



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE LAVRAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PEDRO NILTON ASSIS

**AS NULIDADES DA AÇÃO PENAL EM DECORRÊNCIA DE VÍCIOS NO
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO POLICIAL**

LAVRAS-MG

2020

PEDRO NILTON ASSIS

**AS NULIDADES DA AÇÃO PENAL EM DECORRÊNCIA DE VÍCIOS NO
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO POLICIAL**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras como parte
das exigências do curso de graduação
em Direito.

Orientadora: Prof^a. Me. Walkiria de
Oliveira Castanheira

LAVRAS-MG

2020

Ficha Catalográfica preparada pelo Setor de Processamento Técnico
da Biblioteca Central do UNILAVRAS

A848n Assis, Pedro Nilton.
As nulidades da ação penal em decorrência de vícios no
procedimento administrativo policial/ Walkiria de Oliveira
Castanheira. – Lavras: Unilavras, 2020.
46.

Monografia (Graduação em Direito) – Unilavras, Lavras,
2020.
Orientador: Profa. Walkiria de Oliveira Castanheira.

1. Inquérito policial. 2. Procedimento investigatório. 3.
Polícia judiciária. 4. Contraditório Diferido. I. Castanheira,
Walkiria de Oliveira (Orient.). II. Título.

PEDRO NILTON ASSIS

**AS NULIDADES DA AÇÃO PENAL EM DECORRÊNCIA DE VÍCIOS NO
PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO POLICIAL**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Lavras, como parte das
exigências do curso de graduação em
Direito.

APROVADO EM: 10/11/2020.

ORIENTADORA

Prof^a. Me. Walkiria de Oliveira Castanheira

MEMBRO DA BANCA

Prof. Pós-Dr. Denílson Victor Machado Teixeira/ UNILAVRAS

**LAVRAS-MG
2020**

RESUMO

Introdução: O estudo em questão vem para desmontar o entendimento majoritário da doutrina acerca das nulidades no inquérito policial e sua incidência em âmbito do processo penal. Para tanto, aborda-se as características, finalidades e a tipicidade do ato processual que, se desrespeitada pode ensejar em nulidades.

Objetivo: O intento é desmontar a concepção uníssona da doutrina e jurisprudência apresentando contraproposta aos argumentos rígidos acerca do inquérito policial e a incidência de nulidades no seu bojo. **Metodologia:** O presente trabalho tem como finalidade a pesquisa descritiva, tendo em vista o meio de investigação a pesquisa bibliográfica, usando abordagem quantitativa.

Conclusão: Tal pesquisa permitiu concluir que o entendimento predominante da doutrina deve ser discutido, tendo em o reducionismo dado ao inquérito policial, em face da tese das nulidades.

Palavras-chave: inquérito policial; procedimento investigatório; polícia judiciária; contraditório diferido; tipicidade do ato processual; nulidades; medidas cautelares; provas não repetíveis.

ABSTRACT

Introduction: The study in question comes to dismantle the majority understanding of the doctrine about nullities in the police investigation and its impact on criminal proceedings. For that, the characteristics, purposes and typicality of the procedural act are approached, which, if disrespected, can lead to nullities.

Objective: The aim is to dismantle the unified conception of doctrine and jurisprudence by presenting a counter-proposal to the rigid arguments about the police investigation and the incidence of nullities in its core. **Methodology:** The purpose of this paper is to do descriptive research, with a view to investigating bibliographic research, using a quantitative approach.

Conclusion: Such research allowed to conclude that the predominant understanding of the doctrine must be discussed, taking into account the reductionism given to the police inquiry, in view of the nullity thesis.

Keywords: police inquiry; investigative procedure; judiciary Police; deferred contradictory; typicality of the procedural act; nullities; precautionary measures; non-repeatable evidence.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. REVISÃO DE LITERATURA	9
2.1. CONCEITOS SOBRE A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	9
2.1.1. O Inquérito Policial	12
2.1.1.1. <i>Polícia Judiciária</i>	14
2.1.1.1.1. Funções da Polícia Judiciária, Investigativa e Administrativa.....	14
2.1.2. Natureza Jurídica do Procedimento Investigatório	16
2.1.3. Finalidade do Inquérito Policial	17
2.1.4. Características do Inquérito Policial	19
2.1.4.1. <i>Procedimento escrito</i>	19
2.1.4.2. <i>Procedimento sigiloso</i>	20
2.1.4.3. <i>Procedimento inquisitivo ou inquisitorial</i>	21
2.1.4.3.1. Sujeição do Inquérito Policial ao Contraditório Diferido.....	23
2.1.4.4. <i>Procedimento oficial (oficialidade)</i>	28
2.1.4.5. <i>Procedimento oficioso (oficiosidade)</i>	28
2.1.4.6. <i>Procedimento discricionário (discricionariedade)</i>	28
2.1.4.7. <i>Procedimento indisponível (indisponibilidade)</i>	31
2.1.4.8. <i>Procedimento dispensável</i>	31
2.1.4.9. <i>Procedimento de autoridade pública</i>	32
2.1.5. Valor Probatório Relativo	32
2.2. O QUE A DOUTRINA MAJORITÁRIA ENTENDE PELOS VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL – NULIDADES X INQUÉRITO POLICIAL.....	33
2.2.1. Tipicidade do ato processual	34
2.2.2. Nulidades processuais – Conceito e Noções Básicas	36
2.2.2.1. <i>Classificação das Nulidades</i>	36
2.2.2.1.1. Meras Irregularidades.....	37
2.2.2.1.2. Nulidades Relativas.....	37
2.2.2.1.2.1. Princípios relacionados às Nulidades Relativas	38
2.2.2.1.3. Nulidades Absolutas.....	39
2.2.2.1.4. Atos Inexistentes	39
2.2.3. Função Preservadora do Inquérito Policial	40
2.2.4. Da violação de direitos e garantias fundamentais	41
2.3. DAS MEDIDAS CAUTELARES CONDENSADAS NO INQUÉRITO POLICIAL .	42
2.3.1. Interceptação Telefônica	42
2.3.2. Mandado de Busca e Apreensão	45
2.3.3. Medidas Irrepetíveis	46
3. CONSIDERAÇÕES GERAIS	47
4. CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	52

1. INTRODUÇÃO

De antemão, importa dizer que o presente estudo objetiva confrontar o entendimento majoritário da doutrina acerca do inquérito policial, e apresentar a exceção que, banalmente, não é ensinada nos manuais de processo penal, ou que, deliberadamente é deixada de lado. Aqui, o questionamento serve de base para atribuir maior importância ao procedimento investigatório durante a persecução criminal. Isto, na medida de suas características e finalidade de apuração da verdade dos fatos, para contrariar ações penais pretensivas fundadas em vícios de atos processuais.

Nesse ínterim, deve-se atentar ao que dispõe a doutrina majoritária sobre o inquérito policial, desde seu conceito, finalidade, características, assim como aos vícios contidos no inquérito que irão, no futuro, invalidar os meios de prova. Sabidamente, o juiz em sua sentença é abastecido de informações de autoria, materialidade e provas que irão deliberar a condenação ou não do indivíduo ora acusado (ou, investigado). Porquanto, em regra, segundo entendimento maciço entre os doutrinadores, não há que se falar em declaração de nulidade de atos no inquérito policial, por ser considerado procedimento administrativo, por não estar sujeito ao contraditório e ampla defesa, etc. No entanto, deve haver cuidado neste tipo de afirmação, pois há sim exceção. Por estas, pode-se dizer que medidas cautelares, v.g., proferidas no curso do inquérito policial que extrapolam as formalidades legais (leia-se, requisitos, formas prescritas em lei) que não atendam a tipicidade processual dos atos, podem, na ação penal que dele provir, acarretar a nulidade de determinada prova ou, em casos extremos, do processo.

Portanto, é equivocado dizer que no inquérito policial são produzidos tão somente elementos informativos, mas veja, existem ao menos duas possibilidades de produção de provas durante a fase investigatória, quais sejam, as medidas cautelares e medidas irrepitíveis. Quanto às medidas cautelares, a presente pesquisa se ateve em exemplificar a conceituação e requisitos básicos (tipicidade processual do ato, que deve ser respeitada) das interceptações telefônicas e do mandado de busca e apreensão.

Dessa forma, a contradição doutrinária reside em continuar propalando que aquilo que não foi submetido à contraditório não pode ser considerado como prova. Não obstante, afirmar de maneira contundente que no inquérito policial não há de se falar em contraditório e ampla defesa, também se faz errôneo e ultrapassado. É de se concordar que realmente da maneira que são reproduzidos nas doutrinas não há tais garantias no inquérito, tendo em vista que é premissa de ambos uma relação jurídica processual.

É notável, portanto, que a presente pesquisa visa confrontar a convicção doutrinária concernente à natureza dispensável do inquérito e seu reducionismo perante à persecução criminal.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1. CONCEITOS SOBRE A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Primordialmente, cabe dizer, como sugere Pacelli (2018), que a persecução penal é dever funcional do Estado. Portanto, sendo praticadas as infrações penais, o ente estatal se incumbe na função de apurar e esclarecer os fatos de modo que possa delimitar a autoria delitiva. Assim sendo, o art. 2º da Lei 12.830/2013 trata da investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia, determinando que a função investigativa seja privativa do Estado. Dessa forma, têm-se que: (BRASIL, 2013)

Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Partindo para concepções prévias, diz a doutrina de Aury Lopes Jr. (2018) que a investigação preliminar fora mantida pelo legislador da década de 40, quando da feitura do Código de Processo Penal Brasileiro, segundo a qual faz parte da chamada fase pré-processual. Do mesmo modo, o autor assevera que vários são os procedimentos que derivam como espécies de investigação preliminar, como as sindicâncias, as comissões parlamentares de inquérito e os inquéritos policiais, por exemplo. Faz-se pertinente ressaltar a importância das atividades do Estado direcionadas à investigação preliminar, de modo que os órgãos estatais agem impulsionados por uma notícia-crime, sugerindo pressuposto preparatório ao processo. Ou seja, as atividades investigativas presididas pelo Estado tem como escopo a apuração de fatos e autorias, assim como, e principalmente, para “justificar o processo ou o não processo.” (LOPES JR, 2018, p. 74)

Na mesma esteira, Aury Lopes Jr. (2018) conduz sua ótica para os fundamentos que ensejam a existência de uma investigação preliminar e os motivos pelos quais o inquérito policial é necessário em momento anterior ao processo. Assim, o autor traz, inicialmente, três pontos que assentam tal entendimento, quais sejam, a busca do fato oculto, a função simbólica e o filtro

processual. O primeiro, nos termos do jurista gaúcho, Lopes Jr., significa dizer que:

“o crime, na maior parte dos casos, é total ou parcialmente oculto e precisa ser investigado para atingir-se elementos suficientes de autoria e materialidade (*fumus commissi delicti*) para oferecimento da acusação ou justificação do pedido de arquivamento.” (LOPES JR, 2018, p. 74)

A função simbólica, por sua vez, surge para dispensar a impunidade do meio social maculado pela conduta de um autor delituoso. Ou seja, o inquérito policial, por exemplo, edifica-se como resposta estatal quando do momento de um crime, dissuadindo que condutas semelhantes ou proibidas por lei sejam reiteradas por outros membros da sociedade. Portanto, o simbolismo significa a visibilidade dada ao Estado quando age no âmbito de apuração e punição do crime.

Por fim, o filtro processual para Aury Lopes Jr. (2018) exprime que:

“a investigação preliminar serve como filtro processual para evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa.” (LOPES JR, 2018, p. 75)

Além disso, Pacelli (2018) enumera que o Código de Processo Penal atribui aos órgãos de segurança da Administração Pública, a capacidade para investigar os crimes comuns praticados e os autores que os praticam. O autor elucida que conforme acusa a literalidade da Lei 12.830/2013, os atos investigativos do Estado são reservados à polícia judiciária. No entanto, resta saber que estes atos não são de prerrogativa única do Delegado de Polícia, sendo que outros membros da Administração Pública podem utilizar-se de instrumentos de investigação, como sindicâncias e comissões parlamentares de inquérito, como bem citado anteriormente. Nesse sentido, o Código de Processo Penal em seu art. 4º ressalta competências investigativas de autoridades administrativas distintas do Delegado de Polícia, assim:

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.
Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (BRASIL, 1941)

Impende destacar, que a Lei 12.830/2013 esclareceu apenas a competência do Delegado de Polícia quanto às investigações criminais. Desta maneira, no que entende Pacelli (2018), assim como a doutrina majoritária, a investigação promovida pela polícia judiciária, se perfaz apenas para o colhimento de elementos de informação capazes de formar o convencimento (opinio delicti) do Ministério Público, titular da ação penal. Ou seja, a fase de investigação, conforme entendimento majoritário da doutrina, tem natureza apenas administrativa, não sendo o inquérito policial, por exemplo, “indispensável à propositura de ação penal, podendo a acusação formar o seu convencimento a partir de quaisquer outros elementos informativos”. (PACELLI, 2018, p. 62). Desse modo, autoridades administrativas, podem, v.g., instaurar sindicâncias ou processos administrativos, capazes de averiguar fatos, e com base nestes, oferecer material probatório suficiente para dar robustez à denúncia que será oferecida pelo Ministério Público.

Neste momento, importante levantar breve discussão quanto ao objeto tendente à mudanças futuras, como a atuação do contraditório e ampla defesa, ainda durante a fase investigativa. Conforme o ilustre professor Eugênio Pacelli, “do ponto de vista da jurisprudência nacional, o tema pode não despertar maiores indagações, estando ali assentada”. (PACELLI, 2018, p. 63). No entanto, o autor abre reflexão para a importância do contraditório e ampla defesa, como sendo de ordem constitucional.

Por esta razão, Pacelli (2018) assevera ser útil a aplicação do contraditório à fase investigativa, uma vez que inúmeros processos seriam evitados pelo defensor técnico, quando apresentados materiais probatórios suficientes capazes de influir sob a perspectiva do Delegado ou, já mais adiante, do Ministério Público, enfraquecendo ou evitando o oferecimento de denúncias desnecessárias.

Por fim, o autor arremata:

“Em relação às provas periciais, então, reiteramos que o contraditório já deveria ser realizado, e o quanto antes, particularmente para aquelas hipóteses em que o objeto da perícia (corpo de delito) corra o risco de perecimento no tempo ou de alteração substancial de suas características mais relevantes.” (PACELLI, 2018, p. 64)

Assim, sob a perspectiva de Pacelli (2018), é de se concordar que deve haver mudança do regramento vigente, com intento de assegurar maior participação da defesa, durante o procedimento investigatório, v.g., na elaboração de laudo técnico, tendo em vista que não implicaria em prejuízo ao inquérito policial, como decidiu a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando julgou o HC nº 69.405-SP, de relatoria do Ministro Nilson Naves, em 23 de outubro de 2007.

2.1.1. O Inquérito Policial

No que tange ao inquérito policial, infere-se pelo que dispõe Renato Brasileiro de Lima (2017), que tal procedimento administrativo é tido como “inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial”. (LIMA, 2017, p. 105). Nessa linha o autor assevera ser o inquérito policial o conjunto de diligências, empreendidas pela polícia judiciária. Por esta, entende-se ser a Polícia Civil, no que respeita ao âmbito Estadual, e Polícia Federal, concernente à Justiça Federal, objetivando a apuração de infrações penais e suas respectivas autorias (art. 4º do CPP). (PACELLI, 2018, p. 64). Assim, o inquérito policial visa, conforme Lima (2017), colher elementos informativos e identificar provas, relativamente à autoria e materialidade da infração penal cometida, possibilitando que o parquet se municie da ação penal de sua titularidade em juízo.

Isto posto, Lima (2017) traz à baila que a destinação do inquérito policial se perfaz no esclarecimento dos fatos descritos pela notícia crime (notitia criminis), de modo que forneça robustez ao oferecimento da denúncia, para o prosseguimento da persecução penal pelo Ministério Público, ou seu devido arquivamento. Por este aspecto, tido pelo autor como de caráter instrumental, a doutrina o divide em duas funções, quais sejam:

“a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado;
b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo.” (LIMA, 2017, p. 105)

Para tanto, Aury Lopes Jr. (2018) discorre tratar-se de modelo de investigação preliminar ao processo penal, na medida da atuação das polícias Estaduais ou Federais, a depender da competência para apurar a infração penal, no que se refere a sua autonomia e controle do procedimento investigativo. Por outro lado, relevante dizer que em dados momentos é dependente de intervenções judiciais para projetar medidas que restrinjam direitos fundamentais.

Nessa lógica, dá-se ênfase ao ilustre comentário do professor Fernando Capez (2018), em que denota o Ministério Público como sendo destinatário imediato do inquérito policial, tendo em vista ser órgão titular da ação penal pública, nos termos do inciso I do art. 129 da Constituição Federal, assim: (BRASIL, 1988)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Prosseguindo, Capez (2018) indica ainda o ofendido, também como destinatário imediato, quando titular de ação penal privada, idêntico ao que dispõe o art. 30 do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: (BRASIL, 1941)

Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

Por outro lado, têm-se o juiz constituído como destinatário mediato. Este, por sua vez, segundo Capez (2018), “se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu

convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.” (CAPEZ, 2018, p. 111).

2.1.1.1. Polícia Judiciária

2.1.1.1.1. Funções da Polícia Judiciária, Investigativa e Administrativa

De antemão, resta saber que a doutrina majoritária, reduz as forças policiais de segurança pública, precipuamente em duas funções mais relevantes, as administrativas e judiciárias. E, por estas, pode-se dizer haver também distinção constitucional, como será apresentado adiante.

Ante a breve introdução, Fernando Capez (2018) se faz minucioso ao distinguir, primeiramente, as funções administrativas e judiciárias. Segundo Capez (2018), a função administrativa, compreendida também como de segurança, são aquelas de caráter preventivo, atribuídas usualmente pela doutrina às polícias ostensivas, como as polícias militares dos Estados, cujo objetivo é impedir a prática de infrações penais, visando evitar atos lesivos aos bens jurídicos individuais e coletivos como um todo. Importante dizer, que as polícias administrativas atuam “com grande discricionariedade, independentemente de autorização judicial”. (CAPEZ, 2018, p. 111) Por outro lado, têm-se as polícias judiciárias, cuja função, basicamente, é a de auxiliar o Poder Judiciário, na forma de seu caráter repressivo, quando os atos preventivos das polícias administrativas não foram suficientes para inibir as infrações penais praticadas. Diz-se também, como Lima (2017), que cumpre à polícia judiciária apurar a autoria e materialidade das infrações penais, de modo que propicie ao titular da ação penal, Ministério Público, elementos informativos suficientes para iniciar a persecução penal em juízo.

Diante disso, hodiernamente, a doutrina majoritária faz referência à distinção entre as funções de polícia judiciária e funções de polícia investigativa. Ademais, nota-se a diferenciação feita pelo art. 144 da Constituição Federal, quando disciplina as funções da Polícia Federal, em que compete à ela, como polícia investigativa, “apurar infrações penais” (§ 1º, I). Assim como, deve cumprir sua função de polícia judiciária nos termos do § 1º, IV, do mesmo artigo, incumbindo à Polícia Federal “exercer, com exclusividade,

as funções de polícia judiciária da União”. (BRASIL, 1988). Por esta razão, Norberto Avena assevera:

“Como se vê, a CF distingue, nos dois casos, as funções de polícia judiciária da atribuição de apurar infrações penais – esta última consistente na chamada polícia investigativa.” (AVENA, 2018, p. 168)

Importante dizer que, Avena (2018) consubstancia seu entendimento ao denotar a mesma distinção no, já citado, art. 2º, da Lei 12.830/2013. Nesse sentido, quando das explanações sobre a investigação preliminar verificou-se haver a incidência do art. 4º, caput, do Código de Processo Penal, ao definir as funções da polícia judiciária. No entanto, o autor aponta que a regra contida no CPP não fora recepcionada pela Carta Magna, em razão de entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com base no art. 144, § 1º, I e IV, e Lei 12.830/2013, que as funções, únicas e exclusivas, de polícia judiciária, não são as de investigação criminal, mas sim de apuração das infrações penais e suas autorias. Portanto, como já visto, o parágrafo único do art. 4º, do Código de Processo Penal, denota que as investigações criminais podem também ser realizada por outras autoridades administrativas, ou, como melhor aponta Norberto Avena (2018), “também, por outros órgãos que tenham atribuições constitucionais e legalmente previstas para tanto”. (AVENA, 2018, p. 168). Mais do que isso, podem ser citados como exemplos, a função investigativa do Ministério Público, conferida constitucionalmente pelo art. 129, VIII, e as comissões parlamentares de inquérito, realizadas pelo Poder Legislativo, por meio de autorização prevista no art. 58, § 3º, da CF.

Em resumo, funções de polícia judiciária e investigativa não se confundem, ao menos através da distinção constitucional. Para tanto, Lima (2017), sem desvios arremata:

“Destarte, por funções de polícia investigativa devem ser compreendidas as atribuições ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações penais. A expressão polícia judiciária está relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandados de prisão, busca e apreensão, condução coercitiva de testemunhas, etc.” (LIMA, 2017, p. 109)

Portanto, pelo que dispõe a Constituição Federal, há de se compreender a clara distinção entre as funções de polícia judiciária e as polícia investigativa.

Apesar disso, sob a ótica de Lima (2017), ainda prevalece, para a doutrina majoritária, o entendimento de que as funções investigativas e judiciárias se confundem quando se refere à apuração das infrações penais. Nesta linha, o Supremo Tribunal Federal através da súmula vinculante 14 dispõe: (BRASIL, 2009)

“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.”

Por fim, Renato Brasileiro de Lima (2017) conclui ao dizer que “independentemente dessa discussão, é certo dizer que as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por autoridades policiais”. (LIMA, 2017, p. 109).

2.1.2. Natureza Jurídica Do Procedimento Investigatório

Com relação à natureza jurídica do inquérito policial, pode-se dizer que, segundo a melhor doutrina de Lopes Jr. (2018), tal procedimento investigatório é tido como sendo meramente administrativo e pré-processual. Assim, de maneira sucinta, o autor arremata:

“A atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo. Como explica MANZINI, **só pode haver uma relação de índole administrativa entre a polícia**, que é um órgão administrativo igual ao MP (quando vinculado ao Poder Executivo), **e aquele sobre quem recaia a suspeita de haver cometido um delito.**” (LOPES JR, 2018, p. 75, grifo nosso)

Na mesma esteira, Lima (2017), assevera que o inquérito policial se perfaz em procedimento administrativo, não sendo, portanto, “processo judicial,

nem tampouco de processo administrativo, porquanto dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção”. (LIMA, 2017, p. 105). Por esta razão, não há que se falar em dialeticidade processual, garantida sob os princípios do contraditório e ampla defesa.

Por este ângulo, Távora (2016) aponta a relevância da distinção entre procedimento e processo administrativo, uma vez que “processo é uma relação jurídica animada por um procedimento em contraditório.” (TÁVORA, 2016, p. 28). Disso, o autor extrai duas inferências; a primeira, se consuma na ideia de que à todos processos, judiciais ou administrativos, são assegurados o contraditório e ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, não havendo contraditório no inquérito policial, impende dizer não existir a caracterização de um processo. E, num segundo momento, Távora (2016), delimita haver liame entre processo e procedimento, haja vista o primeiro pressupor o segundo, na medida que procedimento é tido como o conjunto de atos administrativos, não constituindo-se como processo, por não haver a incidência, como supracitado, de contraditório.

2.1.3. Finalidade Do Inquérito Policial

Conforme entendimento sucinto de Fernando Capez (2018), em sua obra, têm-se que:

“A finalidade do inquérito policial é a apuração de fato que configure infração penal e a respectiva autoria para servir de base à ação penal ou às providências cautelares.” (CAPEZ, 2018, p. 115)

Diante disso, quando praticado um delito, nasce para o Estado a possibilidade, segundo Greco (2017), do Direito Penal Subjetivo, ou seja, a pretensão de punir (*ius puniendi*) através de mandamentos do Poder Judiciário, que irão ensejar a *persecutio criminis in iudicio*, naquele sujeito que tenha praticado um “fato típico, antijurídico e culpável.” (GRECO, 2017, p. 39). Em vista disso, Lima (2017) assevera ser o inquérito policial indispensável para colheita de elementos de informação que darão robustez quanto à autoria

delitiva e sua materialidade, quando do uso do poder-dever de punir do Estado. Por consequência, para se iniciar um processo crime contra alguém, Lima (2017) diz ser necessário haver “ um lastro probatório mínimo apontando no sentido da prática de uma infração penal e da probabilidade de o acusado ser o seu autor.” (LIMA, 2017, p. 106).

Em razão disso, Renato Brasileiro de Lima (2017) demonstra a importância do inquérito policial como sendo o instrumento utilizado pelo Estado para colheita de elementos informativos que viabilizarão ao titular da ação penal, Ministério Público, a possibilidade de oferecimento da denúncia, havendo justa causa para o processo criminal (*fumus comissi delicti*), assim como, confere segurança para que inocentes não sejam acusados injustamente e sofram com a humilhante cerimônia criminal.

Diz-se ainda, no entender de Lima (2017), que os elementos informativos são fundamentais para, além de formar a convicção acusatória do Ministério Público, dar ensejo à matérias probatórias durante a investigação criminal. Ou seja, “para que 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.” (LIMA, 2017, p. 106).

Dando continuidade ao raciocínio, Lima (2017) diferencia o procedimento investigatório da instrução em juízo, dado que o primeiro objetiva colher elementos informativos suficientes para o titular da ação penal propor denúncia, o segundo, por outro lado, visa buscar provas que darão legitimidade para o Estado utilizar-se do *ius puniendi* ou do direito de defesa. Isto, em face das alterações introduzidas no art. 155 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/08, que diz:

"O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as **provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**". (LIMA, 2017, p. 107, grifo do autor)

Por conseguinte, Lima (2017), eleva o entendimento majoritário da doutrina, quando assevera que os elementos informativos são produzidos

durante o inquérito policial, sem que necessariamente haja obrigatoriedade quanto ao contraditório e ampla defesa. Por outro lado, o autor compreende prova, como os elementos de convicção produzidos durante a fase processual. Sendo que, neste caso, se faz necessária a incidência da dialeticidade das partes, como garantia dos princípios do contraditório e ampla defesa. Neste caso, nos dizeres de Lima (2017), o contraditório se faz necessário, na medida dos termos seguintes:

“O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas, de modo que, caso não sejam produzidas em contraditório, exigência impostergável em todos os momentos da atividade instrutória, não lhe caberá a designação de prova.” (LIMA, 2017, p. 107)

Para tanto, o contraditório figura, no processo, condição de validade para existência daquilo que pode ser considerado prova, sempre à espreita do juiz e das partes.

2.1.4. Características Do Inquérito Policial

Vistas as finalidades do inquérito policial, nota-se essencial o aprofundamento das características do inquérito policial. Portanto, os tópicos a seguir se dedicarão, ainda que brevemente, a apresentação do que compreende a doutrina majoritária como essencial nas variadas características do procedimento investigatório ora estudado.

2.1.4.1. Procedimento Escrito

De antemão, lança-se o preconizado pelo art. 9º do Código de Processo Penal: (BRASIL, 1941)

“Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.”

A partir disso, Lima (2017) enaltece a discussão trazida pelos novos juristas e doutrinas, no que tange à utilização de outros recursos de registro de depoimentos, ainda que não sejam mencionados pelo Código de Processo Penal. Isto, por óbvio, tendo em vista a época (década de 1940) de entrada em vigor do Decreto-Lei. Portanto, Lima (2017) cita o art. 405, § 1º, do Código de Processo Penal como forma de aplicação subsidiária, quando da utilização de novos métodos tecnológicos no inquérito policial. Assim, nos termos do § 1º da norma supracitada, tem-se que: (BRASIL, 1941)

art. 405. §1º. “Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.”

Em resumo, a doutrina majoritária compreende o inquérito policial como sendo um procedimento escrito, mas não exclui outras possibilidades tecnológicas de registro de depoimentos que dêem fidedignidade aos fatos do delito.

2.1.4.2. Procedimento Sigiloso

Por sua vez, trata-se o inquérito policial como um procedimento sigiloso, na medida do que assevera o ilustre Norberto Avena (2018), quando diz que durante o curso da investigação criminal existe a possibilidade de imunizar de sigilo as diligências e a própria peça investigativa, ao contrário do processo criminal regido precipuamente pelo princípio da publicidade (salvo em situações excepcionais). Assim, o autor complementa:

“Essa possibilidade inerente ao inquérito decorre, principalmente, do fato de que o êxito das investigações policiais prende-se, em muito, ao elemento surpresa nas diligências realizadas e ao fato de que as provas colhidas no inquérito são produzidas no estrépito dos acontecimentos, vale dizer, quando ainda não houve a possibilidade de o investigado maquiar os fatos, como muitas vezes ocorre na fase judicial.” (AVENA, 2018, p. 174)

Dessa forma, conforme preceitua o art. 20 do Código de Processo Penal, a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Por consequência, o direito dos cidadãos de obter informações de órgãos públicos, prescritos no inciso XXXIII, do art. 5º da Constituição Federal, encontra percalço quando necessário o sigilo que sustente a segurança da sociedade e do próprio Estado. Por óbvio, como Capez (2018) elucida “o sigilo não se estende ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária”. (CAPEZ, 2018, p. 117). No que tange ao advogado, os Ministros da Suprema Corte brasileira, no dia 2 de fevereiro de 2009, editaram a Súmula Vinculante nº. 14, por nove votos contra dois, ao determinar 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”. (BRASIL, 2009).

A inferência que se faz é de que a publicidade, para o defensor, é admissível apenas para elementos já documentados. Portanto, com relação aos elementos em fase de produção, ou seja, àqueles que não foram colhidos e documentados, serão sigilosos, inclusive para o advogado.

2.1.4.3. Procedimento Inquisitivo Ou Inquisitorial

Pode-se dizer que a caracterização do inquérito policial como um procedimento inquisitivo ou inquisitorial, se dá pela concentração de poderes, das atividades persecutórias (investigativas ou apuratórias), na figura de uma autoridade (Delegado de Polícia). Por esta razão, a investigação criminal, como procedimento inquisitivo objetiva servir como amparo para o oferecimento da denúncia ou queixa-crime. Quanto à atuação da autoridade policial, persiste para a doutrina majoritária, assim como para Capez (2018), o entendimento de que se faz necessária a “provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria.” (CAPEZ, 2018, p. 119).

Dessa forma, têm-se para a massiva doutrina processual penal que não há no inquérito policial a incidência das garantias do contraditório e ampla

defesa, haja vista ser o procedimento investigativo de natureza administrativa, assim como pelo fato de que por não haver acusação, não há de se falar em defesa. Nesta esteira o Código de Processo Penal é contundente em seu art. 14, assim:

Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. (BRASIL, 1941)

Para tanto, segundo a doutrina de Nestor Távora (2016) é possível reafirmar a característica inquisitiva do inquérito policial, isto, mais uma vez pelo que predispõe o CPP em seu art. 107, ao dizer que “não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal.” (BRASIL, 1941).

Tão logo, o entendimento majoritário entre os autores processualistas diz haver apenas um inquérito sujeito ao contraditório, qual seja aquele instaurado pela Polícia Federal, a pedido do Ministro da Justiça, visando à expulsão de estrangeiro (art. 70 da Lei nº. 6.815/80).

No entanto, após a Lei nº. 13.245/2016 alterar o inciso XXI do art. 7º da Lei nº. 8.906/1994 (EOAB), surgiu o questionamento por parte da doutrina sobre o inquérito policial como sendo inquisitorial, assim como, se haveria nesta alteração incidência da garantia do contraditório. E, de maneira categórica Norberto Avena (2018) refuta tal indagação:

“Equivocada essa linha de pensamento. E isso por uma razão básica, consistente no fato de que a alteração determinada pela Lei 13.245/2016 incidiu apenas sobre o Estatuto da Advocacia, contemplando como direito do advogado o de assistir o investigado no curso da investigação criminal (inquérito policial, investigação do Ministério Público etc.). O legislador não alterou, portanto, o Código de Processo Penal ou qualquer outra lei processual penal especial, o que teria providenciado caso fosse sua intenção a de assegurar ampla defesa e contraditório na fase investigativa.” (AVENA, 2018, p. 173, grifo nosso).

Prosseguindo, Avena (2018) assevera ser a Lei nº. 13.245/2016 instrumento normativo relevante quanto à prerrogativa conferida ao advogado, na medida de uma garantia dada ao cliente quando da apuração das infrações

penais, como forma de estabelecer sanção às medidas tomadas por parte da autoridade que preside a investigação, uma vez que por esta seja negado pedido de tal garantia. Melhor dizendo, Távora (2016) complementa, que cumpre “imaginar que apenas haverá tal nulidade quando o advogado pretender participar dos interrogatórios ou depoimentos e for impedido de fazê-lo.” (TÁVORA, 2016, p. 31). Disto, é possível interpretar facilmente que o legislador alterou norma exclusiva contida no rol de prerrogativas do advogado, em que só figurará tal nulidade quando houver violado o direito, previsto em Lei, pela autoridade presidente da investigação.

A inferência que se faz, portanto, segundo entendimento majoritário da doutrina, é a de que a alteração do Estatuto da Advocacia (Lei nº. 8.906/1994) não conduz o afastamento da natureza inquisitiva do inquérito policial, ou à incidência do contraditório, uma vez que estamos diante de fase investigativa (ou melhor, de apuração da infração penal) destituída de acusação.

2.1.4.3.1. Sujeição Do Inquérito Policial Ao Contraditório Diferido

De antemão, importa dizer que o inquérito policial, como um procedimento investigativo, como vislumbrado nos tópicos anteriores, e, segundo a massiva doutrina e jurisprudência, não admite os institutos do contraditório e ampla defesa, “pois se trata este de procedimento inquisitorial, destinado à produção de provas que sustentem o ajuizamento de ação criminal.” (AVENA, 2018, p. 70).

Sem embargos, cumpre aprofundar, ainda que brevemente, o que a doutrina compreende por contraditório diferido.

De toda sorte, ao debruçar-se sobre o estudo do princípio do contraditório, notadamente tal postulado perpassa pela conceituação doutrinária de Avena (2018), que diz:

“Trata-se do direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional.” (AVENA, 2018, p. 69)

No que tange ao contraditório diferido ou postergado, pode-se dizer que o momento de ciência do investigado ou acusado, em determinados casos, é posterior à tomada de tal decisão no decorrer da investigação ou processo. Logo, a inferência que se faz é a de que “a urgência da medida ou a sua natureza exige um provimento imediato e inaudita altera parte”. (AVENA, 2018, p. 70). Sendo assim, a decretação de prisão preventiva, o sequestro de bens e as interceptações telefônicas, por exemplo, devem ser comunicadas somente após o que se pretendia com a medida, no curso do inquérito. Para tanto, aprofundamentos, neste sentido, serão feitos em tópicos adiante.

Dito isto, impende destacar que parte da doutrina tem se inclinado à concepção de que durante as investigações preliminares, seja o inquérito policial presidido pela autoridade policial, Delegado de Polícia, ou o PIC (procedimento investigatório criminal) produzido pelo Ministério Público, há a incidência do contraditório diferido e a garantia de ampla defesa. Isto, não somente pela alteração do EOAB pela Lei nº. 13.245/2016, mas, por óbvio, pelo que preleciona a Constituição Federal de 1988, na medida do que dispõe o inciso LV do art. 5º, assim: (BRASIL, 1988)

“art. 5º. LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Sendo assim, Renato Brasileiro de Lima (2017) assevera que o inciso supracitado “não pode ser objeto de interpretação restritiva”. (LIMA, 2017, p. 117). Para tanto, da expressão “processo administrativo” pode-se naturalmente, através de hermenêutica extensiva, abranger as investigações preliminares, na figura do inquérito policial, como sendo procedimento de natureza administrativa. Do mesmo modo, quando o inciso LV faz menção aos “acusados”, dever-se-á considerar também os investigados ou indiciados, de todo modo que a interpretação correta conduz à aplicação do contraditório diferido na fase investigativa. Assim, o fato de ser mencionado “acusados” no inciso não se faz pertinente restringir a aplicação de um direito constitucional (contraditório diferido), mesmo que com alcance menor do que o contraditório em fase processual. Por esta razão, a alegação de ser o indivíduo considerado

suposto autor ou partícipe de um crime, quando do inquérito policial, já configura sentido amplo à imputação realizada. Dessa forma, Renato Brasileiro arremata:

“Logo, com o objetivo de se extrair a máxima eficácia do referido dispositivo constitucional, o ideal é concluir que qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso, o constituinte empregou a expressão acusados em geral, abrangendo não apenas aquele contra quem foi instaurado um processo penal, mas também o indivíduo que figura como provável autor (ou partícipe) do fato delituoso, é dizer, o sujeito passivo da investigação preliminar.” (LIMA, 2017, p. 117)

Por conclusão, não se deve restringir somente à fase judicial a aplicação da ampla defesa e do contraditório diferido, ainda que limitado aos elementos de informação já constante nos autos do inquérito.

Prosseguindo tal linha, Lima (2017) traz à baila o entendimento que tem ganhado força em meio às doutrinas, uma vez que assegura força ao inquérito e segurança jurídica ao acusado ou investigado, no que tange a sua defesa, nos seguintes termos:

“À luz do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e em estrita harmonia com uma tendência crescente de jurisdicionalização do processo administrativo, assim compreendida a inserção das garantias do devido processo legal no âmbito processual administrativo, **a garantia do contraditório deve, sim, ser inserida na investigação criminal, ainda que de maneira diferida e restrita**, dando-se ciência ao investigado - e a seu defensor - exclusivamente dos elementos informativos documentados, resguardando-se, logicamente, o sigilo quanto aos atos investigatórios ainda em andamento, tanto na deliberação quanto na sua prática, quando o direito à informação inerente ao contraditório puder colocar em risco a própria eficácia da diligência investigatória (Lei nº 8.906/94, art. 7º, § 11, incluído pela Lei nº 13.245/16).” (LIMA, 2017, p. 118, grifo nosso)

A partir disso, frisa-se a importância do direito do investigado ou acusado estar sendo cientificado quanto às investigações e imputações provenientes de notitia criminis contra si. Assim sendo, importa dizer que o contraditório diferido encontra previsão também no inciso LXIII do art. 5º da CF/88, ao dizer: (BRASIL, 1988)

“art. 5º. LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

Dessa forma, pode-se dizer que o Código Penal como instrumento de coerção estatal para as práticas de infrações penais que o é, persiste em suas reprimendas uma linha autoritarista, que se cala, por exemplo, acerca do direito de ser informado daquele indivíduo investigado ou indiciado, v.g., na medida de sua omissão, não se nega tal direito ao suspeito. Assim, quando da leitura do inciso LXIII do art. 5º da CF/88, nota-se que aos sujeitos que forem presos estão assegurados, inclusive, o direito de permanecerem calados. Para tanto, infere-se, também por interpretação extensiva da norma, que o preso, “aí compreendido o suspeito, investigado ou indiciado, preso ou em liberdade, tem o direito de ser ouvido pela autoridade responsável pelas investigações.” (LIMA, 2017, p. 118). Por derradeiro, em remate ao pensamento, Lima (2017) assevera que ainda detentor do direito de se silenciar, garantido constitucionalmente, ao indivíduo resguarda-se também o direito de se pronunciar perante a autoridade policial. Por óbvio, não pode haver, portanto, a conclusão do procedimento investigatório sem que o preso possa apresentar a própria exposição dos fatos, na medida de que, com isso, se utilize do direito de autodefesa.

Em desfecho, Renato Brasileiro de Lima (2017) finda brilhantemente sua concepção:

“Impõe-se, pois, a observância do contraditório, pelo menos em relação ao direito à informação, a fim de que o imputado, assistido pela defesa técnica (v.g., requerendo diligências, apresentando razões e quesitos), possa exercer a autodefesa por meio do interrogatório policial oferecendo resistência à pretensão investigatória e coercitiva estatal, atuando no sentido de identificar fontes de prova favoráveis à defesa ou, ao menos, capazes de atenuar a pena que eventualmente venha a ser imposta ao final do processo. A propósito, o acesso do advogado aos autos da investigação preliminar consagrado pela súmula vinculante nº 14 funciona como evidente exemplo de manifestação do direito de informação que constitui o primeiro momento do contraditório.”
(LIMA, 2017, p. 118, grifo nosso)

Outrossim, conclui-se que não encontra pertinência a restrição feita ao direito de defesa do acusado somente quando da fase processual, haja vista que durante o procedimento investigatório o advogado pode utilizar-se do exercício de defesa endógeno, seja pela oitiva do acusado, como forma de autodefesa (direito de audiência), por quaisquer diligências requeridas à autoridade (Delegado de Polícia), como preceitua o art. 14 do Código de Processo Penal, ou, pelo que dispõe o art. 7º, inciso XXI, “a” da Lei nº. 8.906/94, após alteração de sua redação pela Lei nº. 13.245/2016, assim:

“Art. 7º São direitos do advogado:

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. (Incluído pela Lei nº 13245, de 2016)”. (BRASIL, 1994)

Assim, pode-se dizer que tal alteração vai além de atribuir prerrogativa aos advogados, mas também, e principalmente, de resguardar os direitos do acusado, à integridade física, moral e ao direito de se silenciar, na medida que esteja acompanhado por um advogado, não apenas durante o processo, mas sim por toda a persecução penal. Por fim, Lima (2017) arremata:

“Ficariam resguardados, assim, direitos e garantias fundamentais da pessoa humana sujeita à investigação, funcionando, a presença obrigatória de um defensor já num interrogatório policial, **como importante fator de dissuasão à adoção de práticas probatórias ilegais.**” (LIMA, 2017, p. 119, grifo nosso)

Isto, em razão de que o acusado (indiciado) de um inquérito policial encontra-se em situação de hipossuficiência perante a autoridade policial, na medida que esta carência seja guarnecida pela competência de um advogado, ainda na fase pré-processual, como forma de refutar a atuação autoritária do Estado, dita anteriormente. Portanto, infere-se que a simples presença do advogado durante a feitura do inquérito policial constitui à aplicação do contraditório diferido e o resguardo contra reprimendas desmedidas e ilegais de

autoridades afins de conseguir confissões ou provas por meio de tortura ou maus-tratos, contra o acusado.

2.1.4.4. Procedimento Oficial (Oficialidade)

A doutrina majoritária é taxativa quanto a característica da oficialidade do inquérito policial, uma vez que compreende tal instrumento como sendo de competência da polícia judiciária, seja Polícia Civil ou Federal, como órgãos oficiais responsáveis pelas atividades de investigação. De modo que, estas atividades não podem ser delegadas a particulares, “ainda que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido.” (CAPEZ, 2018. p. 118)

2.1.4.5. Procedimento Oficioso (Oficiosidade)

No que diz respeito a característica da oficiosidade, cumpre dizer que o inquérito policial se sucede por imposição legal constante no art. 5º, inciso I do Código de Processo Penal, que dita: (BRASIL, 1941)

“Art. 5º. Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
I- de ofício.”

Portanto, ante um delito de ação penal pública incondicionada o Delegado de Polícia, v.g., deve instaurar tal procedimento de ofício. De modos que as ações penais pública condicionadas e privadas não são abarcadas por esta característica.

2.1.4.6. Procedimento Discricionário (Discricionariedade)

De antemão, importa dizer que a discricionariedade conduz o Delegado de Polícia, autoridade policial, à liberdade de escolha de diligências quando do momento de apuração dos fatos. Portanto, “o delegado conduz as investigações da forma que melhor lhe aprouver, sempre buscando a eficiência na elucidação dos fatos investigados.” (TÁVORA, 2016, p. 35). Dessa forma, infere-se que, ao contrário da fase processual, em que deve haver observância

quanto ao rito procedimental, durante as investigações e feitura do inquérito policial, a autoridade de polícia pode determinar as diligências que considerar pertinentes para apuração do fato delituoso.

No mais, pode-se dizer que há no Código de Processo Penal um rol exemplificativo, nos arts. 6º e 7º, que delimitam algumas sugestões de diligências que podem ser tomadas por parte do Delegado de Polícia. No entanto, tais dispositivos não obrigam a autoridade seguir um rito procedimental determinado. Por conseguinte, se faz importante observar os exemplos de diligências trazidos por lei ao Delegado, assim: (BRASIL,1941)

“Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
 I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;
 II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;
 III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;
 IV - ouvir o ofendido;
 V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;
 VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;
 VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;
 VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;
 IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.
 X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.
 Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.”

Dito isto, Renato Brasileiro de Lima (2017) complementa:

“Tem-se, nos arts. 6º e 7º do CPP, apenas uma sugestão das principais medidas a serem adotadas pela autoridade policial, o que não impede que outras diligências também sejam realizadas.” (LIMA, 2017, p. 125)

Em vista disso, diz-se que o Delegado de Polícia realiza, no momento da investigação o denominado juízo de prognose, e, em momento posterior o juízo de diagnose, quando finalizado o inquérito incluirá no relatório, a partir dos elementos de informação e provas produzidas, sua conclusão acerca do fato delituoso.

Por fim, importa dizer que não se pode confundir a característica ora estudada “com arbitrariedade, pois não se poderia conceber que pudesse a autoridade policial adotar providências ao arrepio das normas constitucionais e infraconstitucionais que se mostrarem incidentes em determinados meios de prova.” (AVENA, 2018, p. 172) Sendo assim, conforme dispõe a Lei nº. 12.830/2013 em seu art. 2º, § 2º, o Delegado de Polícia, durante as investigações criminais, está incumbido de requisitar perícias, informações, documentos e dados que possam auxiliar na elucidação dos fatos. No entanto, tais diligências não devem usurpar dos regramentos contidos nas leis, tendo em vista que, ainda que tenha discricionariedade, a autoridade policial não pode requisitar medidas investigatórias como prisões temporárias, interceptações telefônicas e mandados de busca e apreensão, por exemplo, sem prévia autorização judicial. Em razão disso, Renato Brasileiro de Lima (2017) assevera que a “discricionariedade da autoridade policial não tem caráter absoluto”. (LIMA, 2017, p. 125) Isto, em compensação do que preleciona o art. 184 do Código de Processo Penal, assim: (BRASIL, 1941)

“Art. 184. Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade.”

Portanto, o Delegado de Polícia não pode negar, v.g., a realização de exame de corpo de delito ou quaisquer outras diligências que guardem relação com o caso concreto e que possam auxiliar em sua apuração. Em remate, Lima (2017) elucida que, “admite-se, a contrario sensu, o indeferimento de medidas

inúteis, protelatórias ou desnecessárias, o que, por cautela, deve ser feito motivadamente.” (LIMA, 2017, p. 125)

2.1.4.7. Procedimento Indisponível (Indisponibilidade)

A doutrina majoritária, assim como sob a ótica de Fernando Capez (2018) não admite objeção e diz o inquérito policial “é indisponível”. (CAPEZ, 2018, p. 119) Para tanto, o inquérito policial, como consta no art. 17 do Código de Processo Penal, não pode ser arquivado pelo Delegado de Polícia após ter sido instaurado, “sempre deverá ser concluído e encaminhado a juízo.” (AVENA, 2018, p. 174)

2.1.4.8. Procedimento Dispensável

O entendimento majoritário da doutrina confere ênfase à característica dispensável do inquérito, por ser este, peça meramente informativa, assim como nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2017) por atuar “como importante instrumento na apuração de infrações penais e de sua respectiva autoria, possibilitando que o titular da ação penal possa exercer o jus persecuendi in judicio, ou seja, que possa dar início ao processo penal.” (LIMA, 2017, p. 112)

A inferência que se faz reside no caráter acessório que a doutrina atribui ao inquérito policial, como se, de todo modo, fosse dispensável para propositura da ação penal. Tal crítica encontrará momento oportuno de aprofundamento durante o trabalho presente.

Sendo assim, faz-se pertinente citar o exemplo trazido pela doutrina majoritária acerca da dispensabilidade do inquérito policial, quando da apresentação de dispositivos do Código de Processo Penal, em especial o art. 39, § 5º, que “estabelece que o órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 (quinze) dias.” (LIMA, 2017, p. 113) Destarte, Nestor Távora (2016) complementa ao dizer:

“O inquérito destina-se, apenas, à colheita de elementos de informação relacionados à prova da materialidade e indícios de autoria ou participação. Caso o titular da ação penal já disponha de tais elementos, **não há necessidade de se recorrer ao inquérito**, cabendo-lhe, oferecer a ação penal.” (TÁVORA, 2016, p. 32, grifo nosso)

Portanto, não há relutância dizer que tal característica encontra-se assentada doutrinariamente, tendo em vista o entendimento voltado manifestamente neste sentido.

2.1.4.9. Procedimento De Autoridade Pública

Em conformidade com mandamento constitucional, constante no art. 144, § 4º, o Delegado de Polícia é a autoridade pública que preside o inquérito policial.

2.1.5. Valor Probatório Relativo

O inquérito policial, como instrumento investigativo do Estado, segundo concepção majoritária da doutrina, como já discutido, tem por finalidade subsidiar o titular da ação penal de substratos informativos suficientes que dêem força à propositura da ação penal. Sendo assim, Capez (2018) assevera que os elementos colhidos durante a investigação criminal detêm valor probatório relativo, em razão de que “os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito.” (CAPEZ, 2018, p. 120) Dessa forma, o Código de Processo Penal dispõe em seu art. 155, que quaisquer provas produzidas extrajudicialmente só terão validade como elemento de convicção do juiz quando de sua confirmação por outros dados investigativos colhidos na fase processual. Em face disso, o dispositivo diz: (BRASIL, 1941)

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.**” (grifo nosso)

Haverá posteriormente aprofundamento quanto às ressalvas trazidas por lei, em razão da influência exercida por tais medidas na ação penal.

2.2. O QUE A DOUTRINA MAJORITÁRIA ENTENDE PELOS VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL - NULIDADES X INQUÉRITO POLICIAL

Segundo entendimento predominante dos doutrinadores o inquérito policial por ser peça capaz de produzir apenas elementos informativos, “eventuais vícios dele constantes não têm o condão de contaminar o processo penal a que der origem”. (LIMA, 2017, p. 1613) Portanto, a compreensão majoritária acerca do inquérito policial propaga-se no sentido de que possíveis nulidades contidas no procedimento investigatório não tem aptidão suficiente de macular o processo penal futuro. Isto, muito se deve ao fato de que doutrina e jurisprudência asseguram ser o inquérito apenas peça administrativa que tem como finalidade principal formar a opinio delicti do Ministério Público, titular da ação penal. Dessa forma, Lima (2017) arremata tal concepção da seguinte maneira:

“Havendo, assim, eventual irregularidade em ato praticado no curso do inquérito, mostra-se inviável a anulação do processo penal subsequente.” (LIMA, 2017, p. 1613)

Por outro lado, Aury Lopes Jr. (2018) assevera haver um reducionismo da importância do inquérito policial perante à persecução penal. Assim, o autor contraria o entendimento majoritário dizendo:

“O fato de o inquérito ter natureza administrativa não é um argumento válido, pois não o blindo contra as garantias processuais e constitucionais, na medida em que o próprio art. 5º, LV, da CF estende a incidência à fase de investigação. Ademais, o princípio do devido processo legal tem plena incidência em qualquer procedimento ou processo administrativo (ou por acaso o direito administrativo e os respectivos procedimentos não reconhecem nulidades?). Mais do que nunca, qualquer procedimento administrativo é pautado pela estrita legalidade dos atos da administração.” (LOPES JR., 2018, p. 606)

Não se pode olvidar que, como já visto, quando do estudo da sujeição ao contraditório diferido, o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretado de maneira extensiva, sendo assim, o inquérito policial está abarcado pela expressão “processo administrativo” pelo dispositivo supramencionado.

Posto isto, importa dizer que o entendimento majoritário, por óbvio, sobrepõe tais discordâncias. Apesar disso, o presente estudo objetiva exatamente refutar o pensamento predominante ensinado nos manuais de processo penal, uma vez que haverá momentos descaracterizadores do pensamento hegemônico acerca da dispensabilidade do inquérito, bem como de seu reducionismo frente à *persecutio criminis*. Em vista disso, considera-se oportuno o aprofundamento relativamente às provas irrepetíveis e medidas cautelares proferidas no curso do inquérito, que poderão se transmutar em nulidades durante a fase processual. Portanto, medidas cautelares, v.g., que não atendam à tipicidade do ato processual podem acarretar a nulidade de determinada prova, e, por vezes, do processo. Por esta razão, adiante a pesquisa ingressa na essência da contraposição ao entendimento majoritário.

2.2.1. Tipicidade Do Ato Processual

Para o presente enfoque, se faz indispensável o estudo da tipicidade do ato processual, uma vez que serve de fundamento à coerção estatal, na forma de nulidades, para atos ilegais tomados durante a persecução penal.

Em razão disso, cumpre dizer que, normalmente se ouve falar em tipicidade quando do estudo de Direito Penal, “compreendida como a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador.” (LIMA, 2017, p. 1565) No entanto, a tipicidade processual surge para garantir segurança jurídica aos atos processuais, sem que haja prejuízos ao acusado (investigado) no que tange aos direitos e garantias fundamentais à ele inerentes. Sendo assim, Lima (2017) conceitua a tipicidade do ato processual da seguinte forma:

“A tipicidade corresponde à ideia de que o ato processual deve ser praticado em consonância com a Constituição Federal e

com as leis processuais penais, assegurando-se, assim, não somente às partes, como a toda a coletividade, a existência de um processo penal justo e em consonância com o princípio do devido processo legal.” (LIMA, 2017, p. 1565)

Pode-se dizer que a tipicidade dos atos processuais serve como instrumento capaz de levar o direito positivo à sua aplicação aos casos concretos. Portanto, as atividades do Estado, exercida por seus órgãos (PC, PF e MP, v.g.), devem obedecer os ditames legais, para caucionar que procedimentos e processos tenham provimentos finais condizentes aos princípios constitucionais. Por esta razão, Aury Lopes Jr. diz que “a forma processual é, ao mesmo tempo, limite de poder e garantia para o réu.” (LOPES JR., 2018, p. 598) Prosseguindo neste pensamento o autor relata haver importância no binômio limitação do poder/garantia, uma vez que o Estado detém limites de atuação impostos pelo processo penal, mas que concomitantemente, a forma (leis imperativas ao poder punitivo estatal) serve de garantia ao imputado. Em função disso, a doutrina explana, assim como Renato Brasileiro de Lima (2017), que “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.” (LIMA, 2017, p. 1566)

Em remate, a tipicidade processual do ato nada mais é do que a subsunção do ato processual praticado à norma processual prevista. Diante disso, infere-se que quando praticado determinado ato processual há de se considerar o preenchimento dos requisitos de forma (neste caso, a obediência aos regramentos trazidos pelo Código de Processo Penal), e, quando não respeitados surge um ato formalmente atípico, gerador, ao mesmo tempo, de uma nulidade. Sob esta ótica Lima (2017) traz à baila exemplo constante no art. 212 do Código de Processo Penal, na medida que a lei dispõe requisitos para a colheita de depoimentos de testemunhas como “a forma de apresentação do rol de testemunhas, a forma de sua intimação, a ordem de oitiva, a sequência das perguntas formuladas, a participação subsidiária do juiz, etc.”. (LIMA, 2017, p. 1565) Dessa forma, o que se pretende é transfigurar as nulidades (atos formalmente defeituosos) em sanção às partes do processo,

para culminar na prática de atos regulares que possam produzir efeitos jurídicos legítimos.

2.2.2. Nulidades Processuais - Conceito E Noções Básicas

Após adentrar no estudo da tipicidade do ato processual, nota-se que da inobservância dos regramentos legais surgem as nulidades. E, por estas, Fernando Capez (2018) traz sublime e sucinta conceituação:

“Nulidade é um vício processual decorrente da inobservância de exigências legais capaz de invalidar o processo no todo ou em parte.” (CAPEZ, 2018, p. 692)

Em complemento, Pacelli (2018) corrobora dizendo:

“A declaração de nulidade seria, assim, a consequência jurídica da prática irregular de ato processual, seja pela não observância da forma prescrita em lei, seja pelo desvio de finalidade surgido com a sua prática.” (PACELLI, 2018, p. 708)

Ante o exposto, infere-se que a declaração de nulidade (vícios) dos atos processuais, configuram remédio à possíveis violações de direitos ao acusado (investigado), uma vez que a lei processual determina um itinerário procedimental a ser seguido. Dessa forma, Aury Lopes Jr. (2018) finda tal definição expondo que “o sistema de nulidades está a serviço do réu, pois o sistema de garantias constitucionais assim se estrutura, como mecanismo de tutela daquele submetido ao exercício do poder.” (LOPES JR., 2018, p. 599) Para tanto, resta saber que a finalidade principal da teoria das nulidades é garantir o devido processo legal ao imputado.

2.2.2.1. Classificação Das Nulidades

De antemão, resta saber que a doutrina classifica os vícios dos atos processuais em meras irregularidades, nulidades relativas, nulidades absolutas e atos inexistentes. Estes, aprofundados pelos tópicos a seguir.

2.2.2.1.1. Meras Irregularidades

As irregularidades são consideradas pela doutrina como vícios de menor escalão que podem alvejar os atos jurídicos, tendo em vista que contamina apenas elementos acidentais. Neste caso, Avena (2018) disserta que, “aqui, o ato existe, é válido e eficaz”. (AVENA, 2018, p. 997) O Código de Processo Penal exemplifica como mera irregularidade o disposto pelo art. 569, ao dizer: (BRASIL, 1941)

“Art. 569. As omissões da denúncia ou da queixa, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, **poderão ser supridas a todo o tempo**, antes da sentença final.” (grifo nosso)

Por conseguinte, infere-se que, as irregularidades, não atendem às formalidades (previstas em leis) infraconstitucionais, e, não são de interesse das partes no processo. Como também, diz-se, que são incapazes de gerar prejuízos significativos que possam anular o processo ou influenciar na sua produção de efeitos e finalidade. Dito isto, Fernando Capez (2018) ilustra algumas características que podem auxiliar na identificação de uma mera irregularidade, assim:

“(i) formalidade estabelecida em lei (norma infraconstitucional); (ii) exigência sem qualquer relevância para o processo; (iii) não visa garantir interesse de nenhuma das partes; (iv) a formalidade tem um fim em si mesma; (v) a violação é incapaz de gerar qualquer prejuízo; (vi) não invalida o ato e não traz qualquer consequência para o processo.” (CAPEZ, 2018, p. 692)

2.2.2.1.2. Nulidades Relativas

Por outro lado, quanto às nulidades relativas, pode-se dizer que atingem normas de ordem infraconstitucional de interesse privado de uma das partes, e não público. Neste caso, Capez (2018) elucida que “a formalidade é essencial ao ato, pois visa resguardar interesse de um dos integrantes da relação processual”. (CAPEZ, 2018, p. 693) Deduz-se, portanto, gerar prejuízo à parte que deve demonstrá-lo em momento oportuno durante o processo (art. 572, I do CPP). Há ainda de se mencionar que não é reconhecível de ofício e podem ser sanáveis. Nesta linha, Aury Lopes Jr. (2018) caracteriza os atos relativamente nulos através de quatro importantes referenciais, dessa forma:

“viola uma norma que tutela um interesse essencialmente da parte, ou seja, um interesse privado; não pode ser conhecida de ofício, dependendo da postulação da parte interessada; convalida com a preclusão; a parte deve demonstrar o prejuízo sofrido.” (LOPES JR., 2018, p. 593)

Portanto, nas nulidades relativas a parte que se sentir prejudicada deve comprovar a lesão alegada, produzindo provas capazes de corroborar a lesividade daquele ato.

2.2.2.1.2.1. Princípios Relacionados Às Nulidades Relativas

Quando do estudo das nulidades relativas surgem alguns princípios envoltos ao tema que exigem atenção. Notadamente, o primeiro a se mencionar é o princípio do prejuízo, também conhecido pela famosa expressão francesa “pas de nullité sans grief”, que encontra previsão no art. 563 do Código de Processo Penal, que diz: (BRASIL, 1941)

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

Assim, haverá nulidade relativa quando o prejuízo alegado pela parte (seja acusação ou defesa) reste comprovado.

O princípio da *pas de nullité sans grief* remete ao que poderia ser considerado, neste caso, como um sub-princípio, qual seja o princípio da instrumentalidade das formas, que segundo Capez (2018) “a forma não pode ser considerada um fim em si mesma, ou um obstáculo insuperável, pois o processo é apenas um meio para se conseguir solucionar conflitos de interesse, e não um complexo de formalidades sacramentais e inflexíveis.” (CAPEZ, 2018, p. 698) Portanto, há de se considerar a flexibilização deste rigorismo formal, quando da desobediência de determinada forma prevista em lei resultar na finalidade (objetivo) que se pretende com tal ato jurídico.

De outro modo, relevante se faz a citação do art. 566 do Código de Processo Penal que traz à baila o princípio da irrelevância do ato, segundo o qual se determinado ato não houver influído na fundamentação da decisão do juiz, que não o considerou para sua apuração, não há de se falar em declaração de nulidade.

2.2.2.1.3. Nulidades Absolutas

Já em sede de nulidades absolutas, pode-se dizer que são vícios que alcançam normas de interesse público, como sendo “aquelas que tutelam garantias ou matérias tratadas direta ou indiretamente pela Constituição Federal.” (AVENA, 2018, p. 995) Aqui, o ato é considerado, portanto existente, mas nunca válido ou eficaz. Dessa forma, Távora (2016) complementa dizendo que “podem ser reconhecidas pelo magistrado, de ofício, ou a requerimento das partes, sendo despicienda a demonstração do prejuízo, que já é presumido.” (TÁVORA, 2016, p. 784)

Nesta esteira, Aury Lopes Jr. (2018) elucida que a gravidade da atipicidade do ato processual das nulidades absolutas orientam sobremaneira à sua anulação, sendo reconhecida de ofício pelo juiz ou enquanto não precluir (através somente do trânsito em julgado) sua arguição, que pode ser a qualquer momento do processo.

2.2.2.1.4. Atos Inexistentes

Por fim, os atos inexistentes também denominados como “não atos” ou “fantasmas verbais”, não produzem efeitos jurídicos simplesmente pelo fato de que não existem. Por este ângulo, Eugênio Pacelli (2018) preleciona:

“Partindo da necessária superação da dificuldade que se apresenta para a definição – dizer o que é – de algo que não é, poderíamos situar o ato inexistente estritamente do ponto de vista de sua aptidão para a produção de efeitos no processo. Assim o ato existiria, enquanto praticado por alguém, mas, em relação ao processo, seria como inexistente, pela sua impossibilidade de gerar ou produzir efeitos.” (PACELLI, 2018, p. 710)

Em sua melhor doutrina, Pacelli (2018) diz serem atos incapazes de convalidação, e cita como exemplo as sentenças apócrifas (sem assinatura do juiz) como possível ato inexistente juridicamente.

2.2.3. Função Preservadora do Inquérito Policial

Chegado a este momento pode-se dizer que, após o estudo da característica inquisitiva do inquérito policial, impende elevar a importância de tal instrumento investigatório frente às nulidades suscitadas através de provas colhidas durante o procedimento, e, ao entendimento doutrinário majoritário que afirma ser mera peça administrativa/informativa, e dispensável.

Importante salientar que a função preservadora do inquérito policial foge ao entendimento majoritário da doutrina de função unidirecional, que compreende o procedimento investigatório por sua função preparatória ao processo, como visto, por ser reconhecido apenas como instrumento capaz de fornecer subsídios informativos relevantes para consubstanciar a opinião delicti de quem de direito (Ministério Público). Mas, mais do que isso, o inquérito policial em sua função preservadora é eficiente em frustrar acusações penais infundadas e, por vezes, sem menor fundamentações jurídicas que o corroborem.

Nesta esteira, o saudoso Norberto Avena (2018) assevera que “na atualidade, parte da doutrina vislumbra no inquérito, também, função

preservadora, relacionada ao objetivo de evitar futuras imputações levianas e infundadas.” (AVENA, 2018, p. 172)

2.2.4. Da violação de direitos e garantias fundamentais

Não se pode deixar de destacar, que em âmbito penal há incidência do trinômio (trilogia) poder-direito-processo, o qual detém intrínseca relação com o poder-dever de punir do Estado (*ius puniendi*). A partir disso, Norbert Aveno (2018) destaca que “o *ius puniendi*, enfim, será ao mesmo tempo a decorrência lógica e o objetivo principal do poder estatal, exercido por meio de um processo disciplinado por normas e princípios jurídicos.” (AVENA, 2018, p. 42) Disso, faz-se pertinente dizer que a aplicação de sanção estatal ao tipo penal correspondente, assim como os procedimentos elaborados para sua apuração, não podem ferir direitos e garantias fundamentais do acusado (investigado).

Por esta razão, não há de se falar em direitos e garantias fundamentais quando houver procedimentos calcados em atos jurídicos que não atendam à tipicidade processual do ato. Assim, a interpretação cabal deve conduzir à anulação de atos atentatórios aos direitos inerentes da pessoa acusada (investigada), tendo em vista que para a regular lisura do devido processo legal considera-se prudente uma hermenêutica extensiva quanto às diligências tomadas no inquérito policial. Isto, com a pretensão de ir ao encontro com o pensamento majoritário quanto à dispensabilidade do inquérito policial, que, em sua maioria confere informações de autoria e materialidade pertinentes ao fato delituoso. Portanto, o que se pretende com a fixação de garantias e direitos fundamentais, se funda exclusivamente no âmago da exceção não considerada pelas doutrinas, como as medidas cautelares, provas irrepetíveis e diligências que podem figurar como proteção à possíveis demandas judiciais infundadas e inverídicas, através, de como visto, da função preservadora do inquérito policial. Diante disso, eleva-se a notoriedade do procedimento investigatório policial, que busca não apenas subsidiar de informações o Ministério Público, mas também conferir autonomia para que as atividades policiais possam, por si só, garantir direitos individuais e fundamentais.

2.3. DAS MEDIDAS CAUTELARES CONDENSADAS NO INQUÉRITO POLICIAL

Aqui, impende dizer apenas que os próximos pontos que serão apresentados ilustrarão medidas e meios de prova que ensejam a possibilidade de nulidades contidas no inquérito policial serem decretadas no curso do processo penal, ocasionando, porventura, a anulação da instrução criminal.

2.3.1. Interceptação Telefônica

Não cabe, para o momento, o devido aprofundamento quanto às interceptações telefônicas, pois iria demandar tempo e fugiria ao proposto pela pesquisa. Para tanto, o presente estudo se atém ao conceito e requisitos (forma) previstos em lei, que se desatendidos no inquérito policial irão gerar nulidades na ação penal que dele deriva.

De antemão, lança-se o que a doutrina majoritária compreende por interceptações pela perspectiva da Lei nº. 9.296/1996, assim como pelo que preleciona Renato Brasileiro de Lima (2017) ao dizer:

“Sob o ponto de vista da Lei nº 9.296/96, interceptar uma comunicação telefônica não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. A expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação telefônica alheia, tendo conhecimento do conteúdo de tal comunicação. É da essência da interceptação a participação de um terceiro, que passa a ter ciência do conteúdo de uma comunicação telefônica alheia.” (LIMA, 2017, p. 724)

Dado seu conceito, é importante salientar que a interceptação telefônica lato sensu consiste em gênero que se subdivide em três espécies, quais sejam, a interceptação telefônica stricto sensu (em sentido estrito), escuta telefônica e gravação telefônica. Impende destacar que a interceptação em sentido estrito, segundo concepções de Norberto Avena (2018), se resume na captação de conversa telefônica, por um terceiro, que viola a conversa de dois ou mais comunicadores sem a anuência ou conhecimento de ambos. Por outro lado, quanto às escutas telefônicas há também violação de uma conversa entre duas

ou mais pessoas por um terceiro, mas que um ou mais interlocutores detém conhecimento da captação enquanto outro não. Por fim, nas gravações telefônicas, também conhecidas como gravações clandestinas, não há um terceiro violador da comunicação, e sim um dos interlocutores registra a conversa sem o conhecimento do outro. Para o momento, cumpre apenas saber tais distinções.

Quanto aos requisitos previstos (tipicidade do ato processual) impende destacar que o art. 2º da Lei nº. 9.296/1996 determina condições para a realização das interceptações, quais sejam: (BRASIL, 1996)

“Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.
Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.”

Do mesmo modo, a doutrina se atenta ao mandamento constitucional previsto no inciso XII do art. 5º, que determina prévia autorização judicial para a instauração da interceptação, assim como “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. (BRASIL, 1988) Nesse ínterim, Lima (2017) reproduz:

“Por força da Carta Magna, portanto, são pressupostos da interceptação telefônica: a) ordem judicial devidamente fundamentada; b) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; c) para fins de investigação criminal (medida cautelar preparatória) ou instrução processual penal (medida cautelar incidental).” (LIMA, 2017, p. 741)

A doutrina de Norberto Avena (2018) elucida que a autorização judicial só pode ser emanada pelo Poder Judiciário, nada consta na lei de poderes a autoridades distintas, como membros do Ministério Público ou Delegados de Polícia. Portanto, somente o juiz competente pode proferir autorização

determinando as interceptações telefônicas, conforme o art. 1º, caput, da Lei nº. 9.296/1996, que diz: (BRASIL, 1996)

“Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do **juiz competente** da ação principal, sob sigilo de justiça.” (grifo nosso)

Quanto à justificativa ser adequadamente fundamentada (art. 2º, parágrafo único, Lei nº. 9.296/1996), Norberto Avena (2018) brilhantemente arremata:

“Isto quer dizer que a decisão judicial deve referir objetivamente o fato sob apuração (natureza, local, forma de cometimento etc.); os indícios de autoria ou participação desta pessoa no crime; a referência à linha telefônica objeto da interceptação (número da linha) e, por fim, a identificação da pessoa investigada ou processada ou os motivos que o impossibilitam de fazê-lo. **A ausência desses elementos invalida a decisão judicial e acarreta, em consequência, a ilicitude das provas resultantes da captação.**” (AVENA, 2018, p. 472, grifo nosso)

Por fim, se faz relevante a menção à falta de ordem judicial, como prescreve a lei, na medida que esta ausência implica na ilicitude das provas produzidas por meio da interceptação telefônica, o que configura crime tipificado pelo art. 10 da Lei nº. 9.296/1996, com preceito secundário tipificando tal conduta com pena de dois a quatro anos de reclusão e multa.

Por outro lado, outro requisito apresentado pelo art. 1º da Lei nº. 9.296/1996 concomitantemente ao disposto pelo art. 5º, XII da Constituição Federal, consiste na produção de provas por meio de interceptações telefônicas em âmbito de investigação criminal (durante o inquérito policial) e em instrução processual penal (processo criminal). À vista disso, Avena (2018) conclui que a natureza jurídica do procedimento de interceptação telefônica é eminentemente cautelar, sendo compreendida, portanto, como preparatória (emanada na fase investigatória) ou incidental (quando já houver tido o aceite da denúncia ou queixa dando início ao processo).

Nesse sentido, como dedução lógica, há de se concordar que não sendo respeitados tais requisitos básicos, possivelmente as provas produzidas por meio de interceptação telefônica serão, no bojo da instrução criminal, consideradas nulas, seja relativa ou absoluta, a depender do caso.

2.3.2. Mandado de Busca e Apreensão

É comum que leigos façam confusão quanto à busca e apreensão como se fossem a mesma coisa. No entanto, Renato Brasileiro de Lima (2017) apresenta a diferenciação dizendo que “a busca consiste na diligência cujo objetivo é o de encontrar objetos ou pessoas. A apreensão deve ser tida como medida de constrição, colocando sob custódia determinado objeto ou pessoa.” (LIMA, 2017, p. 712) É passível entre as doutrinas o entendimento que o objetivo do mandado de busca e apreensão é a obtenção de provas materiais. Diante disso, podem ser citados como requisitos, ou, ao menos como um rol exemplificativo de situações que irão ensejar à busca domiciliar, àqueles dispostos pelos arts. 240 e 243 do Código de Processo Penal. Neste sentido, Lima (2017) assevera:

“A expedição de mandado de busca domiciliar está condicionada à presença de fundadas razões, sendo indispensável a presença de elementos informativos apontando que uma das coisas ou pessoas citadas no art. 240, § 1º, do CPP, encontra-se no interior da casa sujeita à diligência. De acordo com o art. 243 do CPP, o mandado de busca deverá: I- indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrer-la ou os sinais que a identifiquem; II- mencionar o motivo e os fins da diligência; III- ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir. Ademais, se houver ordem de prisão, constará do próprio texto do mandado de busca (CPP, art. 243, § 1º). (LIMA, 2017, p. 718)

Por esta razão, mais uma vez há a incidência de possibilidade geradora de nulidade, caso não respeitados os requisitos legais.

2.3.3. Medidas Irrepetíveis

As provas não repetíveis ou também denominadas de provas irrepetíveis ou não renováveis, são os meios de prova que devem estar sujeitos ao inquérito policial, podendo perecer se for deixado para momento posterior. Aqui, o incidente de produção antecipada de prova conduz os atos que seriam, segundo a doutrina, meramente de investigação à provas, que posteriormente não poderiam ser realizadas senão naquele momento. No entender de Aury Lopes Jr. (2018) tal produção antecipada de prova deve ser justificada por casos extremos em que se não produzida a prova se perderia ou sua repetição seria inviável, a exemplo do art. 225 do Código de Processo Penal. Dessa forma, Lopes Jr. (2018) apresenta os requisitos que considera pertinentes para antecipação de produção de provas, quais sejam:

“a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença; b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova. Presentes os requisitos, o incidente deve ser praticado com a mais estrita observância do contraditório e direito de defesa, logo 158: a) em audiência pública, salvo o segredo justificado pelo controle ordinário da publicidade dos atos processuais; b) o ato será presidido por um órgão jurisdicional; c) na presença dos sujeitos (futuras partes) e seus respectivos defensores; d) sujeitando-se ao disposto para a produção da prova em juízo, ou seja, com os mesmos requisitos formais que deveria obedecer o ato se realizado na fase processual; e) deve permitir o mesmo grau de intervenção a que teria direito o sujeito passivo se praticada no processo.” (LOPES JR., 2018, p. 104)

Em última análise, qualquer desatenção ao que predispõe tais requisitos, pode-se dizer que haverá a anulação de determinada prova quando da instrução criminal.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Posto isto, devido às considerações apresentadas sobre o inquérito e o que entende a doutrina sobre as nulidades no seu bojo, pode-se dizer que, notadamente, é possível que vícios contidos no inquérito policial afetem o processo penal.

O presente estudo teve intento de atribuir maior importância ao inquérito policial. Isto, fundado na indagação proposta pelo mesmo, de que um eventual vício no inquérito teria o condão de contaminar a ação penal futura. Tal questionamento se faz muito relevante, muito pelo fato do entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência quanto a ligação entre inquérito e processo penal.

Pode-se dizer que o entendimento, quase uníssono, dos doutrinadores atuais, diz respeito à concepção de que o inquérito policial não apresenta contraditório, e sim um contraditório diferido. Além disso, outro obstáculo a ser ultrapassado pela pesquisa em questão, se baseia na afirmação de que o procedimento investigatório tem como finalidade apenas subsidiar a opinião delicti do Ministério Público, titular da ação penal, que irá oferecer a denúncia, pedir o arquivamento ou, caso entenda ser necessário determinadas complementações, solicitar novas diligências ao Delegado de Polícia. Este, portanto, é o entendimento que se pretende pôr abaixo. Aqui, vê-se notoriamente o reducionismo dado ao procedimento investigatório das polícias judiciárias, afirmando de maneira contundente que o inquérito policial serve apenas para fornecer elementos informativos para o parquet decidir se oferece a denúncia ou não.

Outro ponto crucial da pesquisa se dá à tese das nulidades de atos no inquérito policial. No entanto, há de se mencionar que existem também exceções. Como regra doutrina e jurisprudência afirmam que os vícios ocorridos no inquérito policial não maculam o processo penal, ou seja, não continuam sendo nulidades ao chegar no processo penal, que bastaria um simples desentranhamento dos autos. Neste ínterim, a exceção se dá através das provas insuscetíveis de repetição (provas irrepetíveis), aquelas pelas

quais, se não produzidas no inquérito, não serão reproduzidas no processo. Em razão disso, doutrinadores defendem que é possível analisar eventuais vícios, nesse sentido, durante o processo penal. Por outro lado, quaisquer outras ilegalidades não iriam macular o processo penal e se conteriam apenas ao âmbito do inquérito policial.

Aqui, a crítica surge no sentido de que haverão situações complexas, senão teratológicas. Bom exemplo está no auto de prisão em flagrante, quando há determinado vício na prisão de determinado suspeito (autor ou partícipe) não há de se falar em nulidades no processo penal, visto que o procedimento tem força apenas para analisar a liberdade ou não do indivíduo. Portanto, tal nulidade não irá acarretar prejuízos para o processo criminal, mas sim terá condão apenas de relaxar a prisão em flagrante e seu não convertimento em prisão preventiva. Este ponto de vista encontra-se ultrapassado, pelo fato de que na maioria das situações o inquérito compõe as denúncias, influenciando sob a condenação ou absolvição do réu. Isto, portanto, deve ser levado em consideração pela relevância e a íntima relação entre inquérito e processo penal. O procedimento feito na fase pré-processual é claramente utilizado com muita ênfase para consubstanciar as condenações.

É necessário que o inquérito policial seja valorado, tendo em vista que auxilia na convicção de julgar do Poder Judiciário, assim como, que se atribua a ele o entendimento de que eventuais vícios repercutem no processo penal. Assim, considerando a persecução penal como um todo, a persecução fora de juízo (a fase pré-processual) e a persecução processual.

Por outro lado, se através de uma interceptação telefônica, v.g., o Delegado de Polícia colher provas para prender um suspeito (investigado) sem autorização judicial ou se for extrapolado o prazo de quinze dias previsto pelo art. 5º da Lei nº. 9.296/1996, as provas serão declaradas nulas. Do mesmo modo, se uma idosa tiver sido testemunha principal de determinado delito não for ouvida pela autoridade policial durante o inquérito, pode ser que, já no processo, ela tenha falecido e não possa prestar segundo depoimento sob o contraditório judicial. Neste caso, o depoimento, por não poder ser repetido durante a fase processual é sim considerado como prova. Portanto, nota-se nítida a contradição doutrinária, em vista do reducionismo dado ao procedimento investigatório.

Outro bom exemplo a ser citado é o mandado de busca e apreensão, que se for utilizado pela autoridade policial, sem autorização judicial, e na residência do indivíduo for encontrado objeto que poderia ser considerado como prova, há de se falar declaração de nulidade quanto à busca domiciliar. Dessa forma, se esta prova for juntada aos autos do inquérito, levada ao Ministério Público e, este, oferecer a denúncia, o advogado de defesa pode e deve alegar tal nulidade na fase processual.

É necessário, portanto, uma revisão doutrinária e legislativa quanto à importância atribuída ao inquérito policial, em razão de que a maioria dos processos criminais em curso no Brasil serem consubstanciados pela peça investigatória.

4. CONCLUSÃO

Há de se notar, contudo, que existem possibilidades de vícios do inquérito policial incidirem nulidades no processo penal. Para tanto, o estudo remonta questões pertinentes acerca da aplicação do contraditório, principalmente aquele disposto pela doutrina como diferido ou postergado, assim como a tipicidade processual do ato, como carro chefe gerador de nulidades caso haja desrespeito quanto às formalidades previstas em lei.

Neste caso, a persecução penal deve ser considerada como um todo unitário, de maneira que se possa atribuir maior importância ao inquérito policial e a figura do Delegado de Polícia, para que possa utilizar da função preservadora do inquérito como um filtro à possíveis ações penais desnecessárias ou delitos de menor monta, quando verificada a incidência do princípio da insignificância.

Dessa forma, a discussão trazida à baila desmonta argumentos incisivos e reducionistas quanto ao inquérito policial, atribuindo característica de mera peça informativa, com finalidade única e, quase que exclusiva, de subsidiar a opinião delicti do membro do Ministério Público, titular da ação penal. Nada consta nas doutrinas sobre dados científicos acerca da quantidade de ações penais são fundadas sob a égide dos elementos colhidos durante a fase pré-processual (fase investigativa).

Ponto relevante é que deve haver a discussão doutrinária, jurisprudencial e legislativa quando a relevância do inquérito e a atribuição de contraditório ao mesmo, na medida de figurar maiores direitos e garantias ao acusado (investigado). Portanto, deve-se observar os ditames legais da Constituição Federal para que se assegure a procedência do devido processo legal. Isto, para que não exista ações penais fundadas sob inquéritos desmedidos, com atos viciosos de ilegalidade, que não se adequam aos princípios constitucionais.

É de se considerar que o inquérito policial não é peça feita para subsidiar a acusação. Há de se mencionar, ainda que desnecessariamente, que a polícia judiciária (Civil ou Federal) não trabalha para o Ministério Público,

ambos são órgãos independentes que integram o poder punitivo do Estado. Portanto, a polícia judiciária, ou melhor dizendo, o inquérito policial não é peça acusatória, se verificado pelo Delegado de Polícia haver uma excludente de ilicitude ou a incidência do princípio da insignificância deve sugerir ao parquet o devido arquivamento do procedimento, como dito, para evitar ações penais desnecessárias e maiores gastos para o Estado com a persecução criminal.

Assim sendo, medidas cautelares ou medidas insuscetíveis de repetição (as denominadas provas irrepitíveis) proferidas no curso do inquérito policial, podem sim gerar nulidades na ação penal futura. Do mesmo modo, vícios em outros âmbitos, como no auto de prisão em flagrante, por exemplo, podem, ou ao menos deveriam ser revisados, tendo em vista a sobrecarga trazida por sua nulidade e de como isso afeta o processo criminal, desde a acusação até a uma possível condenação ilegal. Para tanto, não se faz pertinente afirmar contundentemente que os vícios do inquérito não afetam a ação penal. Pode-se considerar como tremendo equívoco não repensar este entendimento rígido da doutrina.

REFERÊNCIAS

AVENA, NORBERTO. **Processo Penal**. 10ª Edição. Editora Método. 2018, pp. 42, 69-70, 168-173, 472, 995-997.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 13 de agosto de 2020.

____. Decreto Lei nº. 3.689 (1941). Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm > Acesso em: 14 de agosto de 2020.

____. Lei nº. 8.906/1994. Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogado do Brasil (OAB). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm > Acesso em: 14 de agosto de 2020.

____. Lei nº. 9.296/1996. Lei de Interceptações Telefônicas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm > Acesso em: 15 de outubro de 2020.

____. Lei nº. 12.830/2013. Lei das Investigações Criminais Conduzidas pelo Delegado de Polícia. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm > Acesso em: 13 de agosto de 2020.

____. Lei nº. 13.245/2016. Lei que altera do art. 7º da Lei nº. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm > Acesso em: 13 de agosto de 2020.

____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. RE: 593.727. Relator Ministro: Cezar Peluso. Data de Julgamento: 09 de dezembro de 2015. Data da

Publicação do Enunciado: 09 de fevereiro de 2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230#:~:text=%C3%89%20direito%20do%20defensor%2C%20no,exerc%C3%ADcio%20do%20direito%20de%20defesa.> > Acesso em: 14 de agosto de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 25ª Edição. Editora Saraiva Jur. 2018, pp. 111-120, 692-698.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 19ª Edição. Editora Impetus. 2017, p. 39.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 5ª Edição. Editora JusPodivm. 2017, pp. 105-125, 712-741, 1565-1566, 1613.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Edição. Editora Saraiva Jur. 2018, pp. 74-75, 104, 593-599, 606.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 22ª Edição. Editora Atlas. 2018, pp. 62-64, 708-710.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal Para Concursos**. 7ª Edição. Editora JusPodivm. 2016, pp. 28-35, 784.