo concreto em desfavor do investigado, sem a qual inexistente o delito.

A figura equiparada do parágrafo único do artigo 41 comina a mesma pena a quem, em procedimento estranho à investigação formal (inquérito policial), geralmente não dotada de prazo para execução e

conclusão, o estende de maneira imotivada, gerando prejuízo ao investigado. Seria o caso, por exemplo, da investigação previamente realizada para fins de aferição de procedência de informações, prevista no art. 5º, § 3º do CPP. Essa, por não ter prazo legal específico, embora possa ter em âmbito administrativo, requer motivação na sua marcha, a fim de que não se alegue eventual abuso. Nos Estados onde a referida medida não é internamente disciplinada, o prazo deve ser o considerado razoável, adotando como referência os prazos legais de conclusão do inquérito policial.

Conquanto o artigo 5º do CPP estabeleça que o inquérito policial, nos crimes de ação penal pública incondicionada, é iniciado de ofício, é certo que a regra da obrigatoriedade está atrelada à presença de indícios de autoria e materialidade, ou seja, de justa causa. Assim, ante a insuficiência de qualquer um deles, não há óbice ao Delegado de Polícia determinar a verificação da procedência de informações (ou medida similar, ainda que sobre o boletim de ocorrência), cuja finalidade é exatamente essa, isto é, angariar eventual justa causa para decidir sobre a instauração do procedimento investigatório criminal. Não se trata de análise de conveniência mas sim, de precaução, afinal a falta de justa causa para iniciar a persecução penal (em quaisquer das suas fases), segundo a própria nova Lei de Abuso de Autoridade, agora pode configurar crime (artigo 30).

Deve ser ainda observada a motivação do ato administrativo, a fim de que restem patentes as justificativas que levaram à involuntária demora do ato, bem como para que fique demonstrado que o interesse público foi ponderado.

Vale lembrar, por oportuno, que a nova Lei Federal nº 13.964/2019, decorrente do projeto conhecido como "pacote anticrime", acrescentou o artigo 3º-B no CPP que, em seu inciso VIII, combinado com

o § 2º, estabelece ao “juiz de garantias” decidir sobre a prorrogação do prazo de duração do inquérito policial no caso de investigado preso, por até quinze dias e uma única vez.

- **Descrição de providências faltantes e controle de prazos**

A descrição das providências faltantes, assim como das diligências ultimadas para concluí-las, também enverga importância, pois elas elidem a possibilidade de alegação de omissão intencional.

No Estado de São Paulo, assim dispõe o artigo 4º da Portaria DGP-18/1998:

as medidas investigativas determinadas na portaria de instauração de inquérito policial deverão ser cumpridas com a máxima celeridade, observando-se os prazos estabelecidos na legislação processual penal, evitando-se prorrogações indevidas. Verificada a impossibilidade de ultimateção das investigações no prazo legal, a autoridade policial solicitará dilação temporal para a conclusão do inquérito, expondo, de forma circunstanciada e em ato fundamentado, as razões que impossibilitaram o tempestivo encerramento, consignando, ademais, as diligências faltantes para a elucidação dos fatos e as providências imprescindíveis a garantir suas realizações dentro do prazo solicitado.

Na hipótese de eventos adversos, cujas causas não foram geradas pelas Autoridades Policiais ou seus agentes subordinados, é

importante que, nos autos do inquérito policial sejam lançadas informações a esse respeito, a fim de justificar o lapso temporal da investigação e demonstrar que eventuais percalços não foram intencionais.

O controle dos prazos de conclusão entre as instituições de polícia judiciária e o Poder Judiciário também é importante, pois a cada chancela de concessão de prazo, emerge, formalmente, a presunção de que a Autoridade Judicial tomou ciência do andamento das investigações e, se concedeu a dilação significa que não foram verificadas irregularidades.

Com relação às verificações de procedência das informações, torna-se mais relevante que o Delegado de Polícia responsável, nas ordens de serviço e determinações de diligências que emitir, fixe prazo razoável para a conclusão, a fim de que a apuração não se prolongue indevidamente.

10.20 NEGAR ACESSO OU AFERIÇÃO DE CÓPIA DE AUTOS DE INVESTIGAÇÃO (ART. 32)

O artigo 32 da Nova Lei de Abuso de Autoridade está assim redigido:

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A infração penal em comento criminaliza a violação de prerrogativas dos Advogados previstas no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994).

A citada Lei nº 8.906/94, nos incisos XIII e XIV de seu artigo 7º estipula como direitos do Advogado:

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos;

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

Com efeito, no atual estágio de afirmação do Estado Democrático de Direito, a regra para atuação do Estado é a da publicidade, por exigência expressa da Carta Magna, que no inciso LX de seu artigo 5º dispõe que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, e no *caput* de seu artigo 37 elenca o princípio da publicidade como norte de obediência por toda a Administração Pública.

Sendo assim, necessária a releitura da característica do inquérito policial que, na doutrina mais conservadora, sem maiores reflexões, costuma ser considerado como sendo em regra um “procedimento sigiloso”, com base na redação do artigo 20, *caput*, do Código de Processo

Penal: "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

Conforme se depreende da própria redação do destacado artigo 20 do CPP, o sigilo não se configura regra, mas exceção, sendo somente modulado e admitido enquanto demonstrada e comprovada a sua necessidade, ou ainda, no mesmo sentido, quando o interesse público vier a conclamá-lo⁷⁶.

Hodiernamente, para a adequação dos instrumentos de formalização da investigação criminal (inquérito policial e termo circunstanciado), à luz da garantia e do princípio da publicidade imposto para todo o Poder Público, comando escancarado na Constituição Federal em seu citado artigo 37, mister se faz reconhecer o inquérito policial como sendo um procedimento de publicidade restringível⁷⁷, e não sigiloso como regra.

Não se olvida que há a necessidade de restringir o acesso aos autos investigatórios, tanto somente ao Advogado constituído, dele exigindo procuração, quanto para que o Defensor e o investigado, por prazo determinado, não tenham conhecimento sobre diligências em curso que possam comprometer a apuração, circunstâncias previstas no próprio Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), que assim dispõe nos parágrafos 10 e 11 de seu artigo 7º:

⁷⁶ LESSA, Marcelo de Lima. *O sigilo na fase inquisitiva*. São Paulo: Informativo Adpesp – Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2004.

⁷⁷ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 205-212.

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Nesse sentido também há a Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Diante do cenário descrito, vislumbram-se três níveis de graduação da limitação à publicidade dos autos, ou três níveis de intensidade do sigilo ao conteúdo dos procedimentos investigatórios⁷⁸:

1º) Publicidade externa: representa a regra geral, com acesso aos autos investigatórios a todo cidadão, não se exigindo procuração do Advogado para acesso (EAOAB, art. 7º, XIV);

2º) Publicidade interna ou sigilo externo: segundo nível correspondente ao denominado **segredo de justiça**, tornando os autos

⁷⁸ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 205-212; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 27.

acessíveis apenas às partes diretamente interessadas e seus respectivos Advogados, exigindo procuração (EAOAB, art. 7º, § 10);

3º) Sigilo interno: terceiro e excepcional nível, afeto aos elementos relacionados a diligências em andamento e ainda não documentadas nos autos investigatórios principais, normalmente tramitando em autos apartados, com acesso restrito às autoridades e agentes públicos, por imprescindível prazo determinado (EAOAB, art. 7º, § 11).

Como se observa, apesar da regra da publicidade externa, com acesso aos autos pelo Defensor sem procuração, se a lei determinar ou o Delegado de Polícia considerar necessário para a defesa da intimidade dos envolvidos ou do interesse social na investigação dos fatos poderá decretar a publicidade interna (também denominada sigilo externo ou “segredo de justiça”), com base na Carta Magna (art. 5º, LX), no CPP (art. 20) e no próprio Estatuto da Advocacia (art. 7º, § 10). Por fim, para as diligências em andamento que possam ser comprometidas pelo acesso aos envolvidos e seus defensores, é possível a decretação de sigilo interno, se a própria lei não o impuser, com fulcro também no Estatuto da Advocacia (art. 7º, § 11).

Registra-se ainda que a Lei nº 13.964/2019, oriunda do projeto batizado “pacote anticrime”, inseriu o novo artigo 3º-B no CPP, que em seu inciso XV estipula competir ao “juiz de garantias” assegurar, quando necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

- **Interessado**

O tipo penal em comento é ainda mais abrangente que outros da nova lei, pois pune a negativa também ao “interessado”. Interessado, entretanto, não é qualquer curioso, mas quem faz parte, ativa ou passiva, do apuratório.

- **Abrangência**

Vale para o procedimento investigatório preliminar (a própria nova Lei de Abuso admite a sua existência), para o termo circunstanciado, para o inquérito policial ou para qualquer outro procedimento similar, civil ou administrativo.

- **Acesso e aferição de cópias**

A aferição de cópias também é permitida (mesmo as digitais), salvo no caso de peças relativas a diligências em curso ou que indiquem a realização de diligências futuras.

Existem exceções ao livre acesso, como nos casos das peças cujo sigilo seja considerado imprescindível.

Em razão da Lei Federal nº 12.850/13, art. 7º, parágrafos 2º e 3º e art. 8º, parágrafo 3º, nos casos de homologação de acordo de colaboração premiada e infiltração de agentes, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao Delegado de Polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em

andamento. Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

As cópias, inclusive de procedimentos correccionais, graças aos meios tecnológicos hoje disponíveis, poderão ser captadas por intermédio de câmeras eletrônicas, ante a ausência de impedimento legal.

Entretanto, se as peças forem relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível, o acesso poderá ser obstado, de acordo com a própria nova Lei de Abuso. Como vista, a ressalva do sigilo (externo ou interno), mormente o decretado pelo Delegado de Polícia, consta da própria letra do Estatuto da Ordem dos Advogados.

As interceptações telefônicas correm em autos apartados preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (Lei nº Lei 9.296/96, art. 8º), de modo que o apensamento se opera antes do relatório final.

- **Identidade do Advogado**

Conforme o artigo 13 da Lei nº 8.069/94, o documento de identidade profissional do advogado é de uso obrigatório no exercício das suas funções, constituindo prova de identidade civil para todos os fins. Deve ser, nessas hipóteses, solicitado o documento ao profissional para que tenha acesso ao procedimento, a fim de identificá-lo formalmente.

- **Abertura de vistas**

É importante que o Delegado de Polícia, ao abrir vistas ao causídico ou ao interessado, o faça de maneira formal e mediante termo, a fim de que o exame fique documentado, inclusive acerca de horário, local e data.

Quanto ao dispositivo em comento, foi aprovada a Súmula nº 3 do Seminário “Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)”, realizado na Academia de Polícia⁷⁹, com o seguinte teor:

Súmula nº 3: O Delegado de Polícia decretará o sigilo externo de procedimento investigatório, fundamentadamente, para a tutela da intimidade ou do interesse social e, do mesmo modo, determinará o sigilo interno quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências a serem realizadas.

10.21 EXIGIR INFORMAÇÃO OU CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO SEM AMPARO LEGAL E CONDUTA EQUIPARADA (ART. 33)

Assim dispõe o artigo 33 da Lei nº 13.869/2019:

Art. 33. Exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expreso amparo legal:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

⁷⁹ Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se em anexo do presente trabalho.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido.

10.21.1 EXIGIR INFORMAÇÃO OU CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO, INCLUSIVE O DEVER DE FAZER OU DE NÃO FAZER, SEM EXPRESSO AMPARO LEGAL (ART. 33, *CAPUT*)

Tipo penal similar ao de constrangimento ilegal (CP, art. 146), mas sem a exigência de violência ou grave ameaça. Nele, pune-se a conduta de exigir informação (informe, dado, parecer, esclarecimento, explicação etc.) ou cumprimento de obrigação (ação, encargo, exercício, tarefa etc.), inclusive o dever de fazer (atuar) ou de não fazer (omitir-se), sem amparo legal.

- **Prerrogativas ordinárias e de persecução**

Pode ocorrer que o Delegado de Polícia, ao determinar a execução de determinada ação (cumprimento de obrigação), seja questionado sobre o respaldo legal da exigência. Nesse caso, é importante destacar que a polícia judiciária tem várias prerrogativas ordinárias e de persecução, todas elas com espeque em lei. Nesses casos, portanto, não há que se falar na infração penal do artigo 33 quando a Autoridade Policial as exercitá-las, também por ausência de elemento subjetivo, podendo ela, inclusive, agir contra os recalcitrantes indevidos.

Doravante, para lembrança e fixação, são elencadas diversas prerrogativas legais de persecução dos Delegados de Polícia:

1. Prerrogativa de providenciar para que não se alterem o estado e conservação das coisas nos locais de crime (CPP, art. 6º, I). Exemplo de poder de cautela, mirando o resguardo de elementos de autoria a materialidade para espeque da segunda fase da persecução criminal;

2. Prerrogativa de apreender os objetos que tiverem relação com o fato delituoso, após liberação da perícia (CPP, art. 6º, II). Exemplo de poder de cautela, mirando o resguardo de elementos de autoria a materialidade para espeque da segunda fase da persecução criminal;

3. Prerrogativa de colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (CPP, art. 6º, III), incluindo-se a oitiva de testemunhas. Exemplo de poder de cautela, mirando o resguardo de elementos de autoria a materialidade para espeque da segunda fase da persecução criminal;

4. Prerrogativa de ouvir o ofendido e o indiciado, procedendo-se ao reconhecimento de pessoas e coisas, acareações e reproduções simuladas de fatos (CPP, art. 6º, IV, V e VI e 7º);

5. Prerrogativa de requisitar, se for o caso, exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias (CPP, art. 6º, VII);

6. Prerrogativa de ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico (CPP, art. 6º, VIII);

7. Prerrogativa de averiguar a vida pregressa do indiciado (CPP, art. 6º, IX);

8. Prerrogativa de representar pela prisão temporária e prisão preventiva (CPP, arts. 13, IV e 311 e Lei 7.960/1989, art. 2º);

9. Prerrogativa de nomear curador para o indiciado menor de 21 (vinte e um) e maior de 18 (dezoito) anos (CPP, art. 15);

10. Prerrogativa de representar ao Juiz de Direito a incomunicabilidade do indiciado, por até três dias, quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir (CPP, art. 21, p.ú.);

11. Prerrogativa de restituir, quando cabível, as coisas apreendidas, mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante (CPP, art. 120);

12. Prerrogativa de representar ao Juiz de Direito pelo sequestro de bens móveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro (CPP, art. 127);

13. Prerrogativa de representar pelo incidente de insanidade mental do investigado, quando houver dúvida sobre sua integridade mental (CPP, art. 149, § 1º);

14. Prerrogativa de requisitar exame complementar nos casos de lesões corporais e primeiro exame incompleto (CPP, art. 168);

15. Prerrogativa de, na falta de perito oficial, nomear perito "ad hoc" dentre pessoas que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame (CPP, art. 159, § 1º);

16. Prerrogativa de ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente (CPP, art. 181, p.ú.);

17. Prerrogativa de, no caso de não comparecimento do perito, sem justa causa, determinar sua condução coercitiva (CPP, art. 278);

18. Prerrogativa de negar, salvo no caso de exame de corpo de delito, perícia requerida pela parte, quando não fora necessária ao esclarecimento da verdade (CPP, art. 184);

19. Prerrogativa de representar ao Juiz de Direito pela decretação de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal (CPP, art. 282, § 2º);

20. Prerrogativa de efetuar a prisão determinada em mandado registrado no Conselho Nacional de Justiça, mesmo que fora da competência territorial do Juiz que o expediu, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando o Juiz que a decretou (CPP, art. 289, §§ 1º e 2º);

21. Prerrogativa de, para cumprir mandado judicial, expedir tantos outros necessários às diligências, devendo neles ser fielmente reproduzido o teor do original (CPP, art. 297);

22. Prerrogativa de decretar a prisão em flagrante do apresentado contra quem recaia fundada suspeita da prática de crime, após a oitiva do condutor, das testemunhas e do conduzido (CPP, art. 304 e parágrafos), disso decorrendo, independente de previsão expressa, a sua independência funcional;

23. Prerrogativa de conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 anos (CPP, art. 322);

24. Prerrogativa de não conceder fiança quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva (CPP, art. 324, IV);

25. Prerrogativa de conceder a fiança no auto de prisão em flagrante que presidir ou, no caso de prisão por mandado, se tiver sido a custódia requisitada ao delegado (CPP, art. 332);

26. Prerrogativa de representar ao Juiz de Direito pela aplicação provisória de medida de segurança (CPP, art. 378, II);

27. Prerrogativa de, nos casos de violação de direito autoral, apreender bens ilícitamente produzidos ou reproduzidos, em sua totalidade, juntamente com os equipamentos, suportes e materiais que possibilitaram a sua existência, desde que se destinem precipuamente à prática do ilícito (CPP, art. 530-B);

28. Prerrogativa de proceder a inquérito ao tomar conhecimento de fato que, embora não constituindo infração penal, possa determinar a aplicação de medida de segurança, a fim de averiguar a periculosidade do agente (CPP, art. 549);

29. Prerrogativa de, justificadamente, solicitar ou exigir de pessoa, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência (Decreto-Lei 3.688/1941, art.68);

30. Prerrogativa de, nos casos de realização de qualquer ato de propaganda partidária ou eleitoral, quando o ato de propaganda tiver de realizar-se em lugar designado para a celebração de comício, ser comunicado, pelo menos 24 (vinte e quatro) horas antes de sua realização. Não havendo local anteriormente fixado para a celebração de comício, ou sendo impossível ou difícil nele realizar-se o ato de propaganda eleitoral, ou havendo pedido para designação de outro local, a comunicação será feita, no mínimo, com antecedência, de 72 (setenta e duas) horas, tendo a autoridade policial, em qualquer desses casos, nas 24 (vinte e quatro) horas seguintes, a prerrogativa de designar local amplo e de fácil acesso, de modo que não impossibilite ou frustre a reunião (Lei 4.737/1965, art. 245, §§ 1º e 2º);

31. Prerrogativa de exercer o poder de polícia, assim considerado como a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos, considerando-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (Lei 5.172/1966, art. 78, com redação dada pelo Ato Complementar 31/1966);

32. Prerrogativa de, em sendo o caso, decretar a prisão em flagrante e exigir fiança do autor do fato que, após a lavratura do termo circunstanciado de infração de menor potencial ofensivo, não assumir o compromisso de comparecer ao juizado (Lei 9.099/1995, art. 69, p.u.);

33. Prerrogativa de, na investigação criminal, requerer ao juiz a interceptação das comunicações telefônicas, bem como, a de conduzir os procedimentos de interceptação e requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público (Lei 9.296/1996, arts. 3º, I, 6º e 7º);

34. Prerrogativa de representar ao Juiz, em qualquer fase da investigação, havendo necessidade para a garantia da ordem pública, pela decretação da suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção (Lei 9.503/1997, art. 294);

35. Prerrogativa de, nos casos de herança jacente, comparecer ao local, mediante requisição da autoridade judiciária e, durante a arrecadação dos bens, inquirir moradores da casa ou da vizinhança sobre a qualificação do falecido, o paradeiro de seus sucessores e a existência de outros bens (Lei 13.105/2015, art. 740, § 3º);

36. Prerrogativa de, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, afastar o agressor imediatamente do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, quando o Município não for sede de comarca, comunicando-se em Juiz em 24 (vinte e quatro) horas (Lei 11.304/2006, art. 12-C, II)

37. Prerrogativa de destruir drogas apreendidas, quando judicialmente autorizado (Lei 11.343/2006, art. 50, § 4º);

38. Prerrogativa de, embora apresentado documento de identificação civil, representar ao Juiz pela realização de identificação criminal, quando essencial às investigações policiais (Lei 12.037/2009, art. 3º, IV);

39. Prerrogativa de, nos casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos, ser notificado compulsoriamente pelos serviços de saúde públicos e privados (Lei 10.741/2003, art. 19, I);

40. Prerrogativa de requerer ao Juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético de condenado por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra a pessoa, ou por qualquer crime previsto no art. 1º da Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei 7.210/1984, art. 9º-A, § 2º);

41. Prerrogativa de, nos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, ter acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço,

independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito (Lei 9.613/1998, art. 17-B);

42. Prerrogativa de requisitar perícias, informações, documentos e dados que interessem a apuração dos fatos (Lei 12.830/2013, art. 2º, § 2º);

43. Prerrogativa de, privativamente, proceder ao indiciamento, o qual se dará por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que indicará a autoria, materialidade e suas circunstâncias (Lei 12.830/2013, art. 2º, § 6º);

44. Prerrogativa de requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador nos casos de colaboração premiada (Lei 12.850/2013, art.4º, § 2º);

45. Prerrogativa de negociar, com o investigado e seu defensor, a formalização do acordo de colaboração (Lei 12.850/2013, art. 4º, § 6º);

46. Prerrogativa de retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações, comunicando previamente ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público (Lei 12.850/2013, art. 8º, § 1º);

47. Prerrogativa de representar pela infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação (Lei 12.850/2013, art. 10);

48. Prerrogativa de ter acesso, independentemente de autorização judicial, aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito (Lei 12.850/2013, art. 15);

49. Prerrogativa de ter acesso direto e permanente, pelo prazo de 5 (cinco) anos, aos bancos de dados de reservas e registro de viagens das empresas de transporte (Lei 12.850/2013, art.16);

50. Prerrogativa de destruir, imediatamente, as plantações ilícitas de matéria-prima de droga proibida, recolhendo quantidade suficiente para exame pericial e assegurando as medidas necessárias para a preservação da prova (Lei 11.343/2006, art. 32);

51. Prerrogativa de, nos casos de suspeita ou de confirmação de violência praticada contra a pessoa com deficiência, ser notificado compulsoriamente pelos serviços de saúde públicos e privados (Lei 13.146/2015, art. 26);

52. Prerrogativa de exigir, nos autos sujeitos a sigilo, procuração do advogado para que este examine as peças e faça cópias ou apontamentos (Lei 8.906/1994, art. 7º, § 10);

53. Prerrogativa de, no caso previsto no art. 7º, XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (Lei 8.906/1994, art. 7º, § 11);

54. Prerrogativa de, nos crimes de terrorismo, representar ao Juiz pela decretação, no curso da investigação, pela concessão de medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes da referida Lei (Lei 13.260/2016, art. 12);

55. Prerrogativa de representar ao Juiz, em havendo indícios suficientes de infração penal, para a decretação de medidas assecuratórias relacionadas a bens, direitos ou valores pertencentes ao investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito do crime de tráfico de pessoas, nos termos do art. 125 a 144-A do Código de Processo Penal (Lei 13.344/2016, art. 8º);

56. Prerrogativa de, nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no parágrafo 3º do art. 158 e no art. 159 do Código Penal, e no art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente, requisitar, com prazo de atendimento em 24 (vinte e quatro) horas, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas de iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos (CPP, art. 13-A);

57. Prerrogativa de, se necessário a prevenção ou à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, sendo que, em não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz (CPP, art.13-B);

58. Prerrogativa de representar ao Juiz, nos casos de condutor de veículo preso em flagrante por crime de receptação ou descaminho, pela suspensão da permissão ou da habilitação para dirigir veículo automotor, ou a proibição de sua obtenção (Lei 9.503/1997, art. 278-A);

59. Prerrogativa de apresentar atestado de residência no processo de habilitação para casamento e declaração de óbito a respeito de pessoas encontradas mortas (Lei 6.015/1973, arts. 67, § 1º e 79, 6º);

60. Prerrogativa de determinar a apreensão de Produto Controlado pelo Comando do Exército (Decreto Federal 10.030/2019, art. 126, II).

Sobre o dispositivo ora estudado, foi aprovada a Súmula nº 7 do Seminário “Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)”, realizado na Academia de Polícia⁸⁰, a seguir reproduzida:

Súmula nº 7: A exigência de informações ou obrigações com amparo nas prerrogativas ordinárias e de persecução atreladas ao poder-dever de presidência da investigação criminal dos Delegados de Polícia retrata medida legítima e eventual desatendimento injustificado pode ensejar responsabilização civil, administrativa e penal.

10.21.2 FIGURA EQUIPADA PARA QUEM SE UTILIZA DE CARGO OU FUNÇÃO PÚBLICA OU INVOCA A CONDIÇÃO DE AGENTE PÚBLICO PARA SE EXIMIR DE OBRIGAÇÃO LEGAL OU PARA OBTER VANTAGEM OU PRIVILÉGIO INDEVIDO (ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO)

- **Privilégio indevido**

A exibição de cédula de identidade funcional para, fora de serviço, ingressar em cinemas, casa de shows etc., sem efetuar o pagamento,

⁸⁰ Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se como anexo no presente trabalho.

pode configurar o comportamento vedado pela lei, afinal, invocando a condição de agente estatal, o policial, em tese, estaria tencionado a obter vantagem ou privilégio indevido.

No Estado de São Paulo, o artigo 10 do Decreto Estadual nº 51.102/1968, previa que, para o desempenho de suas atribuições, os Delegados de Polícia tinham livre ingresso em qualquer local onde se realize espetáculo, função ou divertimento, com ou sem entrada paga, mesmo mediante convite, desde que o divertimento, a função ou o espetáculo estejam sujeitos ao controle, licenciamento ou fiscalização por parte da polícia do Estado, os funcionários da antiga Divisão de Diversões Públicas (D.D.P.) e das Delegacias do interior incumbidos expressamente da fiscalização. Esse dispositivo, entretanto, foi revogado pelo Decreto Estadual nº 16.680/81. Por óbvio, desde que em efetivo serviço e justificado (para apuração de infrações penais ou diligências oficiais por exemplo), o acesso continua válido e exigível.

No caso das cortesias, o elemento subjetivo pode inexistir, se resultar de ato voluntário de quem a oferta, salvo se o policial, alegando essa condição, tencionar obtê-la a revelia de quem de direito, sujeitando-se ao crime da nova lei de Abuso ou outra infração mais grave como concussão ou corrupção a título de exemplo.

Na Polícia Civil de São Paulo, a cédula de identidade funcional, que é de porte obrigatório, tem como função identificar o integrante da instituição e legitimar o respectivo porte funcional de arma de fogo. O Decreto Estadual nº 62.945/17, diz, em seu art. 2º, que aos Policiais Civis identificados por distintivo e carteira de identidade funcional são asseguradas as prerrogativas previstas em lei para o desempenho de suas atribuições institucionais, sendo ela válida como prova de identidade civil, assegurando o porte de arma.

Desse modo, é certo que a carteira de identidade funcional é um documento de identificação, não podendo ser usada em desconformidade com a sua função, mormente para isentar ou privilegiar, indevidamente, o seu portador, sob pena das consequências legais.

- **Prerrogativa (“privilégio” devido)**

O artigo 33, parágrafo único da nova lei fala em vantagem ou privilégio indevido. Entretanto, quando não a vantagem, mas o privilégio, for devido, inexistente crime. E quando há um privilégio devido? Pode ser a hipótese em que um Policial Civil, armado, tiver que ingressar em estabelecimentos vigiados.

O policial brasileiro, por força legal, tem porte de arma de fogo com validade em âmbito nacional, decorrente da regra do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 10.826/03. Disciplinada essa disposição, o artigo 26 do Decreto Federal nº 9.847/2019 estabelece que os órgãos policiais estabelecerão, em normas próprias, os procedimentos relativos às condições para a utilização de armas de fogo de sua propriedade, ainda que fora de serviço. O § 2º prevê que as instituições, os órgãos e as corporações, ao definir os procedimentos a que se refere o artigo 26, disciplinarão as normas gerais de uso de arma de fogo de sua propriedade, fora do serviço, quando se tratar de locais onde haja aglomeração de pessoas, em decorrência de evento de qualquer natureza, tais como no interior de igrejas, escolas, estádios esportivos e clubes, públicos e privados.

No Estado de São Paulo, vigora a Portaria DGP-40/14, a qual, em seu art. 8º, diz que o policial civil, em razão das suas funções institucionais, é autorizado a portar arma de fogo de propriedade particular, ou fornecida pela Polícia Civil, em serviço ou fora deste, em local público ou privado, mesmo havendo aglomeração de pessoas, em evento de

qualquer natureza, tais como no interior de igrejas, escolas públicas, estádios desportivos e clubes, em todo território nacional. De acordo com o artigo 10, *caput* e § 1º do referido ato normativo, o policial civil deverá portar a arma de fogo de maneira discreta, mormente nos locais onde haja aglomeração de pessoas, evitando constrangimentos a terceiros, salvo quando em operação policial, trajando vestimenta e/ou distintivo que o identifique. A comunicação do porte de arma ao responsável pela segurança do local, quando solicitado, será feita também discretamente, mediante apresentação da carteira funcional. Vale lembrar que a exibição desnecessária de arma distintivo ou algema assim como o uso indevido de documento funcional, arma, algema ou bens da repartição configuram transgressões disciplinares (LC 207/79, art. 63, XIX e XXX).

Desse modo, exibir identidade funcional para ingressar armado em estabelecimento vigiado, como regra não configura irregularidade nem obtenção de privilégio indevido, mas obrigação do Policial Civil⁸¹.

No âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo, o policial civil, nos termos da Portaria DGP-40/2014, não está obrigado a entregar sua arma ou respectiva munição como condição para ingresso em recinto público ou privado, salvo nas hipóteses de submissão à prisão; durante audiência judicial, a critério da autoridade judiciária; por determinação, ainda que verbal, de Delegado de Polícia superior hierárquico e por determinação da autoridade corregedora, sempre que tal medida se afigurar necessária. Fora tais hipóteses, como regra o policial civil não deve entregar sua

⁸¹ LESSA, Marcelo de Lima. Policiais de Folga Podem entrar Armados em Estabelecimentos Vigiaados por Segurança Privada? Teresina, *Jus Navigandi*, abr. 2019. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/73045>>. Acesso em 04 dez. 2019.

arma de fogo a quem quer que seja e tampouco deixá-la em cofres particulares, sob pena de responder por eventual mau uso ou inadequada destinação dela⁸².

- **Eximir-se de medida prevista em lei**

Caso o policial civil, invocando essa condição, identifique-se com o propósito de isentar-se a ser submetido a medida prevista em lei, tais como fiscalizações de trânsito, autuação por infração administrativa, entre outras, o delito do artigo 33, parágrafo único da nova lei poderá ocorrer.

Entretanto, quando as circunstâncias assim o exigirem, o policial civil, por dever de ofício, deve se identificar e, em sendo o caso, colaborar com quem, no exercício da função, o interpelou.

Isso porque, conforme o artigo 63, XXI, da Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 207/79), constitui transgressão disciplinar deixar de identificar-se, quando solicitado ou quando as circunstâncias o exigirem. Logo, se a cédula de identidade funcional for usada em conformidade com o seu propósito oficial, o agente estará isento de responsabilizações, pois “identificar-se” se as circunstâncias reais exigirem não pode equivar-se a uma presunção de que o agente estatal, apenas por executar essa atitude que a lei manda, esteja tencionando auferir vantagem ou privilégio indevido. Mister avaliar as circunstâncias de cada caso e respectivas justificativas.

⁸² LESSA, Marcelo de Lima. Policiais de Folga Podem entrar Armados em Estabelecimentos Vigiaados por Segurança Privada? Teresina, *Jus Navigandi*, abr. 2019. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/73045>>. Acesso em 04 dez. 2019.

No mais, é importante que, tratando-se de abordagem policial, o policial que na sua vida particular seja interpelado tenha conhecimento das normas e diretrizes que disciplinem a atuação estatal, a fim de que não se frustrate a finalidade legítima do ato.

Ocorrendo qualquer evento adverso ou questionamento sobre a natureza ou legalidade do ato, o interpelado deve agir de maneira serena e solicitar a presença dos seus superiores hierárquicos no local, a fim de que sejam apaziguados os ânimos e garantidas as suas prerrogativas, tanto legais quanto funcionais.

- **Vantagem indevida**

O tipo penal exige que o agente estatal se utilize do cargo ou invoque a função, ou seja, execute uma ação ativa para auferir vantagem ou privilégio indevido. Poderia se questionar, ainda, a conduta do funcionário que, fazendo uso de uma cortesia, ingressasse, por exemplo, numa casa de shows. No mesmo sentido, poder-se-ia questionar a ação do servidor que aceitasse uma refeição graciosa (privilégio ou vantagem em razão da função o cargo), de determinado estabelecimento comercial. Entretanto, seria a aceitação de uma cortesia um comportamento equivalente ao crime de abuso de autoridade?

A cortesia, isto é, a demonstração gratuita de apreço ou reverência, é um ato voluntário de quem a oferece, afinal, no ideário popular, a gratidão ao policial, pela própria função que ele exerce (de proteção), está arraigada no meio social e, longe de configurar uma obrigação, nada mais é do que uma singela mostra de respeito, de educação e, enfim, de gentileza. Nessas hipóteses, como regra o policial não estará se utilizando do cargo ou invocando essa condição para auferir

vantagem ou privilégio, mas sim, respondendo com polidez a um ato voluntário motivado por boa vontade.

Não se vislumbra, portanto e em princípio, o elemento subjetivo (dolo específico) na conduta de agente estatal que aceita um mimo ínfimo (refeição) e ocasional dessa natureza, afinal o Direito Penal não pode se ocupar de pequenices, mormente as de crassa atipicidade.

Vale assinalar que, ao analisar o crime de corrupção passiva (CP, art. 317), que é bem mais grave, a jurisprudência assim já entendeu⁸³:

Excluem-se da incriminação de corrupção pequenas doações ocasionais recebidas pelo funcionário, em razão de suas funções. Em tais casos não há de sua parte consciência de aceitar retribuição por um ato funcional, que é elementar ao dolo do delito, nem haveria vontade de corromper.

Não apenas no Brasil, mas também no exterior, não é incomum que alguns estabelecimentos comerciais, em suas fachadas, ostentem placas de apreço e boas-vindas ao trabalho da Polícia, anunciando que, naquelas dependências, os policiais, como cortesia, têm direito a água, café, acesso à internet e descontos. Dessa forma, por se tratar de costume não contrário aos princípios gerais do Direito, não seria coerente que o agente estatal seja ser punido, afinal, eticamente, não é errado aceitar uma gentileza, mormente quando vinda de maneira gratuita e respeitosa.

O que o agente público deve ter é a consciência de saber a considerável diferença entre cortesia e temor reverencial, este sim imoral e passível de reprimenda. Aceitar, passivamente, uma demonstração de apreço, não equivale a auferir vantagem ou privilégio, isso, por manifesta ausência de dolo.

⁸³ TJSP – AC – Rel. Humberto da Nova –RT389/93.

Destarte, a disciplina consciente, princípio da ética, deve servir de guia ao agente público, a fim de que este, de acordo com os costumes sociais, tenha condições de equilibrar a sensatez e saber diferenciar cortesia de peita ou improbidade, a qual, para existir, demanda demonstração de dolo ou conluio, sob pena de responsabilidade objetiva, que é vedada no Direito Penal.

Em relação ao tópico em análise, foi aprovada a Súmula nº 8 do Seminário "Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)", realizado na Academia de Polícia⁸⁴, abaixo transcrita:

Súmula nº 8: A identificação formal de agente estatal quando as circunstâncias exigirem assim como a resposta cortês a ato voluntário e gratuito de particular motivado por respeito, educação ou gentileza não configura abuso de autoridade por ausência de dolo na conduta.

10.22 ANTECIPAR ATRIBUIÇÃO DE CULPA ANTES DA CONCLUSÃO DE APURAÇÃO OU ACUSAÇÃO (ART. 38)

O artigo 38 da Nova Lei de Abuso de Autoridade tem o seguinte texto:

Art. 38. Antecipar o responsável pelas investigações, por meio de comunicação, inclusive rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação:

⁸⁴ Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se como anexo no presente trabalho.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Trata-se de tipo penal inédito que, em exame preliminar, visa a potencializar a proteção ao direito de imagem do investigado, notadamente na etapa extrajudicial do processo penal. Transmite a ideia de que não foi direcionado apenas à investigação criminal, vocação e atribuição constitucional das instituições de polícia judiciária, mas também a investigações por outros órgãos públicos e de outras naturezas como os interesses difusos ou coletivos.

O crime do artigo 38 da nova lei é próprio, porquanto só pode ser cometido pelo responsável pelas investigações. No caso das instituições de polícia judiciária, o Delegado de Polícia⁸⁵, genuína Autoridade Policial do ordenamento nacional incumbida de presidir a investigação criminal, vale dizer, responsável por essa missão estatal, ao passo que os seus demais agentes subordinados, sob as ordens e supervisão do Delegado de Polícia, executam esse mister.

É figura penal dolosa e exige fim especial de agir, consubstanciado na atribuição de culpa antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação, somado ao dolo específico expresso na nova lei (Lei nº 13.869/19, art. 1º, § 1º).

De acordo com a redação do tipo penal deve haver, por meio de comunicação ou rede social, atribuição de culpa, antes de concluídas as apurações e formalizada a acusação.

- **Atribuição de culpa**

⁸⁵ Lei Federal nº 12.830/13, art. 2º, § 1º.

“Culpa”, em sentido amplo, significa responsabilidade por um ato que cause danos ou prejuízos a terceiros. Em sentido estrito, representa um *status* decorrente da incontestável prática de um ato delituoso. Ou seja, nessa hipótese, a autoridade responsável, antes de concluídas as apurações “e” formalizada a acusação, atribui a um sujeito, por meio de comunicação ou rede social, afirmando que este, sumária e efetivamente, é o “culpado” (sentido estrito) do fato investigado.

A lei usa a locução “e”, dando a ideia de que a conduta a ser punida deve ser realizada antes do fim do inquérito policial (apuração) “e” antes da formalização da acusação (denúncia ou queixa-crime). O legislador não utilizou o vocábulo “imputação”, que ensejaria cenário diverso, pois esta poderia ser equivalente ao ato de indiciamento, mas não é. A decisão de indiciamento, devidamente motivada, decorre de expresso comando legal e dos postulados da motivação e da publicidade (Lei nº 12.830/13, art. 2º, § 6º)⁸⁶.

A decisão de indiciamento é considerada o ato pelo qual o Delegado de Polícia manifesta sua convicção jurídica motivada ao imputar a uma pessoa a condição de provável autor ou partícipe da infração penal investigada no inquérito policial. Essa é a acepção do indiciamento sob o enfoque material, é o indiciamento propriamente dito (“indiciamento material”). Este não se confunde com as três peças dele resultantes (qualificação e interrogatório; informações sobre a vida pregressa e identificação) que integram o chamado “formal indiciamento”, imediatamente oriundo do indiciamento material (decisão de indiciamento), o qual, como visto, consiste na exteriorização da convicção

⁸⁶ MOREIRA FILHO, Guaracy (Coord.); AZEVEDO, André Boiani e [et al]. *Nova lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo*. São Paulo: Rideel, 2019, p. 109.

jurídica fundamentada do Delegado de Polícia ao reputar determinada pessoa como provável autor ou partícipe do fato delituoso investigado⁸⁷.

Até o momento do indiciamento, o sujeito é tratado como “investigado”, ou seja, mero “suspeito” ou “averiguado” ou, apenas, como mera “parte” envolvida. Formalizado o ato, o indivíduo passa a ser designado “indiciado” e, na concepção técnico-jurídica justificada da Autoridade Policial presidente do inquérito policial, figura como “provável autor” do fato objeto da investigação criminal. Trata-se, pois, da transposição de um juízo de possibilidade (mera suspeita) para outro de probabilidade (fundada suspeita).

Nos casos de prisão em flagrante, o auto prisional substitui e equivale ao decisão de indiciamento, razão pela qual a “fundada suspeita” imposta pela lei processual para decretar a custódia provisória em flagrância (CPP, art. 304, § 1º) demanda também regular deliberação motivada, e implica da mesma maneira o formal indiciamento do sujeito, encerrando um juízo de probabilidade calcado no convencimento pela análise técnico-jurídica do fato, desenvolvido nos mesmos moldes e com idêntico raciocínio ao do indiciamento exarado no curso de procedimento investigatório iniciado via portaria, conquanto realizado em sede de cognição sumaríssima, pelo qual o indivíduo preso e autuado em flagrante delito passa a figurar como o “provável autor” da infração penal apurada⁸⁸.

⁸⁷ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 103-120.

⁸⁸ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 103-120.

- **Entrevistas e coletivas**

O dispositivo em comento proibiu entrevistas sobre as investigações concluídas ou não pela Polícia, e ainda pendentes de denúncia?

Não é incomum que as instituições policiais concedam coletivas acerca de fatos delituosos graves que estejam sendo apurados. O que muda, agora, é que os Delegados de Polícia (o crime do artigo 38 é próprio), autoridades responsáveis pelas investigações criminais, adotarão mais cautela ao se referirem aos investigados, tomando o cuidado de, nas circunstâncias previstas na norma (investigações inconclusas e sem a formalização de acusação), não atribuir culpa formal aos suspeitos.

No inquérito policial, o Delegado de Polícia "indicia". E indiciar, em verdade, é indicar, motivadamente, "autoria", "materialidade" e "circunstâncias", em sede de juízo concreto de probabilidade que poderá, ou não, ser confirmado em juízo. Assim, quando, no curso das investigações, a Autoridade Policial reunir elementos suficientes acerca da autoria da infração penal, ela exara a decisão que desencadeia o "formal indiciamento" do suspeito, resultando nos atos de qualificação e interrogatório, identificação e obtenção de informações sobre a vida pregressa.

Na linha da Lei nº 12.830/13 (art. 2º, § 6º), no Estado de São Paulo (Portaria DGP-18/1998, art. 5º), a decisão de indiciamento é materializada em despacho fundamentado do Delegado de Polícia presidente do inquérito policial instaurado via portaria, ou ainda no bojo de auto de prisão em flagrante, como modalidade do gênero decisão de indiciamento.

Na decisão, a Autoridade Policial pormenorizará, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto a autoria delitiva e a classificação

infracional atribuída, mediante análise técnico-jurídica do fato perscrutado, que indicará autoria, materialidade e suas circunstâncias.

O CPP, em seu artigo 239, dispõe que “indício” consiste na circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Ou seja, é uma conclusão por indução e não por certeza, retratando um juízo de probabilidade. Na sentença, ao fim do processo penal, há um juízo de certeza via aplicação da regra de julgamento para além de qualquer dúvida razoável para se atribuir culpa ao acusado⁸⁹. Na presença de dúvidas, absolve-se, prestigiando a máxima *in dubio pro reo*, inserta na garantia da presunção de não culpa (CF, art. 5º, LVII).

Desse modo, deve ficar claro que as instituições de polícia judiciária não atribuem culpa em sentido estrito, o que só pode ocorrer no final do processo criminal, por eventual sentença condenatória prolatada pelo Juiz de Direito competente.

Pois bem, como então se portar numa entrevista ou numa coletiva com a imprensa? Cada instituição policial do país tem regras específicas.

No Estado de São Paulo, a Polícia Civil possui atos normativos sobre a prestação de informações. Segundo a Portaria DGP-30/97, as Autoridades Policiais devem abster-se de divulgar fatos sobre os quais tenham ciência em razão das funções que exercem, limitando-se, quando indagadas pelos meios de comunicação, a divulgar exclusivamente, em relação a tais fatos, informações cujo conhecimento pelo público seja de manifesto interesse policial; que não causem prejuízo às investigações e que não afetem a intimidade, a honra, ou a imagem das pessoas

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 22.

envolvidas (art. 1º, I, II e III), sendo defeso às Autoridades e aos demais policiais civis, divulgar informações sobre atos investigatórios (art. 2º).

Logo, entrevistas não são proibidas e nem poderiam ser. Aliás, a aproximação entre a Polícia e os meios de comunicação é essencial em um Estado Democrático de Direito e aspecto que fortalece a prestação de informações e a transparência estatal.

Nesse passo, nas hipóteses de pronunciamento à imprensa sobre investigações policiais em curso ou findas, é prudente que o Delegado de Polícia responsável, diante da nova Lei de Abuso, mantenha postura profissional imparcial e observe algumas diretrizes:

I – Evitar emitir juízos de valor confirmativos ou opinião pessoais sobre o fato delituoso e em especial sobre o(s) seu(s) autor(res), salvo se já houver acusação formal, creditando ao impedimento legal eventuais indagações nesse sentido;

II – Esclarecer que eventual culpa só será atribuída ao(s) indiciado(s) na fase judicial da persecução penal, caso seja ela deflagrada, à luz do princípio constitucional da presunção de não culpa;

III – Esclarecer que a decisão de indiciamento retrata um juízo de probabilidade motivado por indicativos de autoria, materialidade e circunstâncias do evento apurado, o que não significa antecipação de culpa, esta só atribuída ao indiciado em juízo, em caso de sentença condenatória;

IV – Assinalar que as instituições de polícia judiciária não acusam, apuram os fatos de modo imparcial, por não estarem atreladas nem à acusação e nem à defesa, sem encerrar juízos de certeza;

V – Consignar que o Delegado de Polícia é uma autoridade imparcial (sem vínculo com a acusação oficial e nem com a defesa técnica), tendo por compromisso apurar a verdade atingível e garantir o

contraditório possível (mitigado ou extrajudicial) aos investigados, a fim de assegurar os direitos fundamentais e a paridade de forças entre as partes (defesa e acusação) de um futuro processo judicial;

VI – Ponderar que quaisquer informações que atinjam indevidamente as investigações, bem como a intimidade, a honra ou a imagem das pessoas envolvidas (e não apenas os suspeitos) não serão divulgadas;

VII – Esclarecer que as investigações, se exitosas, limitaram-se a demonstrar que existem indícios em desfavor do suspeito, os quais foram angariados nos autos do inquérito policial, que tem como destinatário o Poder Judiciário, que o submeterá ao órgão responsável por formular eventual acusação;

VIII – Esclarecer que eventuais informações que possam antecipar culpa do indiciado antes da acusação formal não serão fornecidas, diante de óbice legal, atentando-se a questionamentos nesse sentido;

IX – Em suma, observar que dados gerais sobre a dinâmica do fato criminoso, sobre o acervo probatório coligido (sem prejuízo aos atos investigatórios); sobre testemunhas (salvo as protegidas, por óbvio); sobre medidas cautelares não sigilosas (buscas, prisões etc.), em tese poderão ser divulgados com as devidas reservas, pois não encerram juízo individualizado de culpa, este sim defeso.

Quanto ao ponto sob análise, foi aprovada a Súmula nº 9 do Seminário “Polícia Judiciária e a Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/2019)”, realizado na Academia de Polícia⁹⁰, abaixo colacionada:

⁹⁰ Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, cujas súmulas aprovadas encontram-se como anexo no presente trabalho.

Súmula nº 9: A exposição dos fundamentos do juízo de probabilidade voltado a indicar autoria, materialidade e circunstâncias do fato apurado, inerente à decisão de indiciamento, ato privativo do Delegado de Polícia, não exprime prévia atribuição de culpa própria da acusação formal, porquanto decorrente de exigência legal e dos postulados da publicidade e da motivação dos atos estatais.

11 LEGISLAÇÃO ESPECIAL ALTERADA

A Lei nº 13.869/2019 altera dispositivos das Leis Federais nº 7.960/1989 (prisão temporária); nº 9.296/1996 (interceptação telefônica); nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil).

11.1 LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA

O artigo 40 da Lei nº 13.869/19 altera o artigo 2º da Lei nº 7.960/89, que passa a prever que o mandado de prisão temporária conterà necessariamente o período de duração da prisão temporária estabelecido no *caput* do artigo (como regra cinco dias), bem como o dia em que o preso deverá ser libertado. Decorrido o prazo contido no mandado prisional, a autoridade responsável pela custódia, independentemente de nova ordem judicial, colocará imediatamente o preso em liberdade, salvo se já tiver sido comunicada a prorrogação da prisão temporária ou a conversão em prisão preventiva. Inclui-se o dia do cumprimento do mandado de prisão no cômputo do prazo de prisão temporária.

11.2 LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

O artigo 41 da Lei nº 13.869/19 modifica a redação do tipo penal previsto no artigo 10 da Lei nº 9.296/1996, que criminaliza com pena de reclusão, de 2 a 5 anos, a conduta de realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, promover escuta ambiental ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Foi acrescentada a conduta de “promover escuta ambiental” no referido artigo 10 da Lei nº 9.296/96.

Também foi acrescida pela nova Lei de Abuso figura equiparada no § 1º do artigo 10 da Lei nº 9.296/96, segundo a qual incorrerá na mesma pena o Juiz de Direito que determinar a execução da medida com objetivo não autorizado em lei.

A escuta ambiental, conquanto com emprego da expressão “captação ambiental”, está elencada como meio de obtenção de prova na Lei nº 12.850/13 (art. 3º, II) e a partir da nova Lei nº 13.964/2019, fruto do denominado “pacote anticrime”, foi acrescentado o artigo 8º-A na Lei nº 9.296/1996, assim disciplinando a aludida medida:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a **captação ambiental** de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º (VETADO).

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática.

Outrossim, a mesma Lei nº 13.964/2019 também inseriu o artigo 10-A na Lei nº 9.296/1996, criminalizando a realização de captação ambiental sem autorização judicial, ressalvando que não há ilícito se a captação é realizada por um dos interlocutores (§ 1º) e cominando pena em dobro ao funcionário público que descumprir sigilo das investigações que envolvam a medida ou revelar o conteúdo das gravações enquanto mantido o sigilo judicial (§ 2º).

11.3 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O artigo 42 da Lei nº 13.869/19 insere o artigo 227-A na Lei nº 8.069/1990, com a seguinte redação:

Art. 227-A Os efeitos da condenação prevista no inciso I do *caput* do art. 92 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para os crimes previstos nesta lei, praticados por servidores públicos com

abuso de autoridade, serão condicionados à ocorrência de reincidência.

Parágrafo único. A perda do cargo, do mandato ou da função, nesse caso, independará da pena aplicada na reincidência.

11.4 ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O artigo 43 da Lei nº 13.869/19 acrescenta o artigo 7º-B na Lei nº 8.906/1994 (EAOAB), que veicula nova infração penal com o seguinte texto:

Art.7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos no incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três meses) a 1 (um) ano, e multa.

Oportuno destacar que o artigo 7º do EAOAB, assim estipula em seus incisos II, III, IV e V, como direitos do Advogado:

II - a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos

ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB

V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar.

Em relação ao inciso II (inviolabilidade do escritório), oportuno lembrar que cabe mandado de busca cumprido na presença de representante da OAB quando presentes indícios de prática criminosas por parte de Advogado, disciplinado do próprio EAOAB (art.7º, § 6º).

Quanto à prerrogativa advocatícia do inciso III, vale reportar aos comentários sobre a infração penal do artigo 20 da Lei nº 13.869/19, que pune a conduta de impedir injustificadamente a entrevista pessoal e reservada do preso com seu Advogado, cenário que na prática poderá ensejar eventual conflito aparente entre as duas normas.

Na busca de uma solução para as duas infrações coexistirem, considerando que a pena do delito do novo artigo 7º-B do EAOAB é menor e que a "comunicação" em tese pode ser tratada como algo mais simples que uma "entrevista", acredita-se que a violação à mera comunicação (contato visual e breve diálogo por exemplo) estará propensa à configuração do artigo 7º-B do EAOAB, enquanto o impedimento indevido e doloso da entrevista pessoal e reservada (diálogo amplo com orientações profissionais) tende a caracterizar o crime do artigo 20 da nova Lei de

Abuso de Autoridade. Na dúvida, pondera-se que prevalecerá a imputação da infração penal mais branda ao eventual agente estatal suspeito.

No que tange à prerrogativa do inciso IV, do artigo 7º do EAOAB, a presença de representante da OAB é reclamada se o Advogado estiver no exercício profissional. Nas demais situações, notadamente na vida particular, a decretação da prisão em flagrante e correlata formalização seguirão normalmente, bastando a comunicação expressa à respectiva seccional da OAB.

Por derradeiro, sobre a prerrogativa do inciso V, do artigo 7º, que prevê o recolhimento do Advogado preso em sala de “Estado Maior”, a expressão é entendida como referente a grupo de oficiais que assessoram o comandante de uma organização militar (Forças Armadas ou Polícias Militares). Conquanto o dispositivo mencione que, na falta da aludida “sala de Estado Maior”, o Advogado seja colocado em prisão domiciliar, há posição jurisprudencial no sentido de que a ausência de espaço dessa natureza, por si só, não enseja a prisão domiciliar, sendo suficiente uma cela especial, com condições de salubridade e dignidade humana, separada de outros presos⁹¹. Na aludida hipótese, a autoridade responsável pela custódia do Advogado preso pode oficial órgãos militares locais para verificar a disponibilidade de uma sala de Estado de Maior.

⁹¹ CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade: Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2019, p.317-318; STJ, RE nº 1.648.174-MT, Rel. Sebastião Reis Jr, j. 28/03/2017. Outrossim, há orientação no sentido de que não faz jus à citada prerrogativa o Advogado suspenso dos quadros da OAB (STJ, HC nº 368.393-MG, j. 20/09/2016).

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora; DRIGO, Leonardo Godoy. Reflexões sobre a atividade policial, a Constituição e os direitos humanos: o caso do delegado que prestigiou a liberdade. *Empório do Direito*, Florianópolis, 13 set. 2019. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/reflexoes-sobre-a-atividade-policial-a-constituicao-e-os-direitos-humanos-o-caso-de-delegado-que-prestigiou-a-liberdade>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

ANSELMO, Márcio Adriano. Direito ao silêncio e sua devida interpretação. In: ANSELMO, Márcio Adriano; et al. *Investigação criminal pela polícia judiciária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BALDAN, Édson Luis. Devida investigação legal como derivação do devido processo legal e como garantia fundamental do imputado. In: KHALED JR., Salah (coord.). *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p.155-182.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. A nova lei de abuso de autoridade e a inconstitucionalidade que não é para tanto. São Paulo, *Consultor Jurídico*, 1º out. 2019.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Do flagrante obtuso ou da pretensão de que o delegado de polícia lavre auto de “não prisão” em flagrante em qualquer caso de condução de capturado. *Revista Prática Jurídica*, ano XV, 176, Consulex, p. 6-16, nov. 2016.

CARVALHO, Gabriela Ponte; DUARTE, Evandro Piza. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan.-abr. 2018.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; BARBOSA, Ruchester Marreiros. Ampliação de competência militar é inconstitucional e inconvencional. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 nov. 2017.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. *Inquérito policial tem sido con-
ceituado de forma equivocada*. Revista Consultor Jurídico, 21 fev. 2017. Disponível em: <www.conjur.com.br/2017-fev-21/academia-

policia-inquerito-policial-sido-conceituado-forma-equivocada>. Acesso em: 05 jan. 2020.

COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

COLAÇO, Marcelo Ricardo. Efeito backlash da condução coercitiva na lei de abuso de autoridade. São Paulo, *Consultor Jurídico*, 17 set. 2019.

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

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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: 20 nov. 2019. Acesso em: 04 dez. 2019.

GARCIA, Thiago. *Tudo que o que você precisa saber sobre: delegado de polícia, Lei Maria da Penha e princípio da insignificância*. São Paulo: Rideel, 2019.

HOUAISS, Antônio (1915-1999) e VILLAR, Mauro de Salles (1939-). *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva: 2001. HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

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>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

LESSA, Marcelo de Lima; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. A nova lei de abuso de autoridade entra em vigor e intensifica devida investigação. Teresina, *Jus Navigandi*, 3 jan. 2020. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/78764>>. Acesso em: 3 jan. 2020.

LESSA, Marcelo de Lima; MARTINS JR., Ricardo Fleck. Métodos adequados de busca pessoal, algemamento e condução de presos diante da nova lei de abuso de autoridade. Teresina, *Jus Navigandi*, 18 out. 2019. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/77256>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

LESSA, Marcelo de Lima. O Dolo Específico dos Crimes de Nova Lei de Abuso de Autoridade. Teresina, *Jus Navigandi*, 2 out. 2019. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/76366>>. Acesso em 04 dez. 2019.

LESSA, Marcelo de Lima. O poder decisório do delegado de polícia. Teresina, *Jus Navigandi*, abr. 2018. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/65673>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

LESSA, Marcelo de Lima. O uso de balaclava em operações policiais de alto risco. Teresina, *Jus Navigandi*, out. 2017. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/61397>>. Acesso em: 04 dez. 2019.

LESSA, Marcelo de Lima. *O sigilo na fase inquisitiva*. São Paulo: Informativo Adpesp – Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, 2004.

LESSA, Marcelo de Lima. *Padrões sugeridos de conduta policial diante da nova lei de abuso de autoridade*. Santos: Edição do Autor, 2019.

LESSA, Marcelo de Lima. Policiais de Folga Podem entrar Armados em Estabelecimentos Vigiados por Segurança Privada? Teresina, *Jus Navigandi*, abr. 2019. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/73045>>. Acesso em 04 dez. 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. Lei 13.491/17 fez muito mais do que retirar os militares do tribunal do júri. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 out. 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 25, nº 300, novembro/2017, p. 7-8.

MAGNO, Levy Emanuel. *Curso de processo penal didático*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal – vol. IV*. Campinas: Bookseller, 1997.

MARREY, Adriano. *Legítima defesa exclui possibilidade de prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 665, 1991, p. 386-387.

MORAES, Maurício Zanóide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*, São Paulo, v.31, n. 113, set. 2011, p. 92-100.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de; PIMENTEL JR., Jaime. *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal*. Salvador: JusPodivm, 2018.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Acesso a dispositivos eletrônicos e a devida investigação legal. In: ANTONIALLI, Dennys; FRAGOSO, Nathalie (Eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital – vol. II*. São Paulo: InternetLab, 2019, p. 132-157.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Prisão em flagrante delito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2018.

MOREIRA FILHO, Guaracy (Coord.); AZEVEDO, André Boiani e [et al]. *Nova lei do abuso de autoridade comentada artigo por artigo*. São Paulo: Rideel, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. A nova lei de abuso de autoridade, 3 out. 2019. *Migalhas*, ISSN 1983-392X.

OLIVEIRA, Alexandre Pinto de. *A conduta policial e as técnicas de abordagem à luz da doutrina de direitos humanos na missão constitucional da Polícia Civil*. 2016. 107 p. Monografia (Processo seletivo de professor de conduta policial e técnicas de abordagem) - Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”. São Paulo, 2016.

PAGLIONE, Eduardo Augusto. A prisão em flagrante e as causas excludentes da antijuridicidade. *Boletim IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, v.15, set. 2007, p. 15-17.

PAULA, Fernando Shimidt de. *Criptoindiciamento*. São Bernardo do Campo: UESP, 2018.

PAULO FILHO, Caetano. *As excludentes de ilicitude na fase pré-processual e seus reflexos no direito administrativo disciplinar*. 2010. 96 p. Monografia (Curso de Especialização em Polícia Judiciária e Sistema de Justiça Criminal do Centro de Estudos Superiores da Polícia Civil “Prof. Maurício Henrique Guimarães Pereira”) – Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2010.

ROCHA JR., Arnaldo; MORAIS, Filipe de. As inconstitucionalidades da nova lei de abuso de autoridade. São Paulo, *Adpesp*, 5 set. 2019.

SAAD, Marta Cristina Cury. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Org.). *Processo penal e*

democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 423-453.

SAAD, Marta Cristina Cury. Indiciamento como ato fundamentado da autoridade policial. *Boletim informativo Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP)*. Ano 03, nº 05, p.19-21, 2013.

SAAD, Marta Cristina Cury. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías. *Delegado de polícia em ação – teoria e prática no Estado Democrático de Direito*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ANEXO A

SÚMULAS APROVADAS NO SEMINÁRIO POLÍCIA JUDICIÁRIA E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE (LEI 13.869/2019)⁹²

Súmula nº 1: Ao Delegado de Polícia é garantida autonomia intelectual para interpretar o ordenamento e decidir, de modo imparcial e fundamentado, quanto ao rumo das diligências adotadas e quanto aos juízos de tipicidade, ilicitude, culpabilidade e demais avaliações de caráter jurídico imanentes à presidência da investigação criminal.

Súmula nº 2: A decretação da prisão em flagrante pelo Delegado de Polícia mediante lavratura de auto prisional, como espécie de decisão de indiciamento, demanda avaliação do requisito temporal, previsto nas hipóteses do artigo 302 do CPP, assim como do requisito probatório, consubstanciado na fundada suspeita do § 1º do artigo 304 do CPP, sem prejuízo da apuração dos fatos em sede de inquérito policial instaurado via portaria na ausência dos aludidos requisitos legais.

Súmula nº 3: O Delegado de Polícia decretará o sigilo externo de procedimento investigatório, fundamentadamente, para a tutela da intimidade ou do interesse social e, do mesmo modo, determinará o sigilo interno quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências a serem realizadas.

Súmula nº 4: O vocábulo “preso”, empregado no artigo 18 da Lei Federal 13.869/2019, abrange o custodiado temporário ou preventivo e não equivale ao mero investigado que, asseguradas as garantias fundamentais, sobretudo o direito de autodefesa e de acionar defesa técnica, poderá ser ouvido em declarações, sem prejuízo de pronta representação

⁹² Evento realizado no dia 19 de novembro de 2019, na Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, da Polícia Civil do Estado de São Paulo.

pela prisão provisória diante da suspeita de envolvimento em prática delitiva pretérita e do preenchimento dos requisitos legais.

Súmula nº 5: A expressão “repouso noturno”, do artigo 18 da Lei Federal 13.869/2019, abrange período em que as pessoas ordinariamente descansam e dormem, consubstanciando parâmetros desse elemento normativo, segundo juízo motivado do Delegado de Polícia responsável, os costumes e convenções locais, a vedação temporal entre 21 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte para a execução de busca domiciliar prevista no inciso III do § 1º do artigo 22 do mesmo diploma legal, assim como o interstício entre o pôr do sol e a aurora do dia subsequente.

Súmula nº 6: A obtenção e o uso de prova cuja licitude seja objeto de controvérsia jurisprudencial ou doutrinária estão albergados na ressalva de divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas do § 2º do artigo 1º da Lei Federal 13.869/2019.

Súmula nº 7: A exigência de informações ou obrigações com amparo nas prerrogativas ordinárias e de persecução atreladas ao dever de presidência da investigação criminal dos Delegados de Polícia retrata medida legítima e eventual desatendimento injustificado pode ensejar responsabilização civil, administrativa e penal.

Súmula nº 8: A identificação formal de agente estatal quando as circunstâncias exigirem assim como a resposta cortês a ato voluntário e gratuito de particular motivado por respeito, educação ou gentileza não configura abuso de autoridade por ausência de dolo na conduta.

Súmula nº 9: A exposição dos fundamentos do juízo de probabilidade voltado a indicar autoria, materialidade e circunstâncias do fato apurado, inerente à decisão de indiciamento, ato privativo do Delegado de Polícia, não exprime prévia atribuição de culpa própria da acusação formal, porquanto decorrente de exigência legal e dos postulados da publicidade e da motivação dos atos estatais.

Súmula nº 10: Quando a notícia de fato não viabilizar instauração de procedimento investigatório, o Delegado de Polícia responsável determinará a verificação da procedência das informações a título de investigação preliminar sumária, em atenção ao artigo 5º, § 3º, do CPP, sem prejuízo de ulterior acatamento fundamentado enquanto não obtidos elementos indiciários que denotem justa causa para deflagrar o procedimento legal cabível.

ANEXO B

RESOLUÇÃO Nº 2, DE 8 DE NOVEMBRO DE 2017, DO CONSELHO NACIONAL DOS CHEFES DE POLÍCIA CIVIL (CONCPC)

Recomenda a atuação dos policiais civis nos casos de crimes dolosos contra a vida e os crimes previstos na legislação comum praticados por militar contra civis.

O CONSELHO NACIONAL DOS CHEFES DE POLÍCIA CIVIL, no uso das competências previstas no art. 1º do Estatuto do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil,

Considerando os termos do art.125, § 4º, da Constituição Federal que estabelece que “Compete à Justiça Militar estadual julgar os militares do Estado, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra ato disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”;

Considerando o disposto no art.6º do CPPM: Obedecerão às normas processuais previstas neste Código, no que forem aplicáveis, salvo quanto à organização de Justiça, aos recursos e à execução de sentença, os processos da Justiça Militar Estadual, nos crimes previstos na Lei Penal Militar a que responderem os oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares;

Considerando que a “mens legis” da Lei 13.491 de 04 de abril de 2017 é dispor sobre a “jurisdição competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares, nos termos da ementa original do projeto de lei”;

Considerando que o objetivo da lei, conforme amplamente divulgado pela imprensa nacional e enunciado pelos atores políticos da União envolvidos na sua propositura e aprovação, mormente o Ministro da

Defesa, é alcançar atos relacionados à atuação das Forças Armadas em tempos de paz;

Considerando os termos do art. 3º, § 1º, da Lei 13.491/17, segundo o qual “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometido por militares contra civis, serão da competência do tribunal do júri; e

Considerando os termos do art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “d” da CF.

RESOLVE

Art. 1º. Considerar atribuição da Polícia Civil e da Polícia Federal, segundo o caso, investigar os crimes dolosos contra a vida e os crimes previstos na legislação comum praticados por militares contra civis, sendo de competência da Justiça Militar Estadual somente os crimes expressamente previstos no Código Penal Militar, quando praticados em serviço ou em razão deste.

Art. 2º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Registre e publique-se.

Santarém, 08 de novembro de 2017.

ACADEPOL

Pça. Prof. Reynaldo Porchat, 219 – Cidade Universitária

São Paulo – SP – CEP 05508-100

Tel. (0xx11) 3468-3300