

**UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL
CURSO DE DIREITO**

**DA (IN)VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS PRATICADOS NA FASE DE
INQUÉRITO SEM INTIMAÇÃO DA DEFESA CONSTITUÍDA**

AMANDA RAMOS VIANA

**Vacaria – RS
2019**

Amanda Ramos Viana

**DA (IN)VALIDADE DOS ATOS JURÍDICOS PRATICADOS NA FASE DE
INQUÉRITO SEM INTIMAÇÃO DA DEFESA CONSTITUÍDA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
na Faculdade de Direito da UCS como
requisito básico para a conclusão do Curso de
Direito.

Orientador: Professor Felipe Vanin Rizzon

**Vacaria – RS
2019**

DEDICATÓRIA

Dedico este, e todos os outros trabalhos que eu venha a escrever, a quatro figuras que palavras jamais seriam suficientes para demonstrar o privilégio que foi e é poder conviver.

Ao meu bisavô Tide, por toda bondade e perseverança. Pelas tranças feitas no meu cabelo e pelas caipiras de domingo.

À minha bisavó Suely, por ter sido uma pessoa única. Por toda a força, pelas histórias contadas, tardes compartilhadas e respostas afiadas, sempre na ponta da língua.

À minha avó Lourdes, pela doçura e pelo colo quentinho. Pelo café passado, pelas toalhas na cabeça ao sair no frio e por tudo que representa para toda nossa família.

Ao meu nono Pina, por todas as gargalhadas, caronas e indiadas. Por ser meu secretário, defensor e meu maior apoiador nessa e em todas as minhas fases.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a todos os professores que contribuíram na minha formação, desde o início até aqui. Em especial, ao meu orientador, professor Felipe Vanin Rizzon, que sempre demonstrou uma imensa paixão ao exercer seu papel como professor, o que nos motiva a dar sempre o nosso melhor.

Aos meus avós, Lourdes e Pina, por serem incansáveis, compreensivos, dedicados e os melhores avós que eu poderia ter. Por terem sido meus maiores apoiadores nessa e em todas as etapas da minha vida. Por vibrarem com as minhas conquistas mais até do que eu. Todos os dias lembro do quão sortuda sou por poder contar com vocês.

Ao meu namorado, Guilherme, pela paciência e puxões de orelha todas as vezes em que me faltou um empurrãozinho para prosseguir. Por todo carinho e compreensão a mim dedicados ao longo de todos esses anos.

À minha tia, Leisa, pelo ouvido sempre pronto para os desabafos e por sempre me impulsionar para o meu melhor. Você é a única, mas é a preferida.

E, finalmente, aos meus pais, por todos os motivos. Por terem me feito quem sou, por me ensinarem a não desistir e por todos os anos de dedicação e esforço para que pudessem me ver indo cada vez mais longe.

“Se ages contra a justiça e eu te deixo agir, então a injustiça é minha.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar o inquérito policial no direito brasileiro aferindo suas características, especialmente na verificação da validade das provas produzidas na fase inquisitorial, particularmente nas hipóteses em que o acusado já tem defensor constituído. Assim, busca-se avaliar se este advogado deve ser intimado de todos os atos investigatórios, sob pena de nulidade, com base na alteração da lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), no artigo 7º, incisos XIV e XXI, e parágrafos 10º, 11º e 12º, e na Súmula Vinculante nº 14. Para tanto serão analisados os princípios processuais penais dispostos na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal. Serão também estudadas as características do Inquérito Policial, formas de instauração e, separadamente, aos demais, os princípios do Contraditório e Ampla Defesa, especialmente relevantes para o presente tema. Consequentemente, passaremos a examinar as provas no Processo Penal, além das hipóteses de nulidade previstas ao sistema processual penal. Finalmente, examina-se o papel do defensor constituído na fase inquisitorial, e quais as hipóteses de invalidade no Inquérito Policial ante a não intimação do defensor constituído já durante esta etapa.

Palavras-chave: Direito Penal. Direito Processual Penal. Inquérito Policial. Advogado. Nulidades no Inquérito.

SUMÁRIO

01.INTRODUÇÃO	10
02.DO INQUÉRITO POLICIAL	12
02.1. CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO	14
02.1.1. Procedimento escrito	14
02.1.2. Caráter sigiloso	15
02.1.3. Oficialidade	16
02.1.4. Oficiosidade	16
02.1.5. Indisponibilidade	17
02.1.6. Dispensabilidade	17
02.1.7. Temporariedade	18
02.2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SUA APLICAÇÃO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL	19
02.2.1. Sistema inquisitorial	19
02.2.2. Sistema acusatório	20
02.2.3. Sistema misto	21
03.PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS	23
03.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	23
03.1.1. Princípio do juiz natural	23
03.1.2. Princípio do promotor natural	24
03.1.3. Princípio do devido processo legal	25
03.1.4. Princípio da vedação da prova ilícita	25
03.1.5. Princípio da presunção da inocência	26
03.1.6. Princípio do privilégio contra a autoincriminação (<i>nemo tenetur se detegere</i>)	26
03.1.7. Princípio da publicidade	29
03.1.8. Princípio da razoável duração do processo	29
03.1.9. Princípio da motivação das decisões judiciais	30
03.1.10. Princípio da imparcialidade do juiz	31
03.1.11. Princípio do duplo grau de jurisdição	32
03.1.12. Princípio da iniciativa das partes	32
03.1.13. Princípio da intranscendência	33
03.1.14. Princípios do contraditório e ampla defesa	33
03.1.14.1. Princípio do contraditório	33
03.1.14.2. Princípio da ampla defesa	35
03.2. DEMAIS PRINCÍPIOS	36
03.2.1. Princípio da verdade real	36
03.2.2. Princípio da oficiosidade ou do impulso oficial	37
03.2.3. Princípio da correlação	37
03.2.4. Princípio da identidade física do juiz	38
03.2.5. Princípio do <i>favor rei</i>	39

04.DAS PROVAS E NULIDADES NO PROCESSO PENAL	40
04.1. DAS PROVAS	40
04.1.1. Princípios relativos à prova penal	41
04.1.1.1. Princípio da comunhão da prova (ou da aquisição da prova)	41
04.1.1.2. Princípio da autorresponsabilidade das provas	41
04.1.1.3. Princípio do contraditório (ou da audiência contraditória/bilateral)	42
04.1.1.4. Princípio do imediatismo	42
04.1.1.5. Princípio da identidade física do juiz	42
04.1.1.6. Princípio da oralidade	42
04.1.1.7. Princípio da concentração	43
04.1.1.8. Princípio da publicidade	43
04.1.2. Meios de provas	44
04.1.3. Diligências investigatórias no inquérito Policial	45
04.1.3.1. Preservação do local do crime	46
04.1.3.2. Apreensão de objetos	47
04.1.3.3. Colheita de outras provas	47
04.1.3.4. Oitiva do ofendido	48
04.1.3.5. Oitiva do indiciado	48
04.1.3.6. Reconhecimento de pessoas e coisas e acareação	49
04.1.3.7. Determinação de realização de exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias	49
04.1.3.8. Identificação do indiciado e juntada da folha de antecedentes criminais	50
04.1.3.9. Averiguação da vida pregressa do investigado	51
04.1.3.10. Reconstituição do fato delituoso	51
04.2. DAS NULIDADES	52
04.2.1. Espécies de nulidades	53
04.2.1.1. Atos inexistentes	53
04.2.1.2. Nulidade absoluta	53
04.2.1.3. Nulidade relativa	55
04.2.1.4. Irregularidades	56
04.2.2. Princípios referentes às nulidades	56
04.2.2.1. Princípio da instrumentalidade das formas	56
04.2.2.2. Princípio do prejuízo	57
04.2.2.3. Princípio da causalidade	57
04.2.2.4. Princípio do interesse	58
04.2.2.5. Princípio da convalidação	58
04.2.3. (In)aplicabilidade da teoria das nulidades no inquérito policial	58
05.DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO NO INQUÉRITO POLICIAL	62
06.CONSIDERAÇÕES FINAIS	68

07. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA	70
--	-----------

01.INTRODUÇÃO

O direito processual penal brasileiro é regido pelo Código Processual Penal Brasileiro (Decreto Lei nº 3.689 de 1.941), bem como pelos princípios dispostos na Constituição Federal de 1988. Estas normas são responsáveis por regulamentar as fases fundamentais da persecução penal, quais sejam: a investigação preliminar, ou seja, a fase de inquérito policial; a etapa intermediária; o juízo oral e o juízo recursal.

Diante disto, temos como objeto de estudo o inquérito policial, especificamente no que concerne à intimação da defesa quando esta é constituída ainda durante esta fase, a fim de determinar a possível (in)validade dos atos praticados ante a inobservância da intimação do advogado para tomar ciência das provas a serem produzidas.

O inquérito policial trata-se da etapa investigativa presidida pelo Delegado de Polícia e será instrumento de produção das provas necessárias a fim de demonstrar a materialidade do crime, ou seja, a existência de fato típico criminal, bem como trazer evidências da autoria, que são os dois elementos necessários para que seja oferecida a denúncia.

O subsídio probatório do inquérito, que poderá conter a oitiva do réu, a oitiva de testemunhas ou qualquer outro tipo de prova lícita, terá por objetivo auxiliar a vítima ou até mesmo o Ministério Público para o oferecimento da queixa-crime ou denúncia, respectivamente. Porém, tanto o ofendido quanto o Ministério Público não estão vinculados as conclusões do inquérito policial, e, dessa forma, não se impõe a estes que ofereçam a peça acusatória nos mesmos termos daquilo que foi referido pela Autoridade Policial.

Embora seja uma etapa investigativa com o intuito de obter e levantar provas, não poderá o juiz condenar o acusado, já em fase processual, somente com as provas produzidas em inquérito policial, devendo, deste modo, reproduzi-las em juízo, de acordo com o que dispõe o artigo 155 do Código Processual Penal Brasileiro, regra esta excepcionada apenas por aquelas provas de natureza cautelar, antecipada ou irrepetível.

O inquérito policial, em regra, não está sujeito a nulidades e nem ao rito processual, entretanto, as provas produzidas podem ser nulas se produzidas em desrespeito aos preceitos constitucionais.

Vale destacar, ainda, que o inquérito se trata de peça prescindível e, por conseguinte, a vítima ou o Ministério Público podem realizar queixa-crime ou oferecer denúncia mesmo sem sua realização.

Apesar de ter caráter inquisitorial, há a possibilidade de o acusado, ao tornar-se ciente de que está sob investigação, constituir defesa ainda durante a fase de inquérito policial. Esta hipótese é objeto de grande controvérsia, visto que foi trazida pela Lei 13.245, publicada na data de 12 de janeiro de 2016, ao incluir ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados Brasileiros, o disposto do artigo 7º, inciso XXI.

A regra em questão já era válida para as repartições policiais, contudo a expressão foi substituída pelo termo “qualquer instituição responsável por conduzir investigação”

Entretanto, existem decisões jurisprudenciais que vão contra o disposto do artigo supracitado, uma vez que algumas delas dizem ser prescindível a intimação do referido advogado, exceto para o interrogatório, sendo essa a única hipótese de nulidade dos atos praticados por conta da falta da devida intimação do defensor. O que não exclui o acesso do defensor a estas provas em momento posterior a sua produção.

À vista disso, esta pesquisadora busca apurar quanto as possibilidades de (in)validade dos atos processuais executados no decorrer do inquérito policial na hipótese de inobservância da intimação da defesa previamente constituída pelo acusado.

02. DO INQUÉRITO POLICIAL

O Inquérito Policial trata-se da fase pré processual investigatória e objetiva auferir e obter as provas da materialidade e da autoria (neste caso bastam indícios) de eventual infração penal, a fim de que possa subsidiar o oferecimento de denúncia relativa ao fato criminoso sob investigação. Esta etapa é presidida pela figura do delegado de polícia e, diferentemente do curso da ação penal que é regido pelo sistema acusatório, o inquérito segue o regime inquisitorial.

Para Pedro Lenza e outros (2018, p. 51), o inquérito policial conceitua-se por ser:

Um procedimento investigatório instaurado em razão da prática de uma infração penal, composto por uma série de diligências, que tem como objetivo obter elementos de prova para que o titular da ação possa propô-la contra o criminoso.

A etapa inquisitiva não tem, portanto, somente a finalidade de apurar indícios de autoria de um crime e nem mesmo será somente uma forma de produzir provas que atestem a suposta autoria, mas é, principalmente, um instrumento que objetiva certificar a existência de um fato criminoso, ou seja, obter elementos que confirmem a materialidade do delito. Quanto a isso, Márcio Alberto Gomes Silva (2020, p. 35) demonstra:

Em linhas rápidas, inquérito policial pode ser conceituado como procedimento administrativo, sigiloso, escrito, inquisitivo (investigativo), dispensável (mas obrigatório e indisponível), elaborado pela polícia judiciária (presidido pelo delegado de polícia de carreira), que tem por objetivo elucidar o fato supostamente criminoso. Passo a adotar esse novo conceito porque ao final do apuratório pode se chegar à conclusão de que crime não houve (quando se conclui, por exemplo, que a morte suspeita foi um suicídio). Caso se verifique que o fato investigado é efetivamente criminoso, o inquérito deve ter em mira coligir indícios de autoria e prova da materialidade do delito, de forma a oportunizar o manejo de ação penal em face daqueles que cometeram a infração.

Ainda sobre a finalidade do inquérito, este servirá como forma de evitar que inocentes sejam acusados de delitos que não cometeram, procurando indícios que submetam ao curso de uma ação penal somente aqueles que são apontados e que efetivamente cometeram um suposto delito, sendo que tal será obtido em face das investigações preliminares ao processo em si.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 176) delinea:

Daí a importância do inquérito policial, instrumento geralmente usado pelo Estado para a colheita desses elementos de informação, viabilizando o oferecimento da peça acusatória quando houver justa causa para o processo (*fumus commissi delicti*), mas também contribuindo para que pessoas inocentes

não sejam injustamente submetidas às cerimônias degradantes do processo criminal.

Esses elementos de informação colhidos no inquérito policial são decisivos para a formação da convicção do titular da ação penal sobre a viabilidade da acusação, mas também exercem papel fundamental em relação à decretação de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias no curso da investigação policial. De fato, para medidas cautelares como a prisão preventiva ou uma interceptação telefônica sejam determinadas, é necessário um mínimo de elementos quanto à materialidade e autoria do delito. Além disso, também são úteis para fundamentar eventual absolvição sumária (CPP, art. 397).

Há, também, que ressaltar que o inquérito policial só deverá ser instaurado em casos de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 2 (dois) anos, tendo em vista que crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes de penas inferiores ao período de 2 (dois) anos, são passíveis somente de realização de termo circunstanciado, nos termos do artigo art. 69 da Lei 9.099/95, o mesmo se aplicando às contravenções penais.

Excepcionalmente, poderá ser instaurado inquérito policial nos casos de menor potencial ofensivo nas hipóteses em que haja uma maior dificuldade de averiguar os fatos somente por intermédio de termo circunstanciado. Desta forma, restando demonstrada a necessidade de investigação dos fatos, o inquérito será instaurado e quando de seu encerramento, será encaminhado para o Juizado Especial Criminal.

O inquérito policial não é peça imprescindível, portanto pode ser dispensado em alguns casos. Quanto à dispensabilidade do inquérito, Fernando Capez (2016, p. 161) refere:

O inquérito policial não é fase obrigatória da persecução penal, podendo ser dispensado caso o Ministério Público ou o ofendido já disponha de suficientes elementos para a propositura da ação penal (CPP, arts. 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º).

O início da fase administrativa investigatória se dará a partir de diversas situações. Nos crimes de ação penal pública incondicionada, o delegado de polícia poderá, de ofício, instaurar o inquérito policial ao tomar conhecimento do fato delitivo ocorrido. Quanto a essa hipótese, Aury Lopes Jr. (2016, p. 72) descreve:

A própria autoridade policial, em cuja jurisdição territorial ocorreu o delito que lhe compete averiguar em razão da matéria, tem o dever de agir de ofício, instaurando o inquérito policial. É uma verdadeira inquisiti ex officio.

Poderá também ter início a partir da requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público. Isso ocorrerá em casos em que o órgão judiciário ou o próprio Ministério Público tomam conhecimento de determinado fato delitivo e, pela ausência de elementos essenciais para o oferecimento da denúncia, requisitam

inquérito para obtenção dos elementos faltantes. No que concerne à referida requisição, Pedro Lenza e outros (2018, p. 58) clarificam:

Requisição é sinônimo de ordem. Assim, quando o juiz ou o promotor de justiça requisitam a instauração do inquérito, o delegado está obrigado a dar início às investigações. É necessário que as autoridades requisitantes especifiquem, no ofício requisitório, o fato criminoso, que deve merecer apuração.

Em contraponto, nos crimes de ação penal pública condicionada é imprescindível que haja a representação do ofendido ou de seu representante legal para que o inquérito seja instituído. Para tanto, basta a simples manifestação de vontade da vítima ou de seu representante.

Ainda quanto aos crimes de ação penal pública condicionada, existem situações em que o Ministro da Justiça requererá o inquérito policial, é o que elenca Capez (2016, p. 166):

No caso de crime cometido por estrangeiro contra brasileiro, fora do Brasil; no caso de crimes contra a honra, pouco importando se cometidos publicamente ou não, contra chefe de governo estrangeiro; no caso de crime contra a honra em que o ofendido for o presidente da República 6. ; em algumas hipóteses previstas no Código Penal Militar etc. A requisição deve ser encaminhada ao chefe do Ministério Público, o qual poderá, desde logo, oferecer a denúncia ou requisitar diligências à polícia.

Finalmente, quando dos crimes de ação penal privada a instauração de inquérito policial dependerá impreterivelmente do requerimento do ofendido ou seu representante legal. Este requerimento poderá se dar verbalmente ou de forma escrita, caso em que deverá ser reduzido a termo posteriormente. É necessário ressaltar que ninguém, além do ofendido e seu representante, tem legitimidade para fazer tal requerimento, nem mesmo a autoridade judiciária e o Ministério Público poderão fazê-lo.

02.1. DAS CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO

02.1.1. Procedimento escrito

O inquérito policial caracteriza-se por ser, sempre, um procedimento escrito e compilado em um só expediente. Todas as peças do inquérito deverão ser rubricadas pela autoridade policial responsável.

Entretanto, a doutrina discute quanto a possibilidade de fazer uso de recursos de gravação audiovisual no curso do inquérito. Já é admitido, atualmente, quando possível, o uso de tais recursos para o registro dos depoimentos do investigado, ofendido, indiciado e testemunhas.

Acerca dessa característica do inquérito, afirma Márcio Alberto Gomes Silva (2020, p. 43):

E não poderia ser diferente já que adotado sistema processual assegura ao investigado/indiciado (e, posteriormente, com o início do processo, ao acusado) uma série de direitos e garantias.

Documentar o ato praticado é importante meio de comprovar que ele foi levado a efeito observando as regras legais que regem sua prática (e caso se perceba que a prática desobedeceu a normas materiais ou processuais, mais fácil será reconhecer a prova dele resultante como ilícita ou ilegítima, conforme o caso).

Assim, deve-se entender que é possível a juntada de provas por meios audiovisuais no Inquérito Policial, sendo recomendado, porém, que o teor destas provas sejam relatados/degravados em relatórios e/ou certidões pela Autoridade Policial ou pelos agentes de polícia (investigadores, escrivães e comissários), tudo como forma de corroborar o fato de tratar-se de um procedimento escrito.

02.1.2. Caráter sigiloso

A fase investigativa preliminar ao processo será, de regra, sigilosa visando assegurar que não restem prejudicadas as provas colhidas, bem como aquelas que a autoridade policial pretende colher a fim de obter uma maior elucidação sobre o caso. Este sigilo, porém, não se aplica no que concerne o Ministério Público e a autoridade judiciária.

No entanto, o caráter sigiloso do inquérito policial sofreu alterações advindas do art. 7º, XIV, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), além da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal e, desta forma, tornou-se especialmente relevante para o tema da presente pesquisa, pois traz a necessidade de atentar quanto ao acesso do defensor constituído à estas provas que estão sob sigilo. No tocante as provas já produzidas, ainda que sob sigilo, deverá o advogado constituído ter acesso mesmo que sem procuração. É o que elucidam Lenza e outros (2018, p. 54). Vejamos:

Essa norma, entretanto, perdeu parte substancial de sua utilidade na medida em que o art. 7º, XIV, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB) estabelece o direito de o advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”. Saliente-se, ademais, que a Súmula Vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal estabelece que “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”.

Esta súmula deixa claro que os defensores têm direito de acesso somente às provas já documentadas, ou seja, já incorporadas aos autos. Essa mesma prerrogativa não existe em relação às provas em produção, como, por exemplo, a interceptação telefônica, pois isso, evidentemente, tornaria inócua a diligência em andamento.

Por outro lado, no que tange às provas que ainda serão produzidas ou que se encontram em análise/produção, tem-se que pode ser negado acesso dos autos ao defensor, até mesmo como forma de não elidir a correta produção probatória, prejudicando a eventual elucidação do crime.

02.1.3. Oficialidade

O inquérito será exclusivamente de competência dos órgãos oficiais e, nem mesmo em casos de ação penal privada, poderá se dar por intermédio de órgãos particulares, ainda que seja esta a preferência do ofendido.

Assim, é evidente que os responsáveis pelos atos de investigação deverão ser agentes públicos, ligados ao Estado, até mesmo como forma de se elidir a vingança privada. Por conseguinte, no Inquérito Policial somente poderão atuar pessoas devidamente habilitadas para tal fim, tais como a Autoridade Policial, Inspetores de Polícia, Escrivães de Polícia e Comissários de Polícia, pelo que, embora estes possam até receber ajuda/informações de particulares, são eles os responsáveis por levar a termo os atos investigatórios.

02.1.4. Oficiosidade

Nos casos de ação penal pública incondicionada, deverá a autoridade policial judiciária, de ofício, instaurar inquérito policial imediatamente a partir do momento em que tomar ciência de prática criminosa, independentemente de qualquer forma de provocação. Nessa hipótese, conceitua Renato Brasileiro (2020, p. 195):

Ao tomar conhecimento de notícia de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial é obrigada a agir de ofício, independentemente de provocação da vítima e/ou qualquer outra pessoa. Deve, pois, instaurar o inquérito policial de ofício, nos exatos termos do art. 5º, I, do CPP, procedendo, então, às diligências investigatórias no sentido de obter elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria. Para a instauração do inquérito policial, basta a notícia de fato formalmente típico, devendo a autoridade polícia abster-se de fazer qualquer análise quanto à presença de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade.

Portanto, com base nesta característica resta evidenciado que a Autoridade Policial deve agir de ofício (*ex officio*) para a apuração de crimes de ação penal pública, não precisando aguardar a eventual provocação dos interessados, ou seja,

sabendo do crime deve agir, até mesmo sob pena de em não o fazendo responder por eventual crime de prevaricação.

02.1.5. Indisponibilidade

Tendo em vista o que determina o artigo 17 do CPP, tem-se a indisponibilidade do inquérito policial, na medida em que é vedado à autoridade policial o arquivamento dos autos da investigação. É o que analisa Brasileiro de Lima (2020, p. 196):

De todo modo, uma vez determinada a instauração do inquérito policial, o arquivamento dos autos somente será possível a partir de ordem do Promotor Natural, com ulterior homologação pela instância de revisão ministerial (CPP, art. 28, caput, com redação determinada pela Lei 13.964/19). Logo, uma vez instaurado o inquérito policial, mesmo que a autoridade policial conclua pela atipicidade da conduta investigada, não poderá determinar o arquivamento policial.

Cumprir observar, por conseguinte, que muito embora a Autoridade Policial seja a responsável por presidir o Inquérito Policial ela não detém poderes absolutos sobre ele, eis que não poderá, por exemplo, determinar o arquivamento da investigação, o que somente pode ser levado a termo pelo Ministério Público em parecer devidamente fundamentado e que estará sujeito à revisão do órgão superior caso entre em vigor a nova redação do artigo 28 do CPP, determinada pela Lei n.º 13.964/19 (atualmente suspensa *sine die* pela decisão exarada na ADI n.º 6.299).

02.1.6. Dispensabilidade

Sendo o inquérito policial um procedimento meramente informativo, tem-se, portanto, que ele é peça prescindível para o oferecimento de denúncia e queixa-crime, podendo ser dispensado em alguns casos. Quanto à dispensabilidade do inquérito, Fernando Capez (2016, p. 161) refere:

O inquérito policial não é fase obrigatória da persecução penal, podendo ser dispensado caso o Ministério Público ou o ofendido já disponha de suficientes elementos para a propositura da ação penal (CPP, arts. 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º).

Em diversos dispositivos do Código de Processo Penal estão elencadas normas que referem à dispensabilidade do inquérito. Contudo, poderá o Ministério Público, ao constatar a necessidade de uma maior investigação do suposto fato, requerer à autoridade policial pela instauração do inquérito. É o que dispõem Pedro Lenza e outros (2018, p. 55):

O art. 28 do Código de Processo Penal expressamente menciona que o Ministério Público, se entender que não há elementos para oferecer a denúncia, deverá requerer ao juiz o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação. Quanto às últimas, entretanto, se o Ministério Público considerar que as provas contidas nas peças de informação são insuficientes, mas que novos elementos de convicção podem ser obtidos pela autoridade policial em diligências, poderá requisitar a instauração de inquérito policial, remetendo à autoridade as peças que estão em seu poder.

(...) Por fim, o art. 40 do Código de Processo prevê que os juízes e os tribunais encaminharão cópias de documentos ao Ministério Público quando, nos autos ou papéis que conhecerem no desempenho da jurisdição, verificarem a ocorrência de crime de ação pública. O Ministério Público, ao receber tais peças, poderá, de imediato, oferecer denúncia, ou, se entender que são necessárias diligências complementares, requisitá-las diretamente ou requisitar a instauração de inquérito policial, remetendo à autoridade as peças que se encontram em seu poder.

De fato, embora trate-se de peça dispensável e que não vincula o órgão acusador, o fato é que o Inquérito Policial trata-se de importante instrumento de aferição e obtenção de provas da autoria e materialidade de um crime, sendo importante sua realização até porque levado a termo sempre por agentes com preparo, capacidade e experiência para cumprir com tal desiderato.

02.1.7. Temporalidade

Embora essa característica não seja elencada em algumas das principais doutrinas processuais penais, o inquérito policial deve ser, fundamentalmente, um procedimento temporário. Nessa forma, destaca Renato Brasileiro (2020, p. 196):

A nosso ver, diante da inserção do direito à razoável duração do processo na Constituição Federal (art. 5º, LXXVIII), já não há mais dúvidas de que um inquérito policial não pode ter seu prazo de conclusão prorrogado indefinidamente. As diligências devem ser realizadas pela autoridade policial enquanto houver necessidade. Evidentemente, em situações mais complexas, envolvendo vários acusados, é lógico que o prazo para a conclusão das investigações deverá ser sucessivamente prorrogado. Porém, uma vez verificada a impossibilidade de colheita de elementos que autorizem o oferecimento de denúncia, deve o Promotor de Justiça requerer o arquivamento dos autos.

Efetivamente, a investigação policial não pode e não deve perdurar para sempre, sob pena, inclusive, de impor a um eventual investigado uma excessiva punição, na medida em que imputaria “eternamente” a determinada pessoa a pecha de suspeito, não obstante não tenham sido obtidas quaisquer provas que o liguem

ao crime. Assim, esgotadas as investigações e meios investigatórios e não obtidas as provas da autoria e/ou materialidade, deve ser encerrado o inquérito com seu encaminhamento ao Poder Judiciário e posterior remessa ao Ministério Público para análise.

02.2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E SUA APLICAÇÃO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL

São três os sistemas processuais penais reconhecidos atualmente, quais sejam: sistema acusatório, sistema inquisitorial e sistema misto.

No direito processual penal brasileiro, estão presentes, em diferentes etapas, os sistemas acusatório e inquisitorial. O sistema acusatório rege o processo penal em si, a fase de persecução penal presidida pelo juiz de direito, delineando as figuras de acusação, defesa e julgamento em diferentes pessoas.

Já o sistema inquisitorial, por sua vez, conduz a fase pré processual, ou seja, o inquérito policial, e tem o delegado de polícia como figura única responsável por analisar, julgar e determinar os meios de prova a serem produzidos.

02.2.1. Sistema inquisitorial

O sistema processual inquisitorial é caracterizado pela união dos poderes de acusação, defesa e julgamento em uma única pessoa. Por possuir tal característica, este sistema não é aceito em estados democráticos, sendo mais facilmente encontrado em sistemas ditatoriais.

É, no direito brasileiro, o sistema adotado para a fase investigatória que precede o processo penal em si. Esta fase caracteriza-se por ser presidida pelo delegado de polícia, que concentra, portanto, todos os poderes do inquérito, tendo, inclusive, a discricionariedade para determinar a solicitar as provas que entender pertinentes para elucidação do crime (por evidente que provas que dependam de autorização judicial, tais como quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, embora possam ser solicitadas pelo Delegado de Polícia, deverão passar pelo crivo do Poder Judiciário).

Há que ressaltar que tal sistema independe de provocação do ofendido ou do órgão público para que seja instaurado o processo, podendo ser feito de ofício pelo juiz inquisidor. Tal regra não se aplica em sua totalidade no inquérito policial, haja vista que nos caso de ação penal pública condicionada, bem como nos casos de ação penal privada, o delegado de polícia dependerá de representação do ofendido para que possa instaurar o inquérito.

Além disso, o juiz inquisidor terá também o poder de determinar a produção de provas de ofício, e não há menção a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, restando demonstrado o poder totalitário do juiz inquisidor no processo regido pelo sistema inquisitivo.

No que diz respeito à concentração dos poderes no sistema inquisitorial, Renato Brasileiro (2020, p. 42) declara:

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Nesse sistema, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa. Ademais, geralmente o acusado permanecia encarcerado preventivamente, sendo mantido incomunicável.

(...) Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.

Desta forma, percebe-se que o acusado, no sistema inquisitorial, não é reconhecido como sujeito de direitos, não tendo nem mesmo direito aos princípios de contraditório e ampla defesa.

Essa ausência de direitos por parte do acusado, bem como a presença de meios de produção de provas que ofendem os direitos humanos, fazem com que esse sistema não seja aceito e nem recepcionado em estados democráticos.

02.2.2. Sistema acusatório

O sistema acusatório caracteriza-se por delinear precisamente o papel de cada uma das partes do processo, não havendo, portanto, concentração de funções diversas, como acusação, defesa e julgamento, em uma só pessoa. Desta forma, difere, neste, e em vários outros pontos, do sistema inquisitorial.

Chama-se sistema acusatório por ter como uma de suas principais características, a de que somente poderá responder a um processo alguém que seja acusado formalmente de cometer crime, ou seja, seja-lhe imputada uma prática delitiva a qual seja formulada pelo órgão acusatório competente, perante Juízo competente e respeitadas todas as garantias e preceitos legais e constitucionais.

Neste sistema, há imparcialidade do juiz, que não acumulará funções além do julgamento do caso em questão, devendo, assim, prestar a jurisdição, não podendo, nem mesmo determinar produção de provas de ofício, fato que era comum no sistema inquisitivo.

Ademais, haverá presença de direitos e garantias individuais do acusado, e estarão presentes os princípios processuais de contraditório e ampla defesa.

No que concerne o sistema acusatório, conceitua Pedro Lenza e outros (2018, p. 32 e 33):

Existe separação entre os órgãos incumbidos de realizar a acusação e o julgamento, o que garante a imparcialidade do julgador e, por conseguinte, assegura a plenitude de defesa e o tratamento igualitário das partes. Nesse sistema, considerando que a iniciativa é do órgão acusador, o defensor tem sempre o direito de se manifestar por último. A produção das provas é incumbência das partes.

Neste sistema processual penal temos um acusado reconhecido como sujeito de direito, juiz imparcial, órgão acusador delineado e defesa constituída, e, por estas características, é o sistema adotado pelos estados democráticos, sendo o expressamente acolhido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 129, inciso I, como regente da fase processual penal brasileira.

Em acordo com o exposto, os sistemas acusatório e inquisitorial diferem completamente. É o que alude Brasileiro de Lima (2020, p. 44):

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.

Assim, resta evidenciado que o sistema acusatório se centra no respeito aos direitos e garantias fundamentais, necessários e indispensáveis a todo e qualquer estado democrático de direito, tratando-se de sistema importante para a persecução penal.

02.2.3. Sistema misto

O sistema misto tem como característica a presença de elementos provenientes e comuns aos dois sistemas supracitados (inquisitorial e acusatório), que se apresentam em diferentes fases. Em uma primeira fase, haveria uma investigação prévia ao processo, sendo regida pelo sistema inquisitorial. Por conseguinte, na segunda fase, já na etapa jurisdicional, haveria direitos e garantias ao acusado, e uma delimitação de cada poder em pessoas distintas dentro de um processo.

Quanto à aplicabilidade do sistema misto no direito processual penal brasileiro, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 45) descreve:

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era o misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o

processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório.

Ademais, devemos ter em mente que o sistema de investigação prévia, à luz do sistema misto, será presidido pelo próprio juiz, não devendo ser confundido com a etapa de inquérito policial, que é peça de caráter administrativo, presidido pela figura do delegado de polícia.

03. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

São diversos os princípios norteadores do direito processual penal, sendo eles elencados na Constituição Federal, além de outros trazidos/previstos pelo próprio Código de Processo Penal.

Estes princípios servem de parâmetro para que o juiz dê a correta aplicação aos demais dispositivos legais, bem como servem para nortear o legislador dos limites a serem seguidos ao criar normas.

03.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

03.1.1. Princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural encontra-se elencado no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Tal princípio alude à garantia do acusado de saber, previamente ao processo, quem será a autoridade responsável por julgá-lo de forma imparcial, através de regras de competência dispostas na legislação.

No que concerne o princípio do juiz natural, Brasileiro de Lima (2020, p. 414) dispõe:

Visa assegurar que as partes sejam julgadas por um juiz imparcial e independente. Afinal, a necessidade de um terceiro imparcial é a razão de ser da própria existência do processo, enquanto forma de heterocomposição de conflitos, sendo inviável conceber a existência de um processo em que a decisão do feito fique a cargo de um terceiro interessado em beneficiar ou prejudicar uma das partes. Aliás, segundo o art. 8.1 do Pacto de São José da Costa Rica, todo acusado tem direito a ser julgado por um juiz independente e imparcial. Cuida-se de princípio fundamental do processo penal, instituído em prol de quem se acha submetido a um processo, impedindo o julgamento da causa por juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato delituoso, definida na Constituição Federal, valendo, assim, pelo menos para a doutrina, a regra do *tempus criminis riget iudicem*.

De fato, na persecução penal, dada a gravidade de suas consequências (privação de liberdade, podendo atingir a honra e a dignidade do acusado), deve ser assegurado às partes que o responsável pelo julgamento seja um juiz previamente designado pela lei e de acordo com as normas constitucionais. Ninguém pode ser processado ou sentenciado senão pela autoridade competente. Visa evitar a criação

de um juízo ou tribunal de exceção, ou seja, designar um juiz para julgar a causa somente em razão das características da causa ou da pessoa julgada.

Esse princípio visa assegurar a imparcialidade do juiz, mantendo o equilíbrio da relação processual com as partes, pois determina que o processo seja julgado pela autoridade competente para tal.

Assim, a lei deve previamente determinar de forma clara quem é o juiz competente para julgar determinada causa, fazendo, assim, com que a decisão seja aceita pelas partes e que haja legitimidade na atuação do Magistrado. Esse princípio trata, portanto, não apenas do juiz competente, mas da autoridade competente, ou seja, qual o órgão do Poder do Judiciário que tem, segundo as regras de competência previamente estabelecidas, a função de julgar a causa. Portanto esse princípio trata, também, das regras de competência.

03.1.2. Princípio do promotor natural

Igualmente à luz da Constituição Federal, o princípio do promotor natural está disposto no artigo 5º, LIII, já anteriormente citado. Da mesma forma que o princípio do juiz natural, este princípio veda a presença de promotor não previamente conhecido e determinado pelas regras de competência dispostas na legislação processual penal.

No tocante do presente princípio, Pedro Lenza e outros (2018, p. 82) elucidam:

Praticada a infração penal, é necessário que já se saiba qual órgão do Ministério Público será o responsável pela acusação. É vedada, portanto, a designação aleatória de promotor para atuar em caso específico. Tal regra, porém, veda apenas a designação de promotor para apreciar o **mérito** de determinado delito, sendo possível à chefia da Instituição designar promotor para acompanhar as investigações, desde que, posteriormente, o inquérito seja remetido ao promotor natural ou que a ação penal seja promovida em conjunto por este e pelo designado, desde que com a anuência do primeiro.

Decorre do fato de que todo acusado tem o direito de saber, previamente, quem personificará o Estado-acusador. O indivíduo deve ser acusado por órgão imparcial do Estado e previamente designado por lei, não podendo ser designado acusador para atuar em caso específico dada sua gravidade. Objetiva, assim, evitar a criação do acusador de exceção.

Vale destacar que este princípio não abrange o Inquérito Policial, sendo aplicado apenas no Processo Criminal (Ação Penal), por isso é admitido que outro Promotor de Justiça atue na fase de investigação policial.

03.1.3. Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal remete ao fato de que para cada crime haverá um procedimento cabível a ser instituído e que será regido por regras gerais sobre o procedimento/rito a ser seguido. Desta forma, nenhuma das partes poderá escolher e/ou adotar procedimento diverso àquele determinado pela legislação, sob pena de nulidade absoluta ou relativa.

Acerca do princípio supracitado, Anderson de Souza Daura (2009, p. 29) explica:

O due process of law é corolário de suma importância para se atingir os direitos individuais e a busca dos deveres do Estado de Direito extirpando-se o autoritarismo, o arbítrio e, por consequência, as injustiças. Além de assegurar o princípio de legalidade, resume diversos outros princípios como o da presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, da igualdade, de economia processual etc. é uma base sólida para ordem jurídica atual e vigente, tendo ampla aplicação, o que garante os indivíduos contra atos concretos estatais equivocados ou quaisquer interpretações de lacunas de legislações positivas.

Este princípio está disposto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal Brasileira de 1988.

É o princípio que aglutina todos os demais princípios processuais penais. Deve ser buscado pelos aplicadores do direito, pois seu respeito significa cumprir com o determinado no Estado Democrático de Direito, possibilitando a correta descoberta, apuração e punição dos crimes. Não há devido processo legal se a prova foi ilícita, se não for respeitada a ampla defesa e o contraditório, se o processo for sigiloso sem fundamento, se o juízo for parcial, etc...

Tem duplo aspecto: de **direito material** (Direito Penal), pois ninguém pode ser processado senão por crime previamente previsto em lei, respeitadas as demais garantias penais; e de **direito processual** (Direito Processual Penal), exigindo o respeito ao procedimento previsto em lei, à possibilidade de o réu produzir provas, atuar em igualdade com a acusação, entre outros.

03.1.4. Princípio da vedação da prova ilícita

Tal princípio, elencado no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal, proíbe a produção de provas ilícitas. Os meios de prova serão analisados de forma mais minuciosa no capítulo 4 que cuidará das Provas e das Nulidades no Processo Penal, especificamente no subtítulo 04.1. que tratará dos Meios de Prova.

Resta, porém, evidente, a partir de breve análise no artigo constitucional supracitado, que todos os meios de prova ilícitos que ferem direitos materiais ou processuais, são proibidos pelo direito brasileiro.

Neste sentido, Gomes Silva (2020, p. 33) dispõe:

(...) a autoridade policial deve estar atenta à observância dos direitos individuais dos investigados e às regras processuais

atinentes à produção de provas, com o fito de não colher indesejada prova ilícita/ilegítima, que caso reconhecida como tal pelo magistrado, pode redundar em futura absolvição do verdadeiro autor do fato criminoso, em face do desentranhamento de eventual prova cabal do cometimento do delito, conforme determinado pela cabeça do artigo 157 do CPP.

De fato, em respeito as garantias e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, é proibido que as partes ou magistrado utilizem no processo, para qualquer fim, de provas ilícitas, entendendo-se estas como aquelas produzidas em afronta as normas constitucionais e legais.

03.1.5. Princípio da presunção da inocência

O princípio da presunção da inocência ou estado de inocência resta elucidado no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Para Guilherme de Souza Nucci (2006, p. 70), conceitua-se por ser:

o estado de inocência é uma garantia constitucional voltada a barrar atitudes hostis, abusivas e persecutórias levianas dos órgãos estatais, não querendo significar deva o réu abster-se de agir, em seu próprio benefício, durante a instrução criminal.

Este princípio visa, portanto, resguardar a imagem do acusado, durante a persecução penal e, principalmente, durante a fase pré-processual investigativa.

Neste sentido, a respeito da salvaguarda trazida por este princípio, Gomes Silva (2020, p. 30 e 31) esclarece:

A autoridade policial, atenta ao princípio em estudo, deve ter bastante cautela em suas declarações públicas. Em casos de repercussão, é interessante que a apresentação do resultado das investigações seja pautada apenas pela indicação das provas produzidas, sem que se faça menção a termos que indiquem prejulgamento do investigado/indiciado, de forma a preservar a isenção exigida do Estado-investigação.

Portanto, somente a partir do momento em que não couberem mais recursos da sentença condenatória é que será possível considerar alguém culpado. O que não impede, porém, que o acusado seja preso previamente, de acordo com hipóteses previstas em lei.

03.1.6. Princípio do Privilégio Contra a Autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*)

Trata-se do princípio que garante que ninguém deverá ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Neste sentido, há que analisar não somente o direito do silêncio do acusado, disposto na Constituição Federal, bem como o direito a proteger-se da produção de qualquer tipo de prova através da inatividade.

À luz desse princípio, resta vedada, portanto, qualquer forma de intimidação ou coerção contra o acusado a fim de obter qualquer prova, como a confissão, por exemplo.

É no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição de 1988 que resta exposto o princípio *nemo tenetur se detegere*:

O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Há, porém, que analisar não somente no tocante da garantia ao direito de assistência da família e do advogado, mas também salientar a importância da informação ao preso de seus direitos, entre eles o direito a permanecer calado, para que este possa defender-se de possíveis tentativas de intimidação. Desta forma, Renato Brasileiro (2020, p. 73) demonstra:

Trata-se o artigo 5º, inciso LXIII, de mandamento constitucional semelhante ao famoso **aviso de Miranda** do direito norte-americano, em que o policial, no momento da prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que por ele for dito. Os *Miranda rights* ou *Miranda warnings* têm origem no famoso julgamento Miranda V. Arizona, verificado em 1966, em que a Suprema Corte americana, por cinco votos contra quatro, firmou o entendimento de que nenhuma validade pode ser conferida às declarações feitas pela pessoa à polícia, a não ser que antes ela tenha sido claramente informada de: 1) que tem o direito de não responder; 2) que tudo o que disser pode vir a ser utilizado contra ele; 3) que tem o direito à assistência de defensor escolhido ou nomeado.

Ademais, este princípio recai somente sobre as provas cuja produção pertencem ao réu, não autorizando este a interferir na produção de quaisquer outras provas necessárias para a elucidação do fato delituoso. Assim, Pedro Lenza e outros (2018, p. 87) elencam:

Em resumo, pelo princípio em análise, o réu tem o direito de:

- a) permanecer em silêncio e, portanto, de não confessar;
- b) não colaborar com a investigação ou com a instrução;
- c) mentir em seu interrogatório;
- d) não apresentar provas que o prejudiquem;
- e) não participar ativamente de ato destinado à produção de prova;
- f) não fornecer partes de seu corpo para exame.

Ainda em referência ao princípio do privilégio contra a autoincriminação, o Supremo Tribunal Federal manifestou, em julgamento do Habeas Corpus n. 96.219, através do Ministro Celso de Mello, pelo seguinte:

(HC 83.947/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não custa rememorar que aquele contra quem foi instaurada persecução penal tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito de permanecer em silêncio (HC 75.257/RJ, Rel. Min. MOREIRA ALVES - HC 75.616/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - HC 78.708/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - HC 79.244/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - HC 79.812-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 199.570/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), de não produzir elementos de incriminação contra si próprio, de não ser compelido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa nem constrangido a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso (HC 69.026/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RHC 64.354/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES) e o fornecimento de padrões gráficos (HC 77.135/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO) ou de padrões vocais (HC 83.096/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE), para efeito de perícia criminal, consoante adverte a jurisprudência desta Suprema Corte:

"1. AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Réu que não compareceu à delegacia de polícia para depoimento. Fato que lhe não autoriza a custódia cautelar decretada. Ofensa à garantia constitucional de não autoincriminação. Exercício do direito ao silêncio. Constrangimento ilegal caracterizado. HC concedido. Precedentes. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, e art. 312 do CPP. O só fato de o réu, quando indiciado ou investigado, não ter comparecido à delegacia de polícia para prestar depoimento, não lhe autoriza decreto da prisão preventiva. (...)."

(HC 89.503/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO - grifei)

"PENAL. PROCESSO PENAL. 'HABEAS CORPUS'. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - CPI. DIREITO AO SILÊNCIO. TESTEMUNHA. AUTO-ACUSAÇÃO. LIMINAR DEFERIDA PARA DESOBRIGAR A PACIENTE DA ASSINATURA DE TERMO DE COMPROMISSO. PREJUDICIALIDADE SUPERVENIENTE.

I - É jurisprudência pacífica no Supremo Tribunal Federal a possibilidade do investigado ou acusado permanecer em silêncio, evitando-se a autoincriminação.

II - Liminar deferida para desobrigar a paciente da assinatura de Termo de Compromisso. (...)."

(HC 89.269/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - grifei)"

Supremo Tribunal Federal. Informativo STF. Brasília, 6 a 10 de out. de 2008.

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo523.htm>> Acesso em 26 de maio de 2020.

Resta evidenciado, assim, que este princípio nasce da conjugação dos princípios da presunção de inocência com o da ampla defesa. Se o réu é presumido inocente, pode produzir toda a prova necessária a seu favor, bem como tem o direito de ficar em silêncio sem que isso importe em prejuízo a ele, é evidente que ele também não está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

03.1.7. Princípio da publicidade

Em regra, o processo penal deve ser público como forma de garantir imparcialidade do órgão julgador. A publicidade do processo penal está elencada em dois artigos constitucionais, são eles:

Art. 5º, LX, da CF – A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

Art.93, IX, da CF – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

O artigo 5º, em seu inciso LX, dispõe quanto à hipótese de exceção da publicidade processual penal, desde que seja a fim de atender o interesse social, bem como defender a intimidade das partes. Ressalta-se que a publicidade se aplica somente no tocante aos atos processuais, não havendo o que falar nesse princípio na fase de inquérito, que se caracteriza como procedimento sigiloso. É o que diferencia Márcio Alberto Gomes Silva (2020, p. 33):

Os atos processuais, via de regra, devem ser franqueados ao público. Há, entretanto, possibilidade de limitar a publicidade de certos atos se houver cabal necessidade (por exemplo, na situação descrita no artigo 792, §1º, do CPP).

Em fase inquisitorial, como se verá alhures, o sigilo deve ser a regra, com o fito de assegurar o resultado efetivo da investigação (inteligência do artigo 20 do CPP).

Assim, é preciso entender que os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los e sem segredos. Permite, assim, o controle social dos atos e decisões do Poder Judiciário. No processo penal a publicidade é uma garantia e segurança ao réu, pois evita que este sofra pressões ou seja vítima de decisões arbitrárias.

03.1.8. Princípio da razoável duração do processo

Conhecido também como princípio da celeridade processual, este princípio busca garantir um processo justo, usando de todos os meios necessários para apuração da verdade, dentro de um período justo. É à luz do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal que este princípio encontra acolhimento, vejamos:

Art. 5º, LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

É evidente que tal princípio não vem a contraponto do princípio do devido processo legal, mas em complemento dele. Deve-se atender a ambos, garantindo que todas as fases do procedimento indicado a cada caso sejam atendidas, não olvidando salvaguardar a celeridade processual. Neste sentido, podemos observar a decisão da Ministra Cármen Lúcia, pelo Supremo Tribunal Federal:

HC	N.	91.986-RS
RELATORA:	MIN. CÁRMEN	LÚCIA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM DEFERIDA.

1. A comprovação de excessiva demora na realização do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de habeas corpus.

2. Deferimento da ordem, para determinar à autoridade impetrada que apresente o habeas corpus em Mesa, na primeira sessão da Turma em que oficia, subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).” Supremo Tribunal Federal. Informativo STF. Brasília, 29 a 31 de out. de 2007. < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo486.htm>> Acesso em 26 de maio de 2020.

Por conseguinte, é preciso realçar que em nome da suposta celeridade processual não se pode e não se deve atropelar etapas do processo e muito menos ser admitidas a produção de provas ao arrepio da lei, antes pelo contrário, todas as fases, direitos e garantias processuais devem ser devidamente obedecidos ao longo de toda a persecução penal.

03.1.9. Princípio da motivação das decisões judiciais

Trata-se da obrigatoriedade imposta ao magistrado de fundamentar as decisões tomadas no curso da ação penal. É evidente que o magistrado decidirá livremente, porém, deverá fundamentar suas decisões de acordo com o que restar exposto durante a persecução penal, e não tão somente com base em suas próprias crenças.

Tal princípio encontra sua base legal no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, vejamos:

Art. 93, IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Exige, portanto, que os Magistrados fundamentem suas decisões com objetivo de evitar posturas arbitrárias, levando a julgamento de acordo com a lei e garantias constitucionais. Também permitem que as partes questionem e impugnem os argumentos empregados nas decisões.

Está relacionado com o sistema do livre convencimento motivado (art. 155, caput, do CPP), onde o Juiz pode valorar com liberdade as provas produzidas nos autos, porém exige que sua decisão seja motivada e devidamente justificada. A deficiência, a ausência ou o erro na motivação podem levar a reforma da sentença ou até sua nulidade, em especial se caracterizarem decisão arbitrária.

Ademais, devemos ressaltar que é vedada ao magistrado a fundamentação *per relationem* que ocorre quando ele se vale da fundamentação já apresentada por outra parte para justificar suas decisões. É possível, porém, que o magistrado use fundamentação de outra parte desde que a complemente com seus próprios argumentos, os quais demonstram as razões que formaram sua convicção.

03.1.10. Princípio da imparcialidade do juiz

O direito processual penal brasileiro, em sua fase de persecução penal, é regido pelo sistema processual acusatório, que tem como uma de suas características principais a imparcialidade do órgão julgado, que não deverá acumular funções diversas a esta. Nesse sentido, é necessário que o magistrado seja sujeito neutro no processo, não tendo intenção de prejudicar ou favorecer nenhuma das partes do processo.

No que concerne o princípio da imparcialidade do juiz, Fernando Capez (2016, p. 96) afirma:

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade

do julgador. Trata-se da capacidade subjetiva do órgão jurisdicional, um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida.

Assim, o Magistrado, que tem a função de julgar, deve ter uma atuação neutra entre a acusação e a defesa, julgando o caso de forma imparcial e se atendo apenas às leis e as provas que constam do processo, não se deixando influenciar por questões objetivas (ligação com objeto do processo, corrupção, etc.) ou subjetivas (amizade íntima ou inimizade capital) com as partes.

03.1.11. Princípio do duplo grau de jurisdição

Garante o direito recursal do réu. Apesar de não haver menção expressa na Constituição Federal, é matéria amplamente acolhida por ela. Em relação a este princípio, Pedro Lenza e outros (2018, p. 90) descrevem:

Por este princípio as partes têm direito a uma nova apreciação, total ou parcial da causa, por órgão superior do Poder Judiciário.

Não significa, entretanto, que todas as pessoas condenadas necessariamente devem ter suas causas reapreciadas. O duplo grau de jurisdição é direito das partes, que, todavia, devem manifestar interesse na reanálise do feito por meio da interposição do recurso. Além disso, uma vez interposto, só será reconhecido e julgado se presentes os requisitos exigidos para o seu cabimento na legislação processual: tempestividade, legitimidade, interesse etc.

Assim, por intermédio deste princípio, confere-se à parte o direito de reexame da causa por órgão jurisdicional superior. Permite, portanto, a revisão de decisões proferidas por juízes ou tribunais de instâncias inferiores. Está previsto implicitamente na CF/88 quando ela estabelece as regras de competência do Poder Judiciário.

Vale destacar que este princípio é reconhecido pelo Pacto de São José da Costa Rica (art. 8.º, item 2, h), o qual prevê o direito de recurso contra sentença a juiz ou tribunal superior, sendo tratado de Direitos Humanos do qual o Brasil é signatário e foi reconhecido pelo Congresso – art. 5.º, §§2.º e 3.º da CF/88.

03.1.12. Princípio da iniciativa das partes

Este princípio trata da ilegitimidade do magistrado para, de ofício, dar início à persecução penal. É evidente que nos casos de ação penal pública incondicionada, o ministério público tem legitimidade para determinar oferecimento de denúncia que dará início a ação penal e, nos demais casos, será de legitimidade do ofendido a escolha de requisitar ou não, a persecução penal. É neste sentido que afirma Capez (2016, p. 133):

O juiz não pode dar início ao processo sem a provocação da parte. Cabe ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública (CF, art. 129, I) e ao ofendido, a ação penal privada, inclusive a subsidiária da pública (CPP, arts. 29 e 30; CF, art. 5º, LIX). Com base neste princípio, alguns tribunais têm sustentado a insubsistência do recurso ex officio, previsto nos arts. 574 3. e 746 do Código de Processo Penal. O princípio é decorrência da adoção, pelo direito processual brasileiro, do sistema do processo acusatório.

Por conseguinte, concretiza a regra da inércia da jurisdição, produzindo consequências no desencadeamento da ação penal, no desenvolvimento do processo e na fase recursal. O Juiz somente pode agir por provocação das partes.

Como referido, o magistrado não pode dar início a ação penal, cabendo ao titular da ação (Ministério Público nas ações penais públicas ou ofendido na ação penal privada ou subsidiária da pública) tal providência – art. 129, inc. I, da CF/88 e 29 CPP.

Em razão deste princípio, tem-se que sequer em sede recursal pode haver um agravamento da condição do réu se tal não foi solicitado pela acusação, assim, fica vedado o *Reformatio in Pejus*, pelo que a pena não pode ser aumentada se Ministério Público não recorreu, assim como não se pode, por exemplo, incluir qualificadora em furto se Ministério Público não recorreu, entre outros casos.

03.1.13. Princípio da intranscendência

O princípio da intranscendência limita a pena tão somente a pessoa do condenado, ou seja, dispõe que a pena não poderá alcançar ou ser transferida a ninguém além daquele que efetivamente cometeu o ilícito. Em alguns casos, os sucessores responderão pela decretação do perdimento de bens e a obrigação de reparar o dano, somente no limite do valor patrimônio a eles transferido pelo réu, em acordo ao artigo 5º, XLV da Constituição Federal.

03.1.14. Princípios do contraditório e ampla defesa

Finalmente, são princípios constitucionais penais o Contraditório e a Ampla Defesa. São estes os princípios mais relevantes para o tema deste trabalho, visto que neles é possível vislumbrar os debates acerca do papel do defensor no inquérito policial. Ambos estão elencados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

Art. 5º, LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerentes.

03.1.14.1. Princípio do contraditório

O princípio do contraditório alude a bilateralidade das partes processuais, bem como a igualdade de manifestação entre elas, garantindo, inclusive, a oportunidade de produção de prova por ambas as partes. Nesse sentido, aponta Pedro Lenza e outros (2018, p. 84):

A fim de realçar a garantia constitucional em questão, os arts. 9º e 10 do Novo Código de Processo Civil, que se aplicam ao processo penal, estabelecem o dever de o juiz propiciar às partes o contraditório prévio em relação a qualquer matéria que deva decidir, ainda que se trate de tema do qual deva conhecer de ofício. Essas disposições, que têm como vértice propiciar que os litigantes influam na decisão que será tomada, não se aplicam aos casos urgentes e àqueles em que a prévia discussão acarretar perigo de ineficácia da prestação jurisdicional.

É necessário ressaltar que o princípio do contraditório atualmente não se relaciona somente aos direitos de informação e de reação, mas traz uma igualdade às partes que figuram a persecução penal.

Quanto à aplicabilidade deste princípio na fase de inquérito, Renato Brasileiro (2020, p. 57) esclarece:

Prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a observância do contraditório só é obrigatória, no processo penal, na fase processual, e não na fase investigatória. Isso porque o dispositivo do art. 5º, LV da Carta Magna, faz menção à observância do contraditório em processo judicial ou administrativo. Logo, considerando-se que o inquérito policial é tido como um procedimento administrativo destinado à colheita de elementos de informação quanto à existência do crime e quanto à autoria ou participação, não há falar em observância do contraditório na fase preliminar de investigações.

Evidentemente, ainda que não seja observada presença do contraditório na fase de inquérito por não haver possibilidade de contestação das provas produzidas e a serem produzidas, é garantido ao acusado a assistência advocatícia para que acesse as provas já produzidas e acompanhe a produção das provas que não requerem sigilo.

No tocante das provas produzidas no inquérito, sob uma análise a partir do princípio do contraditório, posiciona-se Gomes Silva (2020, p. 29):

Isso não impede que o investigado/indiciado sugestione provas a serem colhidas pela autoridade policial, com o fito de comprovar suas alegações (nos exatos termos do artigo 14 do CPP). Não obsta, de igual forma, ser o investigado/indiciado assistido por advogado e este ter vista dos autos do inquérito (festejando o artigo 7º, XIV, da Lei 8.906/94 e a Súmula Vinculante 14 do STF).

Ainda, são mencionadas pela doutrina as hipóteses de contraditório para a prova e contraditório sobre a prova. A primeira hipótese trata da participação necessária das partes durante a produção de determinados meios de prova. Já o contraditório sobre a prova, concerne ao direito das partes de manifestar-se sobre provas já produzidas anteriormente. É o que clarifica Brasileiro (2020, p. 57 e 58):

O contraditório para a prova (ou contraditório real) demanda que as partes atuem na formação do elemento de prova, sendo indispensável que sua produção se dê na presença do órgão julgador e das partes. É o que acontece com a prova testemunhal colhida em juízo, onde não há qualquer razão cautelar a justificar a não intervenção das partes quando de sua produção, sendo obrigatória, pois, a observância do contraditório para a realização da prova.

O contraditório sobre a prova, também conhecido como contraditório diferido ou postergado, traduz-se no reconhecimento da atuação do contraditório, dando-se oportunidade ao acusado e a seu defensor de, no curso do processo, contestar a providência cautelar, ou de combater a prova pericial feita no curso do inquérito.

Vale destacar que há casos em que o contraditório pode e deve ser mitigado (contraditório diferido ou postergado), pois nestas situações a parte contrária somente pode ter ciência do pronunciamento judicial em momento posterior, sendo os casos de provimentos inaudita altera parte, como na decretação da prisão preventiva (defesa não precisa ter vista do pedido sob pena de ineficácia da medida – art. 282, §3.º, do CPP), sequestro de bens obtidos com o produto do crime (art. 125 do CPP) e interceptações telefônicas (Lei n.º 9.296/96 – eventual ilegalidade da medida pode ser contestada depois pela defesa).

03.1.14.2. Princípio da ampla defesa

Possibilita ao réu todos os meios de defesa legalmente aceitos. Apesar de interligados e interdependentes, os princípios do contraditório e ampla defesa diferem no ponto em que o contraditório é direito de ambas as partes e a ampla defesa, como resta evidente, é um direito legítimo da defesa.

A ampla defesa garante ao réu o direito de acesso obrigatório à defesa técnica, seja por meio de advogado constituído ou, se necessário defensor público ou constituído e, garante ainda a possibilidade de autodefesa, que pode ser também uma forma de complemento à defesa técnica.

À vista de tal princípio, Brasileiro de Lima (2020, p. 59) destaca:

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de

recursos privativos da defesa, a proibição da reformatio in pejus, a regra do in dubio pro reo, a previsão de revisão criminal exclusivamente pro reo, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do favor rei.

Na fase pré-processual investigatória, da mesma maneira que elucidado anteriormente ao analisar o princípio do contraditório, não é observado o princípio da ampla defesa conforme suas características precisas, embora possa haver presença de defensor constituído para acessar as provas produzidas e acompanhar a produção de novas provas que não exijam sigilo. Assim relata Gomes Silva (2020, p. 29):

Não há porque falar em oportunidade de defesa propriamente dita, porque não estamos diante de acusação formalmente manejada pelo Estado. Ainda assim, é de bom tom que seja oportunizado ao investigado/indiciado indicar meios de prova, que devem ser analisados pela autoridade policial e deferidos (investigados), caso não importem em estratégia visando mera procrastinação do feito nem objetivem retirar o aparelho policial da correta linha investigativa.

A questão sobre a atuação do defensor ainda na fase de inquérito policial, por ser o tema central desta pesquisa, será melhor analisado em momento oportuno.

03.2. DEMAIS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

03.2.1. Princípio da verdade real

O princípio da verdade real visa uma obtenção de uma versão dos fatos o mais fiel possível ao acontecimento em questão. Ele afasta a possibilidade de trazer ao processo presunções sem fundamentação cabal, muitas vezes não condizentes aos fatos.

Todavia, tal princípio conta com algumas limitações. Ainda que na busca pela verdade real, provas ilícitas, por exemplo, são vedadas.

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 70) explana:

No âmbito processual penal, hodiernamente, admite-se que é impossível que se atinja uma verdade absoluta. A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluta. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade. Enfim, a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível.

De fato, no processo penal devem ser realizadas todas as diligências necessárias e adotadas todas as providências para fins de se chegar a verdade dos fatos, descobrindo o que realmente aconteceu e permitindo a aplicação da sanção penal de forma segura.

Não se pode esquecer, porém, que a verdade absoluta dos fatos dificilmente será alcançada em sua plenitude ante as dificuldades de produção de prova. Assim, o que deve ocorrer é que devem ser produzidas as provas no intuito de chegar o mais próximo possível da verdade, elucidando os fatos até onde for possível, permitindo que a sentença se sustente em fatos concretos e não meras presunções ou conjecturas. Vários artigos no CPP concretizam esta máxima, como o 156, 201, 209, 234, 242 e 404, que permitem atuação *ex officio* do Juiz e o art. 197 que relativiza a confissão, somente lhe conferindo força se estiver de acordo com as demais provas do processo.

A busca da verdade real não deve servir de desculpa para violar direitos e garantias fundamentais. Por isso essa busca da verdade real também encontra limites. Assim, NÃO se admite a obtenção de provas ilícitas em nome da busca da verdade real e não cabe revisão criminal contra sentença absolutória, mesmo que surjam novas provas contra o réu.

03.2.2. Princípio da oficiosidade ou do impulso oficial

O princípio da oficiosidade, no âmbito do direito processual penal, divide-se em duas hipóteses distintas, quais sejam:

- 1) Na ação penal pública incondicionada, os órgãos públicos responsáveis pela ação penal devem agir de ofício ao iniciar a persecução penal, independentemente de provocação dos interessados;
- 2) Já na ação penal pública condicionada, há necessidade de manifestação expressa do ofendido ou requisição do Ministério Público, não havendo hipótese de dar o impulso inicial *ex officio*.

Desta forma, Pedro Lenza e outros (2018, p. 91) ilustram:

Apesar de a iniciativa da ação ser do Ministério Público ou do ofendido, não é necessário que, ao término de cada fase processual, requeiram que se passe à próxima. Pelo princípio do impulso oficial deve o juiz, de ofício, determinar que se passe à fase seguinte.

Este princípio permite, também, que uma vez movida a ação penal e instaurado o processo criminal (após receber denúncia), o Juiz deve, de ofício, encerrar cada etapa do procedimento e determinar que se passe a seguinte, sem ser preciso que as partes requeiram isso. Tal fato se dá porque compete ao Estado o *jus puniendi*, sendo que o seu exercício deve ocorrer independentemente de o Ministério Público ou o ofendido ser o titular da ação penal.

03.2.3. Princípio da correlação

O princípio da correlação é de extrema relevância, tendo em vista a nulidade que acarreta a inobservância deste. Ele trata da obrigatoriedade de correlacionar o fato descrito na queixa/denúncia ao fato pelo qual o réu é condenado, ao final do processo. Desta forma, não poderá o magistrado condenar além do limite do delito cometido pelo réu, nem mesmo abaixo dele. É o que ilustra Capez (2016, p. 570 e 571):

É princípio garantidor do direito de defesa do acusado, cuja inobservância acarreta a nulidade da decisão. Por princípio da correlação entende-se que deve haver uma correlação entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o réu é condenado. O juiz não pode julgar o acusado extra petita, ultra petita ou citra petita; vale dizer, não pode desvincular-se o magistrado da inicial acusatória julgando o réu por fato do qual ele não foi acusado.

De fato, não é admissível que o réu seja condenado por fato ou conduta que não lhe foi imputada no processo e da qual não teve conhecimento e sequer pode se defender. Assim, em surgindo novas provas ao longo da instrução que eventualmente levem a alteração do fato criminoso, permitindo nova capitulação, cujas elementares e circunstâncias não constaram da inicial acusatória, a questão deve ser objeto de *mutatio libelli*, a teor do que determina o artigo 384 do CPP.

03.2.4. Princípio da identidade física do juiz

O princípio da identidade física do juiz diz, basicamente, que o juiz que colhe as provas, deverá, ao fim da persecução penal, proferir a sentença. Tal princípio encontra salvaguarda legal no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal, que expressamente que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Neste sentido, Pedro Lenza e outros (2018, p. 92) resumem:

O juiz que colhe a prova deve ser o mesmo a proferir a sentença (art. 399, §2º, do CPP). Sua adoção deve-se à conclusão de que o juiz que ouviu as testemunhas e interrogou o réu na audiência de instrução tem melhores condições de apreciar a prova e proferir a sentença.

Tal regra, sob pena de inviabilizar o processo penal e prejudicar a própria instrução, deve ser visto com cautela e interpretado a luz do art. 132 do CPC, onde há exceções à regra da identidade física do Juiz, tais como quando o Magistrado foi convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido, aposentado, etc... Assim ocorre também quando há atuação de Magistrado substituto, que pode fazer a instrução e o titular sentenciar, ou vice e versa.

O princípio em comento se aplica também ao Tribunal do Júri, isso ao determinar que os jurados que assistirem ao interrogatório e inquirição das testemunhas em plenário deverão ser os mesmos que procederão o julgamento

votando os quesitos. Assim, se o Conselho de Sentença for dissolvido, por qualquer razão (comunicação entre os jurados, deficiência de defesa, manifestação inequívoca de parcialidade dos jurados), o corpo de jurados deve ser dissolvido e deve ser convocada nova Sessão de Julgamento.

03.2.5. Princípio do *favor rei*

O princípio do *favor rei* dispõe que, ao encontrar dúvida, o magistrado deverá decidir, sempre, favoravelmente ao réu. É o caso, por exemplo, de processos em que ao final da instrução, não há provas suficientes para elucidar o caso de forma satisfatória. Nesta hipótese, a regra é que o magistrado deverá absolver o acusado.

É o que descreve Márcio Alberto Gomes Silva (2020, p. 31):

Prescreve que em caso de dúvida deve ser adotada a solução que mais beneficie o réu, em regra absolvendo-o (o artigo transcrito demonstra o ápice do favor rei, que redundará na absolvição, quando não for cabalmente demonstrado que o réu cometeu o crime). É festejar o brocardo **in dubio pro reo**.

Assim, por este princípio, somente quando houver certeza quanto à responsabilização penal do acusado relativamente ao fato criminoso é que ele deve ser condenado. Havendo dúvida razoável, o réu deve ser absolvido. O art. 386, inc. VII, do CPP abarca implicitamente este princípio, ao determinar que não havendo provas suficientes da imputação, o acusado deve ser absolvido.

Este princípio aplica-se, também, na interpretação de normas processuais penais, pois havendo dúvida sobre o alcance ou sentido delas, deve-se interpretá-las sempre da forma mais favorável ao réu, o qual se presume inocente.

Está vinculado ao princípio da presunção de inocência, sendo que este estado de inocência somente pode ser alterado mediante provas claras e robustas que comprovem a culpa e autoria do réu, as quais devem ser produzidas de acordo com o devido processo legal.

É preciso reconhecer, outrossim, que este princípio é mitigado na decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, já que os jurados julgam de acordo com sua íntima convicção, sem necessidade de fundamentação, pelo que a condenação pode decorrer de provas frágeis havidas nos autos. Sentença de pronúncia também mitiga, pois aqui vigora o *in dubio pro societate*, e recebimento de denúncia e decretação de prisão preventiva também, pois são decisões exaradas com meros indícios de autoria, não exigindo certeza.

04. DAS PROVAS E NULIDADES NO PROCESSO PENAL

04.1. DAS PROVAS

As provas no processo penal podem ser conceituadas como os atos praticados pelas partes na tentativa de demonstrar ao magistrado as evidências fáticas que comprovam suas respectivas versões do caso. São, portanto, os meios de convencimento de que o juiz se vale a fim de apurar a veracidade dos fatos e, ao final da persecução penal, trazer uma sentença justa, com base no que lhe foi exposto. A respeito da prova no processo penal, Pedro Lenza e outros (2018, p. 263) conceituam:

A dedução em juízo da pretensão punitiva pressupõe que o autor atribua ao réu a prática de determinada conduta típica, daí por que é correto dizer que a acusação sempre estará fundada em um ou mais fatos. A conclusão, pelo juiz, acerca da veracidade da acusação, portanto, subordina-se à constatação da existência de fatos pretéritos, sobre cuja ocorrência não há, em princípio, certeza.

A convicção do julgador, contudo, não pode repousar em critérios arbitrários, devendo advir, necessariamente, de construção lógica, o que reclama a análise de elementos aptos a transmitir informação relativa a um fato.

É a esses elementos que se dá a denominação de prova. Sob essa ótica objetiva, pois, prova é o elemento que autoriza a conclusão acerca da veracidade de um fato ou circunstância.

Há, porém, uma série de fatos que independem de prova, quais sejam: a) fatos axiomáticos ou intuitivos; b) fatos notórios; c) presunções legais e; d) fatos inúteis. Isso se dá porque são fatos que não carecem de nenhuma forma de comprovação para que sejam afirmados, ou, no caso dos fatos inúteis, não trazem relevância para a persecução penal.

Em contraponto, tudo o que difere das hipóteses supra elencadas, são fatos dependentes de prova, ainda que haja uma conformidade entre as partes em admitir tal fato. Isto porque, mesmo que diante da concordância entre as partes, o magistrado pode entender que há dúvida sobre o suposto fato e, neste caso, deverá apreciar a prova para uma maior elucidação das circunstâncias.

No que concerne os sujeitos da prova, Renato Brasileiro (2020, p. 661) explica:

Sujeitos da prova são as pessoas ou coisas de quem ou de onde deriva a prova, podendo ser pessoal ou real. A prova pessoal consiste numa afirmação de conhecimento ou na certificação de fato ou fatos do processo. A prova real equivale à atestação que advém da própria coisa constitutiva da prova (o ferimento; o projétil balístico da arma utilizada na prática de um delito).

Além disso, é necessário que as provas produzidas sejam admissíveis, fundadas/pertinentes, concludentes e possíveis.

04.1.1. Princípios relativos à prova penal

04.1.1.1. Princípio da comunhão da prova (ou da aquisição da prova)

Após devidamente produzida, a prova não pertencerá somente a quem a trouxe ao processo, mas servirá como matéria probatória a todos os sujeitos do processo, que poderão valer-se dela para fundamentar sua argumentação.

Neste sentido, exemplifica Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 710 e 711):

Perceba-se que só há falar em comunhão da prova após a sua produção. Em outras palavras, enquanto a prova não foi produzida, a parte pode desistir de sua produção. Portanto, durante o curso de uma audiência, caso a parte não tenha interesse em ouvir testemunha por ela arrolada, que ainda não foi ouvida, poderá livremente desistir de sua oitiva, independentemente da concordância da parte contrária. Nesse sentido, dispõe o art. 401, §2º, do CPP, que a parte poderá desistir da inquirição de qualquer testemunha arrolada, ressalvada a possibilidade de o juiz, valendo-se de seus poderes introdutórios, querer ouvi-la como testemunha do juízo.

Desta forma, é correto afirmar que a partir do momento em que foi produzida, a prova deixa de servir somente ao interessado em produzi-la, passando a pertencer ao processo, podendo servir a qualquer uma das partes e devendo ser usada pelo magistrado no exercício de seu livre convencimento motivado.

04.1.1.2. Princípio da autorresponsabilidade das partes

Este princípio, resumidamente, refere que as partes serão responsabilizadas pelas consequências de sua atividade, bem como de sua inatividade processual.

Em complemento, Brasileiro de Lima (2020, p. 711) conceitua:

Em outras palavras, por conta desse princípio, as partes assumem as consequências de sua inatividade, erro ou negligência, em relação à prova de suas alegações. Exemplificando, na hipótese de processo penal por crime de ação penal pública, caso o Ministério Público não comprove a prática do fato delituoso, a consequência será a absolvição do acusado.

Desta forma, ainda que se trate de erro ou inatividade, as partes serão, sempre, autorresponsáveis pelos efeitos acarretados por seus atos.

04.1.1.3. Princípio do contraditório (ou da audiência contraditória/bilateral)

O princípio do contraditório sob o viés da teoria geral das provas, assegura o direito a contraprova das partes. Desta forma, é necessário que as partes tenham direito de acesso e informação às provas produzidas pela parte contrária, a fim de que possam opor-se a elas.

No que concerne ao princípio da audiência bilateral, Pedro Lenza e outros (2018, p. 271) explicam:

Estabelece a necessidade de garantir a ambas as partes o direito de presenciar a produção das provas ou de conhecer o seu teor, de manifestar-se sobre elas e, ainda, de influir no convencimento do juiz por meio da produção de contraprova. Tem como corolário o princípio da igualdade de armas, que garante aos litigantes a paridade de instrumentos processuais para a defesa de seus interesses.

Resta evidenciado então, que o direito à contraprova é imprescindível no processo penal, quanto mais porque permite um pleno conhecimento das provas produzidas, bem como que as partes possam contrapor argumentos ao fato levantado, levando, assim, a um julgamento isonômico e justo.

04.1.1.4. Princípio do imediatismo

Dispõe sobre a obrigatoriedade, via de regra, do contato direto do magistrado com as partes no momento de produção das provas. Tal princípio não impede, contudo, a produção de provas por videoconferência.

04.1.1.5. Princípio da identidade física do juiz

A identidade física do juiz, de acordo com o conceito já supracitado no capítulo 03 deste trabalho, discorre acerca da obrigatoriedade, em regra, da sentença ser proferida pelo mesmo juiz que conduziu a produção probatória, conforme determina o artigo 399, §2.º, do CPP, uma vez que este terá uma visão mais completa dos fatos expostos pelas provas, garantindo uma decisão melhor embasada.

Não obstante isso, é preciso lembrar que este não é um princípio absoluto, eis que é admissível que um magistrado que não participou da instrução possa proferir a sentença, em especial quando aquele que atuou na fase de instrução probatória estiver, por exemplo, licenciado, aposentado, removido, promovido, entre outras hipóteses. Tal situação se coaduna, inclusive, com a necessidade de que a prestação jurisdicional seja prestada de forma célere, atendendo ao princípio da duração razoável do processo.

04.1.1.6. Princípio da oralidade

O princípio da oralidade traz a necessidade de priorizar as provas produzidas de forma oral, em detrimento das provas escritas.

Quanto oralidade das provas, Capez (2016, p. 439) se posiciona:

deve haver a predominância da palavra falada (depoimentos, debates, alegações); os depoimentos são orais, não podendo haver a substituição por outros meios, como as declarações particulares. Como corolário desse princípio, decorrem outros dois subprincípios, quais sejam, o da imediatidade do juiz com as partes e com as provas e o da concentração.

A preferência pela oralidade das provas não exclui, no entanto, a possibilidade de introduzir ao processo provas que diferem da prova oral.

04.1.1.7. Princípio da concentração

Consequentemente a esta priorização da prova oral no âmbito processual penal, é introduzido o princípio da concentração, que dispõe que deverá, sempre que possível, ser concentrada a produção de provas durante o momento da audiência.

À vista disso, Renato Brasileiro (2020, p. 711) examina:

Consiste na tentativa de redução do procedimento a uma única audiência, objetivando encurtar o lapso temporal entre a data do fato e a do julgamento. Afinal, quanto mais próxima do fato delituoso for proferida a decisão final, maior é a possibilidade de se atingir a verdade. Caso não seja possível concentrar a produção da prova em uma única audiência, deve-se designar a próxima audiência para a data mais próxima. Nessa linha, segundo o art. 400, §1º, do CPP, “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.”

Este princípio tem a evidente intenção de conferir maior celeridade à instrução probatória e, por conseguinte, à prestação jurisdicional. Vale destacar, inclusive, que no caso do procedimento sumário sequer haverá transferência do ato em razão da ausência de testemunha de acusação, podendo-se inquirir todas as testemunhas que comparecerem à audiência, com inversão da ordem de oitivas, como determinam os artigos 535 e 536, ambos do CPP.

04.1.1.8. Princípio da publicidade

Assegura a publicidade das provas produzidas durante a persecução penal, como regra. A exceção será somente os casos de segredo de justiça.

Sobre o princípio da publicidade, Pedro Lenza e outros (2018, p. 271) afirmam:

Garante que a instrução seja acompanhada não apenas pelos sujeitos processuais, mas pelo público, vedando, assim, qualquer atividade secreta (art. 93, IX, da CF). Quando o interesse público ou a tutela da intimidade exigir a restrição à presença popular, no entanto, a lei pode estabelecer a publicidade restrita dos atos instrutórios (art. 5º, LX, da CF).

A publicidade visa proteger, inclusive, o acusado, visando, assim, evitar decisões arbitrárias e/ou que o julgador simplesmente ignore provas produzidas e que favoreçam a defesa.

Outrossim, como exemplo de processos em que se faz necessário a produção de provas de forma sigilosa, encontramos aqueles que envolvem crimes contra a dignidade sexual, a teor do que determina o artigo 234-B do Código Penal. Por evidente que o sigilo em comento atinge tão somente as partes externas ao processo, não se referindo ao Juízo, à acusação, ao réu e sua defesa.

04.1.2. Meios de provas

Os meios de prova são todas as formas de comprovação que possam servir ao processo a fim de elucidar o fato na busca pela verdade processual. Dessa forma, é correto afirmar que o rol de provas não é exaustivo, e sim, exemplificativo. Isso quer dizer que embora não esteja elencado no Código de Processo Penal, qualquer meio de prova, desde que lícito e legítimo, deverá ser aceito.

Neste sentido, Fernando Capez (2016, p. 433) alude:

Como é sabido, vigora no direito processual penal o princípio da verdade real, de tal sorte que não há de se cogitar qualquer espécie de limitação à prova, sob pena de se frustrar o interesse estatal na justa aplicação da lei. Tanto é verdade essa afirmação que a doutrina e a jurisprudência são unânimes em assentir que os meios de prova elencados no Código de Processo Penal são meramente exemplificativos, sendo perfeitamente possível a produção de outras provas, distintas daquelas ali enumeradas.

Cabe também destacar, que os meios de provas diferem dos meios de obtenção de prova. Os meios de provas são os tipos de provas propriamente ditos, enquanto os meios de obtenção de prova podem ser conceituados como formas de se chegar até a prova. Um exemplo de meio de obtenção de prova é a interceptação telefônica, que não é uma prova em si, mas um meio de obter provas lícitas que devem ser incorporadas ao processo, uma vez que atenda as exigências legais impostas.

Sobre os meios de obtenção de prova, Gustavo Badaró (2012, p. 270.) elenca:

enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou

o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos.

Mais detalhadamente, Renato Brasileiro (2020, p. 662) clarifica os efeitos acarretados por possíveis irregularidades nos meios de prova, bem como nos meios de obtenção de provas:

Essa distinção entre meios de provas e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção. Deveras, eventual vício quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, caput).

Tendo em vista ser o meio de prova de caráter endoprocessual, é preciso ressaltar que, em contraponto, o meio de obtenção de prova tem natureza extraprocessual. Isso se dá por ser o meio de obtenção de prova, em regra, um ato praticado na fase pré-processual investigatória. É possível, contudo, que o meio de obtenção de prova seja executado, excepcionalmente, durante o curso do processo.

04.1.3. Diligências investigatórias no inquérito policial

É preciso analisar, primeiramente, a diferença entre as provas propriamente ditas e os atos investigatórios.

A prova penal caracteriza-se por ser pertencente ao processo e deve servir a todas as partes, além de ser objeto de apreciação do juiz no exercício de seu livre convencimento motivado.

Em contrapartida, os atos investigatórios, ou diligências investigatórias surgirão já na fase pré processual investigatória, ou seja, no Inquérito Policial.

Aury Lopes Jr. (2016, p. 198) explica, esmiuçadamente, as diferenças entre os atos de prova e os atos investigação:

Assim, são atos de prova aqueles que:

1. estão dirigidos a convencer o juiz de uma afirmação;
2. estão a serviço do processo e integram o processo penal;

3. dirigem-se a formar a convicção do juiz para o julgamento final – tutela de segurança;
4. servem à sentença;
5. exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
6. são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Substancialmente distintos, os atos de investigação (realizados na investigação preliminar):

1. não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
2. estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
3. servem para formar um juízo de probabilidade, e não a convicção do juiz para o julgamento;
4. não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação, pois podem ser restringidas;
5. servem para a formação da opinio delicti do acusador;
6. não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
7. também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;
8. podem ser praticados pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

Isto posto, resta evidente que os atos investigatórios não objetivam comprovar os fatos, mas trazer possibilidades que somente serão comprovadas ou refutadas posteriormente, quando propriamente instaurado o processo judicial.

Analisemos, então, os atos de investigação:

04.1.3.1. Preservação do local do crime

A preservação do local do crime tem o intuito de conservar as evidências existentes para que sejam devidamente colhidas no momento do exame pericial. Para tanto, o local deve ser isolado assim que a autoridade policial tomar conhecimento do fato delituoso, a fim de que não haja degradação de vestígios que possivelmente auxiliarão na elucidação dos fatos ocorridos.

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 204) explica:

A investigação terá mais probabilidade de sucesso caso sejam observados dois fatores básicos:

Inicie imediatamente as investigações a partir do local onde ocorreu o crime, pois será ali que haverá mais possibilidades de se encontrar alguma informação, tanto sob o aspecto da prova pericial, quanto das demais investigações subjetivas, tais como testemunhas, relatos diversos de observadores ocasionais, visualização da área para avaliação de possíveis informações de suspeitos, etc.;

O tempo é fator que trabalha contra investigadores de polícia e peritos criminais no esclarecimento de qualquer crime, uma vez

que, quanto mais tempo se gasta para iniciar determinada investigação, fatalmente informações valiosas serão perdidas, que, em muitos casos, poderão ser essenciais para o resultado final da investigação.

É, portanto, a necessidade de agir imediatamente para garantir a preservação do local do crime, que torna este ato investigativo característico da fase de inquérito policial, haja vista que não terá eficácia o exame pericial na cena do crime se feito somente na fase de persecução penal, uma vez que, dificilmente o local poderá ficar isolado até lá.

04.1.3.2. Apreensão de objetos

A apreensão de objetos que se relacionem com o fato delituoso, uma vez que tais objetos sejam liberados pelos peritos. Para tanto, é necessário que estes objetos passem a acompanhar os autos do inquérito.

Brasileiro de Lima (2020, p. 205) elucida os requisitos necessários para que seja lícita a apreensão de objetos:

Para que a apreensão seja considerada lícita, há de se ficar atento aos requisitos da medida cautelar de busca pessoal e de busca domiciliar. A busca pessoal independe de prévia autorização judicial quando realizada sobre o indivíduo que está sendo preso, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito, assim como na hipótese de cumprimento de mandado de busca domiciliar (CPP, art. 244).

A busca domiciliar está condicionada à observância do art. 5º, XI, da Constituição Federal, segundo o qual a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Dito isso, é possível observar que a apreensão de objetos ou busca e apreensão não se trata somente de ato investigatório exclusivo da fase de inquérito, como também é possível que ocorra posteriormente, durante a persecução penal.

04.1.3.3. Colheita de outras provas

O Código de Processo Penal dispõe:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...) III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

É evidente, portanto, que além das demais possibilidades elencadas nos incisos restantes do artigo supracitado, é possível que sejam colhidas outras provas necessárias para demonstrar, durante o Inquérito Policial, evidências de autoria e prova cabal da materialidade do fato, ainda que tais diligências não estejam expressamente elencadas no Código de Processo Penal.

04.1.3.4. Oitiva do ofendido

O ofendido deverá ser ouvido, preferencialmente, como um dos primeiros atos da fase de investigação preliminar. O ofendido não prestará compromisso de dizer a verdade, de acordo com o disposto no Código de Processo Penal em seu art. 201, mas poderá, porém, responder por crime de denúncia caluniosa caso tal delito seja constatado.

No que concerne as declarações do ofendido, Márcio Alberto Gomes Silva (2020, p. 278) clarifica:

Sua versão acerca dos fatos é importante para o deslinde da investigação. Mesmo diante de tal constatação, suas declarações devem ser interpretadas com cautela pela autoridade policial, vez que suas impressões podem ser distorcidas pelo nervosismo e pelo medo, tão naturais quanto se é sujeito passivo de um delito.

Em regra, a oitiva do ofendido ocorrerá novamente como meio de prova durante a persecução penal, não sendo, portanto, ato investigativo exclusivo do Inquérito Policial.

04.1.3.5. Oitiva do indiciado

A oitiva do indiciado, ou interrogatório, trata-se de ato personalíssimo, ou seja, ninguém além do indiciado pode ser interrogado. Além disso, deverá ser procedido de forma oral, e posteriormente reduzido a termo por escrito.

Durante o interrogatório do indiciado é imprescindível a observância do direito ao silêncio, o qual deve ser observado tanto na fase de inquérito quanto judicial. Neste seguimento, João Cláudio Couceiro (2004, p. 192) elenca que:

o direito ao silêncio abrange não só os interrogatórios formais, como também toda a oitiva do imputado realizada informalmente, perante qualquer autoridade com atribuição para investigar (delegado de polícia, promotor de justiça, ou qualquer outra autoridade administrativa, além do juiz de direito, evidentemente): sempre que for dada ao imputado a oportunidade de se manifestar, deve ser ele advertido de seu direito ao silêncio.

Cabe também destacar, a imprescindibilidade de garantir ao indiciado o direito a não autoincriminação, em consonância ao princípio processual penal do

nemo tenetur se detegere. A esse respeito, Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 300) expõe:

A nossa Constituição Federal dispõe no art. 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como não existe no nosso ordenamento nenhuma lei que obrigue a confessar prática de crime (*nemo tenetur se ipsum accusare*), o indiciado ou réu não está obrigado a declarar contra si mesmo.

Ao tratar do ato de interrogatório do indiciado, temos, novamente, uma hipótese de ato investigativo que poderá/deverá ser reproduzido no curso do processo penal, como meio de prova.

04.1.3.6. Reconhecimento de pessoas e coisas e acareação

O reconhecimento de coisas e pessoas atenderão ao mesmo procedimento, de acordo com o disposto nos artigos 226 e 227 do Código de Processo Penal.

O reconhecimento de coisas servirá para identificar, sempre que necessário, os instrumentos empregados na prática do crime em si (uma arma, por exemplo), objetos que serviram como auxílio durante a prática do crime (um carro usado para empreender fuga, uma moto, etc.) e objetos que caracterizam o produto do crime (objetos roubados, por exemplo).

Quanto ao reconhecimento de coisas e pessoas, Vicente Greco Filho (2012, p. 337) esclarece:

A pessoa que tiver de fazer o reconhecimento deverá descrever a pessoa ou coisa a ser reconhecida. A pessoa ou coisa a ser reconhecida será colocada, sempre que possível, entre outras semelhantes. Em seguida, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento deverá apontá-la. Se houver receio, no caso de reconhecimento de pessoa, de que o confronto possa intimidar a pessoa que vai fazer o reconhecimento, esta poderá ser colocada em lugar reservado, afastada da presença da outra. De tudo lavrar-se-á auto circunstanciado, assinado pela pessoa chamada a proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas. Se várias pessoas forem chamadas a fazer o reconhecimento, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

A acareação, por sua vez, surgirá diante da necessidade de esclarecer declarações contraditórias de duas ou mais pessoas. Trata-se de prova complementar, que colocará em confronto tais declarações prévias, podendo haver, inclusive, perguntas das partes sobre as divergências em questão.

04.1.3.7. Determinação de realização de exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias

A perícia trata-se de exame praticado por alguém que possui conhecimento específico sobre a matéria em questão, seja ela técnica, científica ou artística.

Assim sendo, Renato Brasileiro (2020, p. 210) resume:

Dentre as várias diligências a serem determinadas pela autoridade policial, prevê o Código a determinação de exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias (CPP, art. 6º, VII). Relembre-se que, por força do art. 158 do CPP, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Ressalta-se, então, que nem mesmo diante da hipótese de confissão do acusado excluirá a necessidade da prova pericial.

Deverá ser juntado, seja ao processo ou ao inquérito, o laudo referente a prova pericial. No laudo, elaborado pelo perito, deverá constar todas as observâncias e conclusões advindas do exame pericial.

04.1.3.8. Identificação do indiciado e juntada da folha de antecedentes criminais

O Código de Processo Penal prevê a identificação do indiciado em seu artigo 6º, vejamos:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
(...) VIII –ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

Já a folha de antecedentes contém a vida criminal do acusado até então. De acordo com o parágrafo único do artigo 20, a autoridade policial não poderá incluir na folha de antecedentes registros sobre eventuais inquéritos policiais instaurados contra aqueles que requererem a folha de antecedentes.

Em complemento, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 211) ilustra:

Por possuir fé pública, tendo, pois, valor probante para o reconhecimento das informações nela certificadas, a folha de antecedentes criminais é suficiente, *de per si*, para comprovar os maus antecedentes e a reincidência do acusado. Revela-se desnecessária, portanto, a juntada de certidão cartorária (certidão de objeto e pé) do juízo de origem de suas condenações pretéritas. Logicamente, deve constar da folha de antecedentes não apenas a correta qualificação do acusado, mas também informações quanto aos crimes pelos quais foi condenado, assim como a data do trânsito em julgado de eventuais sentenças condenatórias. É exatamente nessa linha o teor da súmula n. 636 do STJ: “A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência”.

Nota-se, portanto, que na própria folha de antecedentes constará a devida qualificação do acusado.

04.1.3.9. Averiguação da vida pregressa do investigado

Ainda no artigo 6º do Código de Processo Penal, em seu inciso IX, consta a necessidade de a autoridade policial averiguar a vida pregressa do investigado em diversos pontos de vista, sendo eles individual, familiar, social, econômico. Deve-se investigar ainda o estado de espírito do investigado antes, depois e durante o momento do crime, além de quaisquer outros elementos que possam contribuir para entender seu caráter e temperamento.

Desta forma, entende-se que estas informações podem ser colhidas em diversos momentos e durante a prática de diferentes atos investigatórios.

04.1.3.10. Reconstituição do fato delituoso

Primeiramente, é cabível destacar que nem todos os crimes carecem ou devem ser reconstituídos, a exemplo disso, os crimes contra dignidade sexual.

Novamente é necessário fazer uma análise deste ato investigatório preliminar, sob o viés do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Sob este ponto de vista, Brasileiro (2020, p. 211) analisa:

Por força do direito de não produzir prova contra si mesmo, doutrina e jurisprudência têm adotado o entendimento de que não se pode exigir um comportamento ativo do acusado, caso desse *facere* possa resultar a autoincriminação. Assim, sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g. acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento. Cuidando-se do exercício de um direito, não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. Além disso, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura o crime de desobediência nem o de desacato, e dela não pode ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade, pelo menos no processo penal. Portanto, se o investigado não é obrigado a participar da reconstituição do crime, pensamos não ser possível sua condução coercitiva para tanto."

Dessa forma, é correto afirmar que é possível haver reconstituição dos fatos sem a participação do acusado, sem que isso a torne inválida ou nula. A única discussão, por evidente, é saber se o acusado e sua defesa (caso já constituída) deverão ser intimados da realização da reconstituição para que possam dela participar, se assim desejarem, prestando as informações e/ou versões que considerarem pertinentes. Tal matéria será melhor enfrentada no último capítulo. Mas, como dito, uma vez intimados/cientificados da reconstituição, caso o réu e sua

defesa optem por dela não tomar parte, tal circunstância em nada macula a prova produzida.

04.2. DAS NULIDADES

O Código de Processo Penal elenca em seus artigos diferentes tipos de procedimentos que devem ser seguidos a depender do delito a ser questionado. Deve-se, portanto, seguir o passo a passo indicado pela lei em vigência a fim de garantir um processo justo e, conseqüentemente, uma sentença justa. Neste sentido, Eugênio Pacelli (2020, p. 1105) declara:

(...) o processo penal cumpre as suas missões constitucionais também por meio de procedimentos, nos quais os atos processuais praticados pelas partes e pelo juiz (e por terceiros que houverem de participar da relação processual) desdobram-se sequencialmente rumo à decisão judicial final. Os ritos processuais ou procedimentais seguem um itinerário definido previamente, com o objetivo de organizar a participação dos sujeitos do processo na construção do provimento jurisdicional final, de modo a permitir uma contribuição efetiva e em igualdade de condições na tutela dos respectivos interesses.

É evidente que, para garantir que essas etapas sejam seguidas de acordo com o indicado pela lei, é necessário que haja uma forma de sanção para a hipótese de descumprimento dos princípios e normas concernentes ao processo penal. Havendo a hipótese de aplicação de uma sanção conseqüente ao descumprimento das normas processuais penais, as partes do processo passarão a sentir-se compelidas a seguir plenamente o procedimento indicado. Assim, Renato Brasileiro (2020, p. 1688) deslinda:

Em sede processual, também há necessidade de previsão legal de instrumento de coerção objetivando o cumprimento do modelo típico. Afinal, uma norma desprovida de sanção deixa de ter caráter imperativo, passando a funcionar como mera recomendação.

É exatamente daí que sobressai a importância da nulidade, compreendida como espécie de sanção aplicada ao ato processual defeituoso, do que deriva a inaptidão para a produção de seus efeitos regulares. Em outras palavras, como desdobramento natural da fixação de regras para a prática dos atos processuais, apenas aqueles realizados em consonância com tal modelo serão considerados válidos perante o ordenamento jurídico e idôneos a produzir os efeitos almejados. Para os atos praticados em desacordo com o modelo típico, a lei estabelece sanções, que acabam variando de acordo com o grau de intensidade do desvio. O sistema de nulidades foi pensado, portanto, como instrumento para compelir os sujeitos processuais à observância dos modelos típicos: ou se cumpre a forma legal ou corre-se o risco de o ato processual ser declarado inválido e ineficaz. A consequência da inobservância da forma prescrita em lei é a de que o ato

defeituoso não poderá produzir os efeitos que ordinariamente teria.

É necessário, no entanto, que haja um equilíbrio na aplicabilidade das nulidades no processo penal, para que não haja exigências em exagero, sem que elas tragam nenhum benefício ao processo, tornando-se inúteis. Daí a importância de analisar no caso concreto a necessidade de aplicar a sanção a tais atos, garantindo que a sanção seja aplicada somente quando houver interesse de resguardar um processo e, por conseguinte, um julgamento justo.

04.2.1. Espécies de nulidades

As nulidades classificam-se em quatro hipóteses, quais sejam: atos inexistentes, nulidade absoluta, nulidade relativa e irregularidade.

04.2.1.1. Atos inexistentes

Trata-se da hipótese de uma prática em tamanha discordância com o ordenamento jurídico vigente, que nem mesmo é considerado um ato existente. É, por vezes, denominado pela doutrina como um não ato.

Quanto aos atos inexistentes, Renato Brasileiro (2020, p. 1690) exemplifica:

É o que ocorre, a título de exemplo, com uma sentença sem dispositivo (conclusão): apesar de existir num plano fático, esta “não sentença” é considerada juridicamente inexistente, já que não se pode conceber uma sentença sem dispositivo, ou seja, uma sentença que nada tenha decidido. Outros exemplos de atos inexistentes que podem ser lembrados: a) recurso interposto por advogado sem procuração nos autos; b) se o juiz proferir nova decisão após a sentença de mérito, ou seja, após esgotada a jurisdição pela prolação da sentença, a segunda é ato inexistente, sem qualquer validade jurídica; c) decisão judicial proferida por desembargador em processo criminal no qual seu filho tenha funcionado como órgão do Ministério Público é inexistente, haja vista a causa de impedimento do art. 252, I, do CPP.

Cabe ressaltar também, que para invalidar estes atos não é necessário nem mesmo que haja pronunciamento judicial, podendo somente ser desconsiderado o não ato em questão.

04.2.1.2. Nulidade absoluta

Para que haja nulidade absoluta é necessário que haja a violação de norma concernente a garantia da ordem pública. Daí a necessidade de anular absolutamente o ato, observada a gravidade do vício. Assim sendo, Pacelli (2020, p. 1116) expõe:

Configuram, portanto, vícios passíveis de nulidades absolutas as violações aos princípios fundamentais do processo penal, tais como o do juiz natural, o do contraditório e da ampla defesa, o da imparcialidade do juiz, a exigência de motivação das sentenças judiciais etc., implicando todos eles a nulidade absoluta do processo. Somente quando outro princípio fundamental estiver em jogo será possível convalidar o ato passível de nulidade absoluta, como é o caso, por exemplo, do vício de incompetência absoluta: transitada em julgado a decisão ABSOLUTÓRIA, a proibição da revisão *pro societate* impedirá novo processo.

Tendo em vista que não há como sanear o vício de atos absolutamente nulos, esta nulidade pode ser arguida a qualquer momento e em qualquer que seja a etapa processual. Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1693) explica:

Dizemos que, em regra, as nulidades absolutas não estão sujeitas à convalidação porquanto, no caso do trânsito em julgado de sentença absolutória própria, entende-se que as nulidades absolutas ocorridas no curso do processo estarão convalidadas, visto que não se admite revisão criminal *pro societate*. Não há, portanto, instrumentos processuais capazes de rescindir a coisa julgada. Como se percebe, o único limite ao reconhecimento da nulidade absoluta refere-se à coisa julgada pro reo, diante da vedação constitucional da *reformatio pro societate* (revisão da sentença absolutória por iniciativa do Estado). De mais a mais, a própria Convenção Americana de Direitos Humanos preceitua que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (Dec. 678/92, art. 8º, nº4). Logo, sentença absolutória contaminada por nulidade absoluta é capaz de transitar em julgado e produzir seus efeitos regulares, dentre eles o de impedir novo processo pela mesma imputação.

No entanto, em se tratando de sentença condenatória ou absolutória imprópria, as nulidades absolutas podem ser arguidas mesmo após o trânsito em julgado, na medida em que, nessa hipótese, há instrumentos processuais aptos a fazê-lo, como a revisão criminal e o habeas corpus, que somente podem ser ajuizados em favor do condenado.

Desta forma, é correto afirmar que ao se tratar de sentença condenatória, a nulidade absoluta poderá ser arguida até mesmo depois do trânsito em julgado. Neste mesmo sentido, podemos observar a seguinte decisão jurisprudencial:

DEFENSOR DATIVO NÃO INTIMADO PESSOALMENTE DA PAUTA DA SESSÃO DE JULGAMENTO. VÍCIO ALEGADO 7 (SETE) ANOS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE ABSOLUTA NÃO SE CONVALIDA PELO DECURSO DO TEMPO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. ORDEM CONCEDIDA PARA ANULAR O JULGAMENTO NO TOCANTE

À CONDENAÇÃO. 1- É incontroverso o fato de que o defensor dativo, que atuou na defesa do ora paciente, não foi intimado pessoalmente, mas por publicação no Diário Oficial. 2- Não se pode levar em conta o largo tempo decorrido entre a data de intimação do acórdão condenatório e a data da impugnação, para deixar de reconhecer a existência da nulidade absoluta. Não há prazo previsto para a convalidação de nulidade absoluta. Ou, em outras palavras, tanto faz que decorra um mês, ou decorram dois ou mais anos, para a impetração, pois nulidade absoluta não se convalida por decurso de tempo. 3- Ordem concedida para anular o julgamento no tocante à condenação para que outro seja realizado, respeitando-se as prerrogativas legais do Defensor dativo.

(STJ - HC: 84349 SP 2007/0129775-4, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 08/09/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/11/2009) Disponível em: <

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6129276/habeas-corpus-hc-84349-sp-2007-0129775-4-stj/voto-12266738>>

Acesso em: 14 de jun. de 2020.

Cabe também destacar que os atos absolutamente nulos continuarão a produzir efeitos até o momento em que seja judicialmente reconhecida sua ineficácia. Posteriormente ao reconhecimento da nulidade absoluta, o ato processual em questão deverá ser novamente praticado.

04.2.1.3. Nulidade relativa

A nulidade relativa trata-se, evidentemente, de uma nulidade de menor gravidade em relação à nulidade absoluta. Por conseguinte, se a nulidade absoluta surge a partir de um ato que fere norma constitucional, a nulidade relativa surgirá através de um ato de viola norma infraconstitucional.

No que concerne as características fundamentais da nulidade relativa, Renato Brasileiro (2020, p. 1694 e 1695) elenca:

a) **comprovação do prejuízo**: segundo a doutrina, enquanto o prejuízo é presumido em hipóteses de nulidade absoluta, o reconhecimento de uma nulidade relativa está condicionado à comprovação do prejuízo decorrente da inobservância da forma prescrita em lei;

b) **arguição oportuna, sob pena de preclusão e consequente convalidação**: diversamente da nulidade absoluta, que pode ser arguida a qualquer momento, inclusive após o trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória imprópria, a nulidade relativa deve ser arguida no momento oportuno (CPP, art. 571), sob pena de preclusão e consequente convalidação da nulidade. É o que ocorre, por exemplo, com a incompetência relativa (v.g., competência territorial), que deve ser arguida por ocasião da apresentação da resposta à acusação (CPP, art. 396-A), sob pena de preclusão temporal. Como se percebe, ao contrário das

nulidades absolutas, as de natureza relativa podem ser convalidadas, ou seja, seu vício pode ser removido para que o ato produza seus efeitos regulares, seja pelo decurso do tempo (preclusão temporal), seja pelo fato de a parte, tacitamente, ter aceitado seus efeitos (preclusão lógica).

Além disso, a nulidade relativa é caracterizada por ferir tutela de interesse das partes e, diferentemente da nulidade absoluta, depende de declaração judicial de sua ocorrência para que possa gerar efeitos e, assim, levar à necessidade de eventual nova realização do ato declarado nulo.

04.2.1.4. Irregularidades

Trata-se de atos que, apesar de não atenderem aos requisitos formais estabelecidos, não representam ameaça a direito algum e, nem mesmo, trarão algum prejuízo ao seguimento do processo ou às partes.

Isso posto, podemos observar que, mesmo não estando em consonância com a exigência formal para o procedimento, as irregularidades não são passíveis de invalidação.

04.2.2. Princípios referentes às nulidades

Em complemento à aplicabilidade dos princípios processuais penais, as nulidades possuem uma série de princípios norteadores próprios, específicos acerca desta matéria.

04.2.2.1. Princípio da instrumentalidade das formas

O princípio da instrumentalidade das formas encontra seu embasamento legal no artigo 566 do Código de Processo Penal que dispõe:

Art. 566 Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Isso quer dizer que não havendo prejuízo para as partes e tendo sido cumprida a finalidade do ato, não há que falar em invalidá-lo. Em relação a isso, Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 27) refere:

constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.

Desta forma, podemos afirmar que, mesmo apresentando imperfeição, uma vez atingido o fim a que se destina, tornar-se-á válido o ato processual.

04.2.2.2. Princípio do prejuízo

O artigo 563 do Código de Processo Penal dispõe quanto ao princípio do prejuízo, vejamos:

Art. 563 Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Observamos então, que há necessidade de comprovar dano acarretado do ato considerado nulo, para que ele possa ser efetivamente anulado. Neste mesmo sentido, Brasileiro de Lima (2020, p. 1702) clarifica:

O princípio do prejuízo aí previsto deriva da ideia de que a tipicidade dos atos processuais funciona apenas como um instrumento para a correta aplicação do direito. Logo, eventual desobediência às formas prescritas em lei só deve acarretar a invalidação do ato processual quando a finalidade para a qual foi instituída a forma restar comprometida pelo vício. Em síntese, somente a atipicidade relevante, capaz de produzir prejuízo às partes, autoriza o reconhecimento da nulidade.

O princípio do prejuízo é aplicável em casos de nulidade relativa, bem como em casos de nulidade absoluta. Apesar de haver uma presunção de prejuízo na nulidade absoluta, isso não impede que a outra parte demonstre que há uma incoerência na presunção ao analisar o caso concreto, acarretando a descaracterização de ato nulo com base no princípio em questão.

04.2.2.3. Princípio da causalidade

É também conhecido como princípio da consequencialidade. Tal princípio diz respeito ao alcance dos efeitos da invalidade de um ato, ou seja, determina que uma vez declarado como ato nulo, todos os atos dele derivados ou consequentes serão também invalidados. Assim sendo, Pedro Lenza e outros (2018, p. 659) discorrem acerca do tema:

A nulidade derivada será decretada, portanto, apenas quando o ato posterior tenha relação lógica com o vício ocorrido anteriormente, ao passo que, em consequência, devem remanescer íntegros os atos cronologicamente posteriores que não tenham ligação com o ato nulo.

Ao decretar a nulidade, o magistrado decretará também o limite ao qual se estenderá a nulidade dos atos decorrentes, de acordo com o art. 573, §2º, do Código de Processo Penal.

04.2.2.4. Princípio do interesse

Conforme o princípio do interesse, não poderão as partes arguir a nulidade de atos cuja formalidade seja de interesse somente da parte contrária, não podendo também questionar a nulidade de ato que ela deu causa ou participou. Em complemento a isto, Pedro Lenza e outros (2018, p. 660) esclarecem:

A lei não tolera o comportamento, malicioso ou negligente, de quem dá causa ao defeito do ato, para depois tentar beneficiar-se com a sua invalidação e consequente refazimento. Trata-se de aplicação à teoria das nulidades, do preceito da boa-fé objetiva, que informa todos os ramos do Direito, e do qual deriva a regra de proibição de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*). O dever de agir em boa-fé tem como componente, ainda, o dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*), consistente na obrigação de a parte prejudicada pela anomalia processual adotar todas as medidas possíveis para que o dano não seja agravado, sob pena de ter de arcar com os efeitos adversos da situação que permitiu consolidar-se.

Ressalta-se, porém, que esse princípio é válido somente no que diz respeito às nulidades relativas, tendo em vista que por ter caráter de interesse público, qualquer parte poderá arguir a nulidade absoluta, sendo possível que seja arguida, inclusive, pelo juiz de ofício.

04.2.2.5. Princípio da convalidação

O princípio da convalidação visa sanear o vício de um ato nulo, ou seja, minimizar o prejuízo por ele trazido, consertando o erro inicial a fim de tornar válido o ato. Desta forma, é correto afirmar que este princípio terá aplicabilidade somente em hipóteses de atos relativamente nulos, uma vez que é impossível sanear o vício de um ato absolutamente nulo, não havendo possibilidade de remover seu feito e consequentemente reintegrá-lo ao processo.

A legislação processual penal elenca possibilidades de convalidar os atos imperfeitos, são elas: preclusão, ratificação, suprimento, substituição e trânsito em julgado da sentença.

04.2.3. (In)aplicabilidade da teoria das nulidades no inquérito policial

É comum encontrar na doutrina o entendimento de que não há que se falar em nulidades no inquérito policial, uma vez que o inquérito se trata de peça meramente informativa, sendo, inclusive, dispensável e, portanto, não acarretaria

nulidade alguma ao processo penal. É preciso, porém, analisar as particularidades ao tratar das provas cautelares e não repetíveis, produzidas ainda em fase de inquérito. É o que adverte Henrique H. Monteiro de Castro (2016):

A inquisitorialidade também não impede que o contraditório e a ampla defesa quanto a um elemento produzido pela polícia judiciária incidam de modo obrigatório, postergado para o processo penal. É o que ocorre com as provas cautelares e não repetíveis, elementos de convicção presentes na esmagadora maioria dos inquéritos policiais. Nesses casos, a atuação da defesa ocorrerá necessariamente, conquanto de maneira diferida (na fase processual), conferindo valor probatório a essas informações.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. "Mera informatividade" do inquérito policial é um mito. Revista Consultor Jurídico, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-29/academia-policia-mera-informatividade-inquerito-policial-mito>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

As provas cautelares são aquelas produzidas antecipadamente a fim de que não se perca o objeto da prova em razão do percurso de tempo, sendo um exemplo de prova cautelar a interceptação. Apesar do caráter de urgência das provas cautelares, há necessidade de autorização judicial para a produção de tais provas.

Já as provas não repetíveis são aquelas que, uma vez produzidas, não há como reproduzi-las, ou seja, não podem novamente ser levadas a termo. A prova pericial de corpo de delito é um exemplo de prova não repetível.

Isto posto, é necessário analisar o disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal, que discorre sobre a proibição ao magistrado de fundamentar sua decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos exclusivamente em sede de inquérito, exceto pelas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Desta forma, entende-se que, apesar de não ser possível fundamentar a decisão exclusivamente com base nas provas colhidas durante o inquérito, é possível usar determinados tipos de prova, desde que haja complementação de elementos colhidos durante a persecução penal.

Neste sentido, Henrique de Castro (2016) complementa:

Dizer que o elemento colhido na investigação é informativo, e somente com a ciência e manifestação da defesa durante o processo passa a ser probatório, consiste em mero jogo de palavras, não mudando o fato de a prova ter sido colhida no bojo do inquérito policial. A prova cautelar ou irrepitível não é produzida na fase judicial, mas na etapa investigativa. É a polícia judiciária que adota a técnica investigativa, providenciando análise da coisa ou pessoa e extraindo a informação. Fica para o Judiciário apenas a tarefa de abrir o necessário espaço para a manifestação da defesa. Mas a colheita da prova ocorreu no inquérito policial, sob presidência do delegado de polícia.

(...)Vale ressaltar também que persistir com a reducionista afirmação de que o inquérito policial traduz peça meramente informativa incentiva profissionais incautos a não se preocuparem com a atuação na fase policial, pois supostamente não teria qualquer relevância para o desfecho do processo penal. E assim agindo a defesa, quando abrir os olhos no adiantar da persecução penal, com as provas devidamente produzidas, pode ser tarde demais para a adoção de qualquer estratégia defensiva minimamente eficaz.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. "Mera informatividade" do inquérito policial é um mito. Revista Consultor Jurídico, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-29/academia-policia-mera-informatividade-inquerito-policial-mito>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

Nesta mesma acepção, Renato Brasileiro (2020, p. 190) disserta acerca da inobservância do contraditório e ampla defesa das provas produzidas na fase de inquérito:

Na prática, a falta de contraditório e ampla defesa nessa fase pré-processual acaba sendo compensada por mecanismos legislativos tendentes a evitar que o juiz julgue a imputação valendo-se exclusivamente dos elementos informativos colhidos na fase investigatória, excetuando-se as provas antecipadas, não repetíveis e cautelares. Deveras, se os elementos informativos colhidos na fase investigatória são produzidos sem a necessária participação dialética do investigado, ter-se-ia evidente violação ao contraditório e à ampla defesa se acaso fosse admitida a sua utilização como fundamento exclusivo para uma possível condenação do acusado. Daí a importância da regra constante do art. 155, caput, do CPP, que admite a utilização dos elementos informativos colhidos na fase pré-processual, porém apenas subsidiariamente.

É evidente, portanto, que apesar de tratar-se de peça informativa e dispensável, o inquérito policial produz provas que podem ser posteriormente incorporadas ao processo judicial e ali poderão e deverão estar expostas ao princípio do contraditório, ainda que postergado.

No mesmo seguimento, Henrique Castro (2017) discorre:

A análise das nulidades do inquérito e do grau de contaminação do respectivo processo penal deve considerar a individualidade ou pluralidade do elemento informativo ou probatório viciado, o efetivo saneamento do vício e a derivação das demais provas, senão vejamos.

De um lado, o processo penal restará prejudicado se o elemento de convicção nulo for o único a amparar a denúncia e não puder ser produzido novamente, ou se apesar de existirem outras provas elas decorrerem exclusivamente do vestígio viciado (teoria dos frutos da árvore envenenada). De outra

banda, a persecução poderá seguir seu curso normalmente se for possível convalidar o elemento informativo ou probatório, ou se apesar de não saneada a nulidade do vestígio ele estiver acompanhado de outros elementos que dele não derivarem.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. Inquérito policial se sujeita a nulidades que contaminam o processo. Revista Consultor Jurídico, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-24/academia-policial-inquerito-policial-sujeita-nulidades-processo-penal>> Acesso em: 15 de jun. de 2020.

Em suma, é plausível afirmar que é possível haver nulidades no inquérito policial, mais precisamente na forma como eventuais provas venham a ser produzidas, acarretando nulidades posteriores no processo penal, em que pesem as provas produzidas em fase de inquérito, que a ele sejam incorporadas.

05. DA ATUAÇÃO DO DEFENSOR CONSTITUÍDO NO INQUÉRITO POLICIAL

Primeiramente, cabe ressaltar que não há o que falar em princípios do contraditório e ampla defesa no que concerne ao inquérito policial. Tais princípios são exclusivos da fase processual penal. Ainda que, como já mencionado no item acima, algumas provas produzidas previamente na fase de inquérito venham a ser incorporadas ao processo, o princípio do contraditório somente será observado de forma postergada.

Neste sentido, analisa-se a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em pedido de Habeas Corpus:

HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. SIGILO. ART. 20 - CPP. ACESSO A ADVOGADO. ESTATUTO DA OAB (LEI Nº 8.906/94). 1 - Sendo o inquérito policial um dos poucos poderes de autodefesa próprio do Estado no combate ao crime, deve ser assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos (art. 20 - CPP). Nesse escopo, a regra insculpida no inc. XIV do artigo 7º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que permite o acesso amplo e irrestrito do advogado aos autos do inquérito policial, interpreta-se levando em consideração a supremacia do interesse público sobre o privado. Assim, cabe restringir a publicidade nos casos em que o sigilo das investigações seja imprescindível para a apuração do ilícito penal e sua autoria, sob pena do procedimento investigatório tornar-se inócuo, em flagrante desatenção aos interesses da segurança social. 2. Se, nos processos judiciais ou administrativos sob o regime de segredo de justiça, o próprio Estatuto da Ordem estabelece restrições ao princípio da publicidade (art. 7º, § 1º) com muito mais razão elas devem ocorrer na fase apuratória - momento em que se colhem os primeiros elementos a respeito da infração penal. Esse raciocínio é aplicável mormente nos tempos atuais, em que se expande a macrocriminalidade (tráfico de entorpecentes, ilícitos contra o sistema financeiro nacional, delitos praticados por organizações criminosas, lavagem de ativos provenientes de crime, etc.). Para combatê-la, o sigilo nas investigações mostra-se vital.

(TRF-4 - HC: 49795 PR 2001.04.01.049795-3, Relator: ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO, Data de Julgamento: 09/08/2001, OITAVA TURMA, Data de Publicação: DJ 09/08/2001)

Entretanto, a inaplicabilidade dos princípios de contraditório e ampla defesa não impede o acesso do defensor constituído na fase de inquérito policial. Para entender a participação do advogado na fase inquisitorial, passemos a analisar o que dispõe o artigo 7º da Lei 8.906 de 1994, mais especificamente em seus incisos XIV e XXI, e parágrafos 10, 11 e 12, editados pela Lei 13.245 de 2016. Vejamos:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...) 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 e digital;

(...) XXI – 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, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a. apresentar razões e quesitos.

(...) §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 do 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.

§12 – A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

A presença de defensor, apesar de obrigatória na fase processual, é prescindível na fase pré-processual/inquisitorial, restando a critério do acusado constituir ou não defesa técnica. É seu direito, porém, ao tomar conhecimento de que há um inquérito policial instaurado contra si, constituir defesa e ser assistido por ela desde então.

Uma vez constituída a defesa, terá o advogado direito a acessar todas as provas contidas nos autos do inquérito, já produzidas ou em produção, ressalvados os atos para os quais seja necessário sigilo que vise não prejudicar a investigação. Frisa-se, também, que a salvaguarda legal que garante ao advogado o acesso aos autos do inquérito é válida também para advogado sem procuração.

Isto posto, analisa-se quanto à (des)necessidade de intimação do advogado constituído para a produção dos atos investigatórios do inquérito e quais as consequências acarretadas na hipótese de inobservância da intimação. Para tanto, é necessário analisar também o que dispõe a Súmula Vinculante nº 14:

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. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 14. Dje 09 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>> Acesso em: 15 de jun. de 2020.

Resta evidenciado, a partir da análise do artigo 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB, bem como de seus incisos e parágrafos supracitados, além da Súmula Vinculante 14, que o advogado, ainda que em procedimento de caráter inquisitorial, deverá ter pleno acesso aos atos investigativos já realizados, podendo, inclusive, fazer apontamentos em meio físico ou digital.

Ressalta-se, porém, que não há discussão no que diz respeito à uma possível obrigatoriedade da presença do advogado constituído durante a produção dos atos investigativos. É notório que as referidas alterações trazidas pela Lei 13.245/16 dizem respeito tão somente ao direito do advogado de participar de tais atos, não havendo referência alguma a obrigatoriedade de sua presença.

Desta forma, Renato Brasileiro (2020, p. 208) se manifesta:

(...) é bem verdade que a Lei n. 13.245/16 já havia alterado o Estatuto da OAB para prever expressamente o direito de o advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI, 1ª parte). Mas daí não se poderia concluir, ao menos à época, pela obrigatoriedade da presença de advogado durante o interrogatório policial. Ora, fosse necessária a presença de advogado no interrogatório policial, a mudança legislativa deveria ter sido introduzida pela Lei n. 13.245/16 no âmbito do Código de Processo Penal, diploma normativo que regulamenta o interrogatório policial, e não no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Na verdade, o que o Estatuto da OAB passou a rever foi tão somente a impossibilidade de se negar ao advogado presente o direito de acompanhar interrogatórios realizados em sede policial.

Dito isso, é inegável que, visando atender somente as ressalvas do art. 7º da Lei 13.245 e da Súmula n. 14, nenhuma nulidade se acarretaria da ausência da defesa técnica no momento do interrogatório ou dos demais atos investigativos praticados durante a fase de inquérito. Não há, no entanto, menção expressa quanto à (des)necessidade de intimar o advogado constituído da realização de tais atos. Diante deste *vacatio legis*, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em recurso de agravo regimental, na Petição n. 7.612, da seguinte forma:

AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. PARTICIPAÇÃO DA DEFESA DO INVESTIGADO NA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. LEI 13.245/2016. MITIGAÇÃO DO CARÁTER INQUISITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE QUESITOS. IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. As alterações promovidas pela Lei 13.245/2016 no art. 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados representam reforço das prerrogativas da defesa técnica no curso do inquérito policial, sem comprometer, de modo algum, o caráter inquisitório da fase investigativa preliminar. 2. Desse modo, a possibilidade de assistência mediante a apresentação de razões e quesitos não se confunde com o direito subjetivo de intimação prévia e

tempestiva da defesa técnica acerca do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial. 3. Agravo regimental desprovido.

(Supremo Tribunal Federal, Petição 7.612, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 12/03/2019, Segunda Turma.)

Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342425440&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

É manifesto, portanto, que não haveria nulidade alguma, quanto mais nulidade absoluta, na ausência de intimação prévia do advogado dos atos investigatórios, nem mesmo interrogatório, se buscarmos observar somente uma conformidade quanto ao artigo 7º, incisos XIV e XXI, e parágrafos 10, 11 e 12 do EOAB. Neste sentido, o Ministro Relator Edson Fachin explica, minuciosamente, em seu voto ainda quanto à Petição 7.612:

É que a medida defensiva elencada no art. 7º, XXI, da Lei 8.906/1994 não conferiu ao advogado o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial, mas, em seu restrito limite semântico, apenas contemplou o auxílio técnico a investigado no que tange aos depoimentos orais. Convém assinalar, de outra parte, que as alterações legislativas determinadas implicaram em reforço das prerrogativas da defesa técnica, sem, contudo, comprometer o caráter inquisitório da fase investigativa preliminar. Logo, ao contrário do que pretende fazer crer a defesa técnica, a determinação legislativa não imprime à autoridade policial a incumbência de trazer a defesa técnica para o seio da investigação criminal, tampouco impõe-lhe a obrigatoriedade de participação nas apurações, mas, em verdade, de não criar óbice a que o advogado preste assistência ao investigado na colheita de depoimentos quando patente e expresso tal interesse, que pode ser evidentemente concretizado com a apresentação de razões e quesitos.

(Supremo Tribunal Federal, Petição 7.612, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 12/03/2019, Segunda Turma.)

Disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342425440&ext=.pdf>>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

Sob o mesmo viés, Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 212) disserta a respeito da (des)necessidade de intimação do advogado na fase de inquérito, no tocante do ato investigativo da reconstituição do fato delituoso:

Tratando-se o inquérito policial de procedimento de natureza inquisitorial, não se faz necessária a intimação do investigado ou de seu advogado para participar da reconstituição do fato delituoso feita em sede de investigação policial. Obviamente, caso a reprodução simulada dos fatos ocorra na fase judicial, a validade dessa prova estará condicionada à observância do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

O mesmo pode ser dito sobre demais atos investigativos realizado na fase de caráter inquisitorial, como o exames periciais, reconhecimento de pessoas e coisas, etc., que prescindem da participação, bem como da intimação prévia, do advogado para que sejam perfeitamente válidos. Ocorre que, recentemente, a entrada em vigor da Lei 13.869, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, trouxe importantes alterações concernentes ao interrogatório em sede de inquérito policial. Vejamos:

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:

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

LEI 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019: Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do DL 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Disponível

em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)

[2022/2019/lei/L13869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm)>. Acesso em: 16 de jun. de 2020.

Desta forma, é possível observar que apesar do entendimento da doutrina em consonância com as decisões do Supremo Tribunal Federal, que dispõe quanto a não obrigatoriedade de intimação prévia da defesa técnica dos atos investigatórios do inquérito, uma vez invocada sua presença pelo acusado durante o interrogatório, é imprescindível que somente seja continuado o ato mediante sua presença.

A Lei de Abuso de Autoridade, que entrou em vigor em 03 de janeiro de 2020, trouxe a hipótese de aplicar pena de detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa ao agente que prosseguir com o interrogatório de acusado que tenha constituído defesa técnica, sem a presença de seu advogado. Desta maneira, resta evidente que, uma vez constituída a defesa, não mais será possível interrogar o acusado, ainda que em sede de inquérito, sem a intimação prévia de seu advogado, para que este possa estar presente em tal ato.

É correto afirmar, portanto, que o artigo 15 da Lei 13.869/19, em seu parágrafo único, inciso II, veio como forma de garantir o cumprimento da salvaguarda legal trazida pelo artigo 7º, incisos XIV e XXI, parágrafos 10, 11 e 12 da Lei 13.245/16, bem como da Súmula Vinculante 14.

Em que pese a penalização da coibição da participação do advogado no interrogatório em sede de inquérito, através do prosseguimento do ato sem sua presença, torna-se necessária sua intimação. É notório que a ausência de intimação prévia da defesa torna quase inviável sua participação no ato.

A partir do reconhecimento da necessidade de intimar o advogado para o ato do interrogatório, é evidente que a inobservância desta intimação tornará imperfeito

o ato investigatório em questão. Como já analisado anteriormente, no item 04.2, que dispõe acerca das nulidades no âmbito processual penal, a imperfeição de um ato acarretará a sua nulidade, seja ela relativa ou absoluta, uma vez que comprovado o prejuízo consequente a essa imperfeição.

É bem verdade que o inquérito policial é procedimento administrativo de caráter meramente informativo. É primordial, contudo, que sejam analisadas as particularidades dos atos praticados na etapa inquisitorial. Ao passo que alguns atos investigatórios fiquem restritos a esta fase, outros serão produzidos como provas antecipadas que serão posteriormente incorporadas ao processo judicial. São elas as provas cautelares e as provas não repetíveis.

Ante a necessidade de incorporá-las ao processo, surge a necessidade de avaliar quanto a (in)validade que terão posteriormente. Desta maneira, é imprescindível produzir tais atos em total conformidade com o ordenamento legal, para que futuramente possam ter validade quando de seu uso como prova processual.

O interrogatório policial realizado em fase de inquérito é frequentemente usado como prova e até mesmo como fundamentação subsidiária à sentença. Assim sendo, a inobservância da intimação prévia e, conseqüentemente, a presença do defensor constituído no momento de interrogatório do acusado, acarretará nulidade de tal ato, que posteriormente poderá ocasionar uma nulidade até mesmo no âmbito processual, na hipótese do uso deste interrogatório como prova antecipada.

Conclui-se, portanto, que será inválido o ato investigatório do interrogatório em sede de inquérito policial quando não houver intimação da defesa constituída. O mesmo não poderá ser aplicado no que concerne aos demais atos investigatórios da fase pré-processual de regime inquisitorial.

06. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O inquérito policial trata-se de procedimento administrativo, de natureza inquisitorial e caráter informativo, presidido pela figura do delegado de polícia. Por ter caráter inquisitorial, não é mandatória a observância dos princípios processuais penais durante sua execução.

Apesar de produzir atos investigativos que posteriormente podem ser usados como provas antecipadas e, até mesmo, como fundamento subsidiário da sentença, estes atos serão praticados sem a observância dos princípios de contraditório e ampla defesa. Se, *a posteriori*, forem integrados como prova no processo judicial, atenderão aos princípios de contraditório e ampla defesa postergados, a fim de que se tornem válidos.

Ao analisar o artigo 7º, incisos XIV e XXI, e parágrafos 10, 11 e 12 da Lei 13.245 de 2016, bem como a Súmula Vinculante 14, surge o questionamento acerca da (in)validade dos atos praticados na fase de inquérito policial sem a intimação da defesa constituída ainda em fase de inquérito policial, tema do presente trabalho.

Sabemos que o inquérito policial é regido pelo sistema inquisitorial, e, em regra, não abre margem para uma participação ativa da defesa, uma vez que não atende aos princípios processuais penais que incidem na fase processual. No entanto, os dispositivos legais supramencionados dispõem quanto à obrigatoriedade de permitir ao advogado constituído amplo acesso aos atos investigativos produzidos em sede de inquérito e, inclusive, fazer apontamentos físicos ou digitais.

Isto posto, concluiu-se que tais normas não expressam quanto à (des)necessidade de intimação prévia da defesa quanto à realização de tais atos e, nem mesmo, dispõem quanto à (in)validade dos atos praticados sem tal intimação.

Entretanto, com o advento da Lei 13.869 de 2019, que dispõe sobre o abuso de autoridade, surgiu a tipificação penal da conduta do agente que prossegue com o interrogatório do acusado que possua defesa constituída, sem a presença de seu patrono. Ora, se para que seja válido, nesta hipótese, o interrogatório imprescindivelmente deve contar com a presença do defensor técnico, é evidente que haverá necessidade de intimá-lo previamente para que este possa atender ao momento de realização de tal ato.

Desta forma, passa a ser notório que o interrogatório realizado em fase de inquérito, na hipótese de haver defensor constituído, tornar-se-á ato imperfeito na eventualidade da inobservância da intimação prévia do advogado. Deparamo-nos, então, com uma futura nulidade absoluta do interrogatório executado em fase de inquérito sem a intimação da defesa.

A nulidade, neste caso, será absoluta, porquanto não é sanável o vício da ausência de intimação do advogado e consequente ausência dele durante a execução do ato investigatório em questão.

É verdade que a nulidade no âmbito do inquérito policial nada acarretaria, visto que o inquérito em si é peça meramente informativa. Ocorre que muitos dos atos investigativos procedidos nesta fase são usados *a posteriori* no processo judicial. Por conseguinte, o ato investigatório imperfeito pode originar a nulidade deste enquanto prova judicial.

Conclui-se, portanto, que é absolutamente nulo o interrogatório executado em sede de inquérito policial sem a intimação da defesa constituída. Tal nulidade não se aplica aos demais atos investigatórios procedidos na fase pré-processual inquisitiva.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Rio de Janeiro. Campus, Elsevier, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de jun. de 2020.

BRASIL. Presidência da República. Lei 8.906 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da OAB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acesso em 15 de jun. de 2020.

Capez, Fernando Curso de processo penal / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. “Mera informatividade” do inquérito policial é um mito. Revista Consultor Jurídico, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-29/academia-policia-mera-informatividade-inquerito-policial-mito>> Acesso em: 15 de jun. de 2020.

CASTRO, Henrique Hoffman Monteiro de. Inquérito policial se sujeita a nulidades que contaminam o processo. Revista Consultor Jurídico, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-24/academia-policia-inquerito-policial-sujeita-nulidades-processo-penal>> Acesso em: 15 de jun. de 2020.

COUCEIRO, João Cláudio. A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio, Revista dos Tribunais, 2004.

DAURA, Anderson Souza. Inquérito Policial – Competência e Nulidade de Atos de Polícia Judiciária, Juruá, 2009.

Gonçalves, Victor Eduardo Rios. Direito processual penal esquematizado / Victor Eduardo Rios Gonçalves, Alexandre Cebrian Araújo Reis – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção Esquematizado / coordenador Pedro Lenza).

Greco Filho, Vicente Manual de processo penal / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LEI 13.869, DE 5 DE SETEMBRO DE 2019: Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei 8.906, de 4 de julho de

1994; e revoga a Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do DL 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em: 16 de jun. de 2020.

Lima, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPODIVM, 2020.

Lopes Jr., Aury Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. Revista dos Tribunais, 2006.

Pacelli, Eugênio Curso de Processo Penal / Eugênio Pacelli. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

Silva, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual / Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPODIVM, 5. Ed., revista, ampl. e atualiz. 2020.

Supremo Tribunal Federal. Informativo STF. Brasília, 6 a 10 de out. de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo523.htm>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 14. Dje 09 de fev. de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>> Acesso em: 15 de jun. de 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal, Saraiva, 2010.