

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
ISABELLA XAVIER LOBO

NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

São Paulo
2019

ISABELLA XAVIER LOBO

NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie do Estado de São Paulo
como requisito parcial à obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Marco Antonio de Barros

São Paulo

2019

ISABELLA XAVIER LOBO

NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL
DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial
à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Prof. (a) Orientador (a) Dr. Marco Antonio de Barros
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Ms. Rogério Luis Adolfo Cury
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Ms. André Boiani e Azevedo
Universidade Presbiteriana Mackenzie

*À Deus pela força nos momentos difíceis; à
minha família pelo incentivo ao longo de toda
a trajetória acadêmica que tanto contribuiu
com essa conquista.*

AGRADECIMENTOS

À Deus que esteve comigo ao longo de toda esta trajetória, me dando forças para superar todas as dificuldades, tornando possível a realização deste sonho.

À minha família pelo eterno apoio em todos os momentos da minha vida, que sempre acreditou em mim e me incentivou a não desistir.

Ao Professor Dr. Marco Antônio de Barros pela orientação e ensinamento ao longo de todo o trabalho.

RESUMO

O trabalho pautou-se na análise do tema das nulidades no inquérito policial e na busca pela ampla pesquisa no entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores. As nulidades buscam assegurar o cumprimento do modelo previsto em lei para a prática do ato processual, observando as garantias constitucionais, os direitos fundamentais, bem como o devido processo legal. O objetivo do trabalho baseou-se em verificar se as alterações promovidas pela Lei nº 13.245/2016 no texto do Estatuto da Advocacia, foram capazes de alterar o entendimento jurisprudencial no sentido de reconhecer a possibilidade de nulidade absoluta no interior do trâmite do inquérito policial. Posteriormente, verifica-se uma análise da alteração legislativa e o seu impacto no âmbito da fase pré-processual, bem como o posicionamento jurisprudencial acerca do tema. A metodologia utilizada foi em razão da revisão bibliográfica, estudando as doutrinas mais conceituadas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, a legislação brasileira, artigos científicos publicados e jurisprudência exalada pelos Tribunais de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. O primeiro capítulo, nesta seara, foi posto no sentido de verificar os aspectos gerais das nulidades, considerando as classificações doutrinárias sobre as nulidades, os princípios aplicados no âmbito das nulidades, quais sejam: o princípio da tipicidade das formas; princípio da legalidade; princípio da instrumentalidade das formas; princípio do prejuízo; da permanência da eficácia dos atos processuais; princípio da restrição processual à decretação de nulidade; o princípio da causalidade também é explorado; a observância da teoria dos frutos da árvore envenenada se faz presente na redação do desenvolvimento; e por fim, recai ao estudo sucinto sobre princípio da conservação dos atos processuais. Mais adiante, ainda no primeiro capítulo, tratou do instituto da convalidação das nulidades. O segundo capítulo pauta-se nas considerações gerais acerca do inquérito policial, destacando sua função e suas principais características, além de analisar seu caráter inquisitivo e a possibilidade de atribuir a este procedimento o contraditório e a ampla defesa. Haja vista, no terceiro capítulo, houve a dissertação sobre a alteração trazida ao Estatuto da Advocacia no Brasil em razão da Lei nº 13.245/2016. Por fim, buscou-se analisar as nulidades dentro do inquérito policial, bem como o entendimento jurisprudencial acerca da questão, o qual pautou o objetivo específico do trabalho, justificando a atribuição do tema.

Palavras-Chave: Inquérito. Nulidades. Jurisprudência. Alteração. OAB.

ABSTRACT

The work was based on the analysis of the issue of nullities in the police investigation and the search for the broad investigation in the jurisprudential understanding of the superior courts. The nullities seek to ensure compliance with the model established by law for the practice of the procedural act, observing the constitutional guarantees, fundamental rights, as well as due process of law. The general objective of the study was to verify if the changes promoted by Law 13.245/2016 in the text of the Law Statute were able to change the jurisprudential understanding in the recognition of absolute nullity in the process of the police investigation. Subsequently, there is an analysis of the legislative change and its impact in the pre-procedural phase, as well as the jurisprudential positioning on the subject. The methodology used was based on the bibliographical review, studying the doctrines most respected in the Brazilian legal system, as well as the Brazilian legislation, published scientific articles and jurisprudence exalted by the Courts of Justice, Superior Court of Justice and Supreme Federal Court. The first chapter, in this section, was aimed at verifying the general aspects of nullities, considering the doctrinal classifications on nullities, the principles applied in the scope of nullities, namely: the principle of the typicity of forms; principle of legality; Forms Instrumentality Principle; the principle of injury; the permanence of the effectiveness of procedural acts; principle of procedural restriction to the decree of nullity; the principle of causality is also explored; the observance of the theory of the fruits of the poisoned tree is present in the writing of the development; and finally, it falls to the brief study on the principle of conservation of procedural acts. Later, still in the first chapter, he dealt with the institute of convalidation of nullities. The second chapter is based on the general considerations about the police investigation, highlighting its function and its main characteristics, besides analyzing its inquisitive character and the possibility of attributing to this procedure the contradictory and ample defense. In the third chapter, there was a dissertation about the change brought to the Brazilian Law Statute due to Law 13.245/2016. Finally, we sought to analyze the nullities within the police investigation, as well as the jurisprudential understanding about the issue, which guided the specific objective of the work, justifying the attribution of the topic.

Keywords: Inquiry. Nullities. Jurisprudence. Amendment. OAB

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ASPECTOS GERAIS DAS NULIDADES	10
2.1 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DAS NULIDADES.....	11
2.2 PRINCÍPIOS APLICADOS NO ÂMBITO DAS NULIDADES	16
2.3 CONVALIDAÇÃO DAS NULIDADES	22
3 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO INQUÉRITO POLICIAL.....	25
4 ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.245/2016 NO ÂMBITO DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....	33
5 NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL E O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	38
CONCLUSÃO.....	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o estudo acerca da aplicação do sistema das nulidades no âmbito do inquérito policial. Em vista disso, esse sistema justifica-se pelo estudo por ter o objetivo de assegurar a observância das formas previstas em lei, assim, o ato praticado deve estar de acordo com o modelo previsto pelo legislador, pois, se for um ato atípico, isto é, aquele praticado em desacordo com a lei, ele será nulo, podendo, inclusive, contaminar os atos subsequentes.

Assim, o objetivo deste trabalho foi analisar se as alterações implementadas pela Lei nº 13.245/2016 no Estatuto da Advocacia foram capazes de alterar o tradicional entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, no sentido de que não seria possível declarar nulidade no âmbito do inquérito policial, por ser um procedimento meramente informativo. Isso porque, a lei recepcionou expressamente a categoria de nulidade absoluta na fase pré-processual da persecução penal, assim será analisada possibilidade de declaração de nulidade no inquérito policial, considerando a análise jurisprudencial e as decisões acerca do tema.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método de revisão bibliográfica, através da verificação de artigos, doutrina brasileira mais aclamada e atual, bem como, a legislação vigente, além de análise jurisprudencial acerca do tema. O trabalho estruturou-se em quatro capítulos, sendo que no primeiro capítulo são apresentados os aspectos gerais das nulidades, bem como suas classificações, princípios e formas de convalidação.

No segundo capítulo foram realizadas algumas considerações gerais sobre o inquérito policial, dentre elas, a sua função e principais características. Já o terceiro capítulo se caracteriza pela análise das alterações introduzidas pela Lei nº 13.245/2016 e seus respectivos desdobramentos e problemáticas.

Por fim, no quarto e último capítulo é abordada a possibilidade de decretação de nulidade no inquérito policial, em virtude das alterações implementadas pela Lei nº 13.245/2016, bem como se houve mudança no entendimento jurisprudencial.

Deve ser observado que o presente trabalho não possui pretensão de esgotar o tema, face a amplitude legislativa e doutrinária que o cerca, isto é, não será realizada uma análise de todas as problemáticas envolvendo a matéria, na medida em que foi buscado analisar se em virtude das mudanças implementadas pela Lei nº 13.245/2016 é possível reconhecer a nulidade no âmbito do inquérito policial, e especialmente, se houve alteração no entendimento jurisprudencial acerca da questão.

2 ASPECTOS GERAIS DAS NULIDADES

No processo os atos devem ser praticados conforme o modelo previsto pelo legislador para que eles sejam válidos e produzam seus respectivos efeitos, isto é, o ato praticado deverá ser típico. Para tanto, é necessário que todos os participantes de determinada relação processual conduzam o seu comportamento de acordo com a forma prevista em lei.¹

Nesse contexto, as nulidades têm por objetivo assegurar as garantias constitucionais, os direitos fundamentais, o devido processo legal, bem como, a observância do modelo previsto em lei para a prática do ato processual. Assim, pode-se dizer que as nulidades decorrem exatamente da não observância dessas previsões legais, importando em uma sanção que atinge os atos processuais ilegais, dessa forma, os deles decorrentes, podendo, inclusive, invalidar todo o processo.

Sobre tal aspecto, Dezem preconiza:

(...) a teoria das nulidades é um dos elementos-chave para que se possa adequadamente cumprir as promessas constitucionais, o devido processo legal e o respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. De nada adianta o sistema prever uma série de garantias se não há efetiva sanção quando descumpridas estas garantias. Um sistema destes seria como construir um castelo de garantias, cuja porta de entrada é um papelão.²

É importante destacar que a nulidade se relaciona com a ideia de vício ou defeito em algum ato do processo, uma vez que este não foi praticado conforme a previsão legal ou até mesmo foi praticado de forma diversa da estipulada pelo legislador, assim, a declaração de nulidade corresponde a uma sanção processual que torna o ato ineficaz ou inválido.

Também por este prisma, é o entendimento de Barros que assevera que:

(...) a nulidade é o defeito jurídico, parcial, total, do ato ou do processo. A nulidade do ato consiste na atipicidade jurídica processual. Ela é resultante da desconformidade que se constata entre o mandamento da lei e a execução do ato praticado. Corresponde à inobservância de uma formalidade processual prevista estabelecida em lei.³

Observa-se que os atos processuais devem ser praticados conforme as formas previstas em lei, além de seguir uma sequência lógica, isto é, o ato deve ser praticado em conformidade com o modelo previsto pelo legislador, pois consiste em requisito essencial para a sua validade.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FILHO, Antonio Magalhães Gomes; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no Processo Penal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

² DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 799.

³ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013, p. 356.

Ademais, a anormalidade na prática do ato processual que decorre justamente da não observância do modelo legal, poderá, ainda, impedir que se atinja a finalidade prevista em lei, bem como causar prejuízo as partes integrantes do processo. Sendo que para o reconhecimento da ineficácia e da invalidade do ato é imprescindível decisão judicial nesse sentido, sem a qual não será possível a produção de seus efeitos, uma vez que o seu reconhecimento não decorre automaticamente da lei, assim, enquanto a nulidade não for declarada o ato continuará produzindo os seus efeitos.

Dessa maneira, verifica-se que o processo penal possui natureza eminentemente instrumental, ou seja, existem procedimentos que devem ser seguidos, os quais preveem a realização de determinados atos, termos e solenidades, para os quais a lei impõe uma reserva de formalidades, como forma de garantir a realização plena do devido processo legal. A partir dessa finalidade dos ritos processuais, podemos concluir que toda vez que um ato se afastar da forma prevista em lei, ele estará viciado.⁴

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DAS NULIDADES

Como regra, as nulidades são divididas em quatro categorias pela doutrina⁵, são elas: a mera irregularidade; nulidade relativa; nulidade absoluta e a inexistência. Nesta subseção serão analisadas todas as categorias de nulidades que são consideradas importantes para a compreensão do trabalho.

Inicialmente trata-se da mera irregularidade, a qual consiste em uma desconformidade mínima com a previsão legal, de tal modo que o defeito na realização do ato não afeta a sua validade e não gera nenhuma consequência ao processo, razão pela qual não há aplicação de sanção e nem necessidade de renovação o ato.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Lopes Jr. que preleciona:

As irregularidades são concebidas como defeitos de mínima relevância para o processo, que em nada afetam a validade do ato. Os atos irregulares são aqueles em que o defeito não compromete a eficácia do princípio constitucional ou processual que ele tutela, sendo, portanto, uma mera irregularidade formal, sem consequências relevantes.⁶

⁴ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 10ª Ed., 2018, p. 1235.

⁵ Nesse sentido, LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 936; DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 801.

⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2018, p. 937.

Dessa maneira, é possível perceber que as irregularidades não comprometem a finalidade do ato, uma vez que o vício ocasionado não atinge os direitos das partes e não prejudica a sua eficácia. Isso porque se trata do descumprimento de formalidades burocráticas do processo. A título de exemplo, pode-se citar o erro na grafia do nome do réu que não impede a adequada identificação ou a testemunha que não foi qualificada de forma correta no termo, desrespeitando a previsão disposta no artigo 203 do Código de Processo Penal.⁷

Por sua vez, a nulidade relativa ocorre quando existe uma violação à norma infraconstitucional que tutela um interesse privado, razão pela qual não pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado, devendo a parte prejudicada fazer a sua alegação e demonstrar o prejuízo ocasionado pelo não cumprimento da previsão legal, sob pena de preclusão. Portanto, se a parte não alegar e não demonstrar o prejuízo, a nulidade do ato não poderá ser decretada.

Essa categoria de nulidade se caracteriza, ainda, pela falha do ato consistente na ausência de um requisito formal, mas não essencial. Assim, o defeito do ato pode ser sanado, sendo admitido a sua retificação e ratificação.⁸

Observa-se que o artigo 572 do Código de Processo Penal⁹ prevê que as nulidades serão consideradas sanadas: se não forem arguidas em momento oportuno, conforme o disposto no artigo 571 do mesmo diploma legal; se o ato mesmo praticado de outra forma, tiver atingido a sua finalidade; e por fim, se a parte tiver aceitado os seus defeitos, ainda que tacitamente.

A título de exemplo pode-se citar como nulidades relativas as seguintes situações: a) incompetência do juízo *ratione loci*; b) ausência de intimação do réu para audiência de oitiva de testemunhas quando presente o seu advogado constituído; c) falta de intimação quanto à expedição de carta precatória; d) falta de requisição do preso para assistir inquirição de testemunha mediante precatória; e) inobservância da ordem de inquirição estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal.¹⁰

Já a nulidade absoluta é decorrente da violação de norma que tutela o interesse público, portanto, tem a ocorrência de uma ofensa à Constituição Federal, atingindo as normas de ordem pública. Aqui o ato processual existe, mas é viciado, razão pela qual não poderá ser considerado como válido ou ineficaz, sendo insanável, não se pode convalescer automaticamente.

⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

⁸ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013, p. 368-369.

⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

¹⁰ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 10ª Ed., 2018, p. 1242.

Decerto que essa categoria de nulidade pode ser alegada pelas partes em qualquer grau de jurisdição, porquanto não é convalidada pela preclusão e nem mesmo pelo trânsito em julgado da decisão, uma vez que o ato não produz efeitos válidos, visto que é absolutamente nulo.¹¹

Cumprir observar que embora o vício de nulidade absoluta possa ser alegado até mesmo após o trânsito em julgado, isso não se aplica no caso de sentença penal absolutória, hipótese na qual a nulidade não poderá mais ser alegada, tendo em vista que o processo penal não permite a revisão criminal *pro societate* ou o *bis in idem* pela acusação.¹²

Ademais, a nulidade absoluta poderá, ainda, ser declarada *ex officio* pelo Magistrado, sendo que, conforme já mencionado, ela só produzirá os seus efeitos quando reconhecida por meio de uma decisão do Poder Judiciário. Mas, cumpre mencionar que a Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal¹³ prevê uma exceção ao referido entendimento, uma vez que proíbe o Tribunal de reconhecer de ofício nulidade não arguida no recurso da acusação, ou seja, não poderá ser reconhecida de ofício nulidade absoluta ou relativa pelo Tribunal em prejuízo do réu.¹⁴

No tocante a presunção de prejuízo decorrente da nulidade absoluta, é preciso salientar que, embora parte da doutrina¹⁵ sustente que o prejuízo e o não atingimento dos fins são presumidos, uma vez que o interesse violado é de ordem pública, outros entendem¹⁶ que a nulidade somente será declarada se for demonstrado o prejuízo, sendo aplicado o artigo 563 do Código de Processo Penal no âmbito das nulidades absolutas, inclusive. Nesse sentido é importante destacar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:¹⁷

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. MENÇÃO EM PLENÁRIO A ANTECEDENTE CRIMINAL DO RÉU. ARGUMENTO DE AUTORIDADE NÃO CONFIGURADO. NULIDADE INEXISTENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 478, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TESE DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 3º, 476 E 564, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TEMAS NÃO DEBATIDOS PELAS INSTÂNCIAS

¹¹ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013, p. 366.

¹² MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*, 6ª edição. Atlas, 2014. p. 553.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 160. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2747>. Acesso em 22 abr. 2019.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 702.

¹⁵ Nesse sentido, CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 701; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 346; JR., Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 938; MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*, 6ª edição. Atlas, 2014. p. 553.

¹⁶ Nesse sentido, há o posicionamento de Badaró e Grinover, Gomes Filho e Fernandes (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 806).

¹⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 806.

ORDINÁRIAS. SÚMULAS 282 E 356, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E NELA NÃO PROVIDO. 1. O texto do art. 478 deve ser analisado em cotejo com o art. 480, do Código de Processo Penal, que possibilita aos jurados e às partes “a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado”. E o art. 480, § 3º, acrescenta que “os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.” Portanto, não há ilegalidade na menção do antecedente do réu que já constava dos autos, ao qual os jurados têm amplo e irrestrito acesso, com a possibilidade de requerer esclarecimentos. Ademais, a menção de tal peça processual não foi feita como argumento de autoridade. 2. “A Suprema Corte possui precedentes no sentido de que “a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta” (HC 85.155/SP, Segunda Turma, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJ de 15/4/05). 7. A declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para à defesa, consoante dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado¹⁸ (grifo nosso).¹⁹

Da mesma maneira, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. NULIDADE PROCESSUAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA COM BASE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE E NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. 1. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie). 2. Para chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido, seriam necessárias a análise da legislação infraconstitucional pertinente e a reapreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos (Súmula 279/STF), procedimentos inviáveis em recurso extraordinário. 3. Agravo interno a que se nega provimento.²⁰

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 114739 DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 30 out. 2012. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22851157/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-114739-df-stf>. Acesso em 19 abr. 2019.

¹⁹ No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Especial nº 1.407.113/SP. Rel. Min. Moura Ribeiro. Julgado em 26 ago. 2014. Publicado em 01 set. 2014. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25259343/recurso-especial-resp-1407113-sp-2013-0325968-5-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 984.373 BA. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 14 out. 2016. Publicado em 4 nov. 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11966671>. Acesso em 19 abr. 2019.

Assim, entende-se que o rigor da nulidade absoluta deve ser atenuado pela análise de efetiva ocorrência de prejuízo, sendo necessário analisar se o ato praticado em desconformidade com o modelo legal, cumpriu a finalidade prevista pelo legislador. Caso isso tenha ocorrido e a defesa não tenha sido prejudicada, não deve ocorrer a aplicação do prejuízo presumido, pois, a forma é um meio e não um fim em si mesma.²¹

Nesse contexto, é imprescindível mencionar que a aplicação da regulamentação das formas processuais, de maneira correta, constitui uma garantia de efetiva participação às partes nos atos processuais necessários a formação do convencimento do juiz. Porém, deve ser evitado o formalismo excessivo que prioriza as solenidades sacrificando o objetivo maior de realização da justiça, assim, as formas só devem ser respeitadas na medida e dentro dos limites necessários para atingir a finalidade prevista, no caso, conferir segurança às partes e fornecer objetividade ao procedimento.²²

Pode-se citar como exemplo de atos nulos as seguintes hipóteses: a) *incompetência ratione materiae e ratione personae*; b) ausência do advogado no interrogatório do réu; b) ausência de intimação pessoal do defensor público ou constituído para audiência ou sessão de julgamento; c) ausência de formulação de quesito obrigatório aos jurados, no âmbito do julgamento pelo júri; d) decisão que homologa prova ilícita; e) violação ao devido processo legal; f) desrespeito ao contraditório e a ampla defesa.

Por fim a última categoria a ser analisada, é o ato inexistente que decorre da ausência de elemento essencial, razão pela qual não pode ingressar no mundo jurídico, sendo chamado de “não ato”. Salienta-se que esse ato não existe materialmente, por isso não pode ser considerado válido e nem eficaz, conseqüentemente, não produz efeitos jurídicos. O vício da inexistência pode surgir por meio de violação a norma constitucional ou infraconstitucional.

Nesse passo, é oportuno trazer à baila o entendimento do doutrinador Pacelli:

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.²³

Um exemplo muito adotado pela doutrina é a situação em que não há dispositivo na sentença ou em que a sentença foi assinada por quem não é juiz.

²¹ BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 368.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª Ed., 2011, p. 19.

²³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 22ª Ed., 2018, p. 919.

Note-se que o ato inexistente, diferentemente das outras categorias de nulidades, não precisa ser declarado pelo juiz, sendo apenas necessário que seja ignorado, bem como tudo o que foi praticado em sequência, pois, ele não pode provocar nenhuma consequência, tendo em vista a sua inexistência. Assim, não se mostra necessário discutir a sua validade.

Não é preciso analisar a ocorrência ou não de prejuízo, uma vez que quando o ato inexistente for verificado ele será completamente desconsiderado. Além disso, não há preclusão para o vício da inexistência, razão pela qual pode ser conhecido a qualquer momento e, inclusive, de ofício pelo magistrado.

A propósito, conforme Grinover, Gomes Filho e Fernandes²⁴ o ato inexistente é aquele no qual falta algum dos elementos exigidos pelo modelo legal, sendo o vício de tal gravidade que sequer seria possível considerá-lo como ato processual pois, é na verdade, um não ato, em relação aos quais não se cogita de invalidação, uma vez que a inexistência constitui um problema anterior a validade.

Dessa maneira, os atos inexistentes não poderão ser convalidados, tendo em vista que a convalidação seria a própria instituição do ato, não sendo capaz de produzir efeitos pretéritos, diferentemente do que ocorre com os atos nulos que são passíveis de convalidação, possibilitando a sua repetição ou até mesmo o aproveitamento de alguns de seus efeitos.²⁵

2.2 PRINCÍPIOS APLICADOS NO ÂMBITO DAS NULIDADES

Na subseção anterior, conforme visto, foram apresentadas as classificações das nulidades e as suas principais características, bem como os efeitos decorrentes de cada vício, neste momento, serão abordados os princípios que informam o sistema das nulidades.

Inicialmente, será explorado o princípio da tipicidade das formas, o qual prevê que os atos devem ser praticados conforme o modelo previsto pelo legislador, uma vez que o processo está pautado na realização de uma atividade típica. Assim, as partes do processo devem conduzir a sua atuação respeitando a previsão legal.

Conforme assevera Machado:

O princípio da tipicidade das formas, segundo o qual a lei deve prever quais atos serão praticados no processo; de que forma eles serão realizados; e qual o momento processual oportuno para a sua prática. Trata-se, portanto, de uma previsão dos modelos, ou standards, que devem ser observados para a

²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª Ed., 2011, p. 20.

²⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*, 22ª edição. São Paulo, Atlas, 2018. p. 19.

realização dos atos que compõem todo o procedimento, bem como da sequência que esses atos devem observar.²⁶

Ademais, a tipicidade das formas pode ser vista como decorrência do princípio da legalidade, uma vez que a parte é obrigada a praticar aquele ato daquela forma específica, pois, existe previsão legal nesse sentido. Esse princípio, ainda, poderá ser extraído do devido processo legal, o qual se apresenta como segurança às partes, impondo modelos a serem observados pelo Estado, como forma de proteger o cidadão contra as arbitrariedades que possam vir a ocorrer.²⁷

Assim com descumprimento das previsões legais, surge a atipicidade das formas e, conforme já visto, se a atipicidade for absoluta, isto é, houver ausência de elemento essencial, o ato processual será inexistente, ao passo que, se o desacordo com o modelo legal for mínimo, não o descaracterizando, não haverá comprometimento da eficácia do ato, sendo ele considerado como meramente irregular.²⁸

Embora o modelo legal deva ser respeitado, o princípio da tipicidade das formas deve ser analisado em conjunto com o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual as formas não podem ser consideradas como um fim em si mesmas, razão pela qual elas não podem ser exacerbadas ou absolutas. Com efeito, a forma visa garantir a preservação de sua finalidade, e, por consequência, deve ser analisado se o ato praticado em desconformidade com a previsão do legislador foi capaz de atingir a sua finalidade, pois, ocorrendo isso, não haverá motivo para declarar a nulidade do ato.

Ainda, é importante destacar que o princípio da instrumentalidade das formas encontra previsão legal no artigo 572, inciso II, do Código de Processo Penal, que prevê que se o ato mesmo praticado de outra forma tiver atingido o seu fim, a nulidade será considerada sanada.²⁹

Pode-se dizer, portanto, que deverá ser conservado e garantido o conteúdo do ato processual e não a forma.

Complementando o princípio anterior, deve ser analisado o princípio do prejuízo, o qual consiste no fundamento de todo o sistema de nulidades. Esse princípio teve origem no

²⁶ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 6ª Ed., 2014, p. 556.

²⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 812-814.

²⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 721

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

sistema jurídico francês entre os séculos XVII e XVIII e ficou conhecido pelo brocardo *pás de nullité sans grief*, isto é, não há nulidade sem prejuízo.³⁰

Assim, se não houver prejuízo para a parte o ato processual não poderá ser declarado nulo, uma vez que é imprescindível que o ato praticado de forma diversa do modelo legal tenha produzido prejuízo para a parte, pois, se ocorrer uma mera irregularidade, ou até mesmo uma nulidade absoluta sem prejudicar as partes, conforme já mencionado na subseção anterior, não deve ser declarada a nulidade.

Conforme descrito por Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

Constitui seguramente a viga mestre do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.³¹

Decerto, que não seria coerente declarar um ato nulo se dele não houvesse efetivo prejuízo, pois, estaria priorizando o formalismo exacerbado, que não traria nenhum benefício útil às partes e ao processo. As formalidades devem ser preservadas quando o seu descumprimento resultar em prejuízo para as partes ou o ato processual não alcançar a sua finalidade, de forma a prejudicar a qualidade da decisão.

Acrescente-se que este princípio está consagrado no artigo 563 do Código de Processo Penal, que dispõe que nenhum ato será declarado nulo, se não houver prejuízo para a acusação ou para a defesa.³²

Ainda, segundo Pacelli³³ a violação ao contraditório quando o ato praticado ou a prova não ostentar nenhuma potencialidade probatória e nem for objeto de análise na decisão final, não exigirá o reconhecimento da nulidade, pois, não poderia causar prejuízo relevante aos interesses das partes.

Mais adiante, outro princípio informador do sistema de nulidades é o princípio da permanência da eficácia dos atos processuais. De acordo com este princípio o ato processual defeituoso existente, continuará produzindo os seus efeitos, até que ele seja declarado nulo pelo Poder Judiciário, isso porque a interrupção de seus efeitos não decorre automaticamente da lei.

³⁰ BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 359.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª Ed., 2011, p. 27.

³² BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

³³ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo, Atlas, 22ª Ed., 2018, p. 934.

Nesse contexto, é importante ressaltar o entendimento de Greco Filho:

Podemos chamar esse princípio de princípio da permanência da eficácia dos atos processuais e pode assim ser resumido: o ato processual, desde que existente, ainda que defeituoso, produz os efeitos que a lei prevê para aquele tipo de ato, e os produzirá até que haja outro ato que declare aquele defeito e a ineficácia dos efeitos. O que se costuma chamar de nulidade absoluta ou relativa nada tem que ver com os efeitos do ato; se o ato existe, ele produz todos os efeitos que a lei prevê, e os produzirá eficazmente até que outro ato o desfaça. Nulidade absoluta ou relativa é uma qualificação dos defeitos, mais ou menos graves, do ato e que vão influir no regime jurídico da decretação de sua invalidade, mas em termos de efeitos nós só temos duas situações: antes da decretação da invalidade o ato produz todos os efeitos; decretada a invalidade, o ato da decretação define a sua abrangência, e não interessa, mais, a razão da decretação.³⁴

O ato viciado, portanto, produz efeitos como se válido fosse, uma vez que é preciso que o Poder Judiciário declare sua invalidade por meio de decisão nesse sentido. Note-se que o Magistrado poderá determinar a nova realização do ato, nas hipóteses em que for possível.

Observa-se, ainda, que este princípio se relaciona ao princípio da restrição processual à decretação da nulidade, tendo em vista que a nulidade somente poderá ser declarada se for alegada no momento adequado e houver instrumento processual para tanto, pois, conforme analisado no princípio anterior enquanto não for interposto recurso para o reconhecimento da nulidade, o ato defeituoso continuará produzindo os seus efeitos.

Todavia, é preciso fazer uma ressalva no tocante as nulidades absolutas, uma vez que não existe momento adequado para a alegação, tendo em vista que, conforme já mencionado, em relação a este instituto não recai a preclusão, podendo, inclusive, ser alegada até mesmo após o trânsito em julgado.

Note-se, ainda, que diante de uma sentença absolutória, haverá preclusão, ainda que for verificado uma nulidade absoluta, pois, nesse caso todas as nulidades são consideradas sanadas.³⁵

Já o artigo 573, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, consagra o princípio da causalidade, o qual prevê que a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. Portanto, tem aqui a previsão da chamada nulidade derivada, ou “teoria dos frutos da árvore envenenada” pois, o ato viciado causará a contaminação dos atos que lhe são dependentes ou consequentes. Assim, não basta que o ato seja posterior ao ato viciado para ser declarada a sua nulidade.

A propósito de acordo com Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 11ª Ed., 2015, p. 346.

³⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 823.

Os diversos atos que compõem o procedimento não têm existência isolada, independente, mas constituem elos de uma cadeia lógica que objetiva a preparação da sentença final; pode existir um nexo de causalidade entre os diversos atos que sucedem. Sendo assim, a ausência ou invalidade de um determinado ato processual provoca sempre a indagação sobre a extensão da nulidade; trata-se de saber se a violação da forma prescrita para o ato declarado nulo também atingiu outros atos ligados àquele; fala-se então em nulidade originária e derivada.³⁶

Ainda sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada o autor Nicolitt acrescenta que:

Não só a prova diretamente ilícita é vedada pela Constituição, mas tudo que derivar da ilicitude será considerado imprestável ao processo, é o que ficou definido na experiência estadunidense como *fruits ou the poisonous tree* (frutos da árvore envenenada), que parte da comparação de que uma árvore envenenada produz frutos envenenados, construindo-se então a teoria sobre as provas ilícitas por derivação.³⁷

Observa-se, que o Poder Judiciário, conseqüentemente, além de declarar a nulidade do ato viciado, deverá verificar se o vício não alcançou os demais atos, pois, ocorrendo isso deverá declarar a nulidade dos atos que são dependentes ou consequentes daquele. Esse princípio aplica-se tanto as nulidades absolutas quanto as relativas.

Note-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da teoria dos frutos da árvore envenenada conforme se extrai do seguinte julgado:

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ("FRUITS OF THE POISONOUS TREE"): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. - Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. - A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do "*due process of law*" e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. - A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos "frutos da árvore envenenada") repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. -

³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª Ed., 2011, p. 29.

³⁷ NICOLLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Belo Horizonte: D'plácido, 7ª Ed., 2018, p. 714.

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. - Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.³⁸

Isso posto, em contraposição ao princípio anterior, tem-se o princípio da conservação dos atos processuais, pois, os atos posteriores não atingidos pelo ato viciado, serão considerados válidos e, portanto, devem ser preservados.

Como regra, neste sentido, o princípio ordena que sejam preservados os efeitos dos atos que foram praticados após o ato viciado e declarado nulo, desde que os atos ulteriores não sejam dependentes daquele considerado nulo. Inclusive, essa regra também é aplicada aos atos complexos, pois, poderá ocorrer a sua anulação parcial, de forma a manter a produção de efeitos da parte do ato que não foi atingido pelo vício de forma.³⁹

Por fim, outro princípio que norteia o sistema das nulidades é o do interesse, que encontra sua previsão legal no artigo 565 do Código de Processo Penal, o qual estipula que: “nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só a parte contrária interesse”.⁴⁰

Pode-se dizer, portanto, que a nulidade somente poderá ser alegada por aquele que não lhe der causa ou, ainda, por aquele que tem interesse na nulidade.

Assim, a defesa não poderá alegar nulidade em benefício da acusação, pois, a defesa encontra-se, por óbvio, em posição de parcialidade, de forma, que mesmo na hipótese do réu se declarar culpado, o seu advogado deverá apresentar argumentos contrários à acusação.⁴¹

No tocante ao Ministério Público é necessário relembrar que, embora ele seja autor da ação penal, ele também atua como fiscal da lei, razão pela qual se encontra em posição de

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso em *habeas corpus* nº 90376 RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 3 abr. 2017. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757640/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>. Acesso em 19 abr. 2019.

³⁹ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013, p. 362.

⁴⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

⁴¹ PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal, 22ª ed. São Paulo, Atlas, 2018. p. 932.

imparcialidade, devendo zelar pelo desenvolvimento regular do processo. Assim, o Ministério Público poderá pedir tanto a condenação quanto a absolvição do réu, bem como poderá arguir a ocorrência de nulidade, exclusivamente, em favor da defesa, atuando como fiscal da lei.⁴²

Convém salientar que este princípio é aplicado às nulidades relativas, pois, o reconhecimento de sua invalidade depende de alegação do interessado, diferentemente do que ocorre nas nulidades absolutas, que atingem normas de ordem pública e, portanto, podem ser reconhecidas até mesmo de ofício pelo juiz, não sendo necessária para tanto qualquer tipo de provocação.⁴³

À luz do estudo abarcado, a parte que deu causa ou contribuiu para a ocorrência da nulidade, nesta seara, não poderá valer-se de seu próprio ato, como forma de se beneficiar, prejudicando o andamento processual e até mesmo a parte contrária.

2.3 CONVALIDAÇÃO DAS NULIDADES

Embora o processo tenha natureza eminentemente instrumental e toda a sua atividade tenha que ser pautada nos termos do modelo legal, isso não se trata de uma característica de natureza absoluta, uma vez que os atos viciados, poderão ser, em alguns casos, convalidados. Isso porque, deve ser priorizada a efetividade do processo, para que os resultados pretendidos sejam alcançados, razão pela qual ocorre a flexibilização das formalidades processuais.

Assim, pode-se dizer que o ordenamento jurídico prevê situações em que devem ser aplicadas a nulidade, como forma de sanção, mas ao mesmo tempo, também são estabelecidos remédios pelos quais é possível aproveitar o ato processual atípico, isto é, aquele ato viciado, de forma que em certas hipóteses legais, caso a irregularidade seja sanada ou o prejuízo reparado, será possível que o ato atípico produza os seus efeitos; nestes casos, ocorre a convalidação do ato praticado em desconformidade com a lei, no lugar da invalidação.⁴⁴

Como forma de convalidação dos atos processuais atípicos, o sistema jurídico prevê alguns mecanismos, sendo eles: o suprimento, a retificação, a ratificação, a preclusão e a prolação de sentença.

Primeiramente, será tratada a preclusão, esta considerada como um mecanismo de convalidação das nulidades relativas, pois, conforme analisado anteriormente, se a nulidade

⁴² CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 704.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª Ed., 2011, p. 31.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 32.

relativa não for alegada no momento processual oportuno pela parte interessada, haverá a preclusão, razão pela qual o vício será considerado sanado.

Sobre o instituto da preclusão, é importante destacar o entendimento de Grinover, Gomes Filho e Fernandes:

O instituto da preclusão decorre da própria essência da atividade processual; processo, etimologicamente, significa “marcha adiante” e, sendo assim, não teria sentido admitir-se que a vontade das partes pudesse, a qualquer momento, provocar o retrocesso a etapas já vencidas no curso procedimental; daí a perda, extinção ou consumação das faculdades concedidas às partes, sempre que não for observada a oportunidade legal para a prática de determinado ato ou, ainda, por haver o interessado realizado ato incompatível com outro.⁴⁵

Diante disso, partindo-se do fato que a nulidade relativa tutela a regra de interesse das partes, entende-se que a sua convalidação por meio da preclusão, não poderia ocorrer de outra forma, uma vez que a atividade processual deve estar pautada na celeridade e na economia, sempre visando a sua efetividade, assim, não estaria em conformidade com o modelo processual permitir que as partes pudessem provocar o retrocesso das etapas, impedindo o regular andamento do processo.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL A QUO. ALEGADO VÍCIO NA CITAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. CONVALIDAÇÃO. ART. 571, II, DO CPP. WRIT NÃO CONHECIDO. (...) 2. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). 3. Hipótese em que o Tribunal de origem alega nulidade da citação, por ausência de prejuízo à defesa. 4. No caso em exame, verifica-se que foram realizadas quatro tentativas de citação do paciente, sendo que todas restaram infrutíferas. Em razão disso, o Juízo singular determinou a citação do paciente por edital e, logo após, determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal. Posteriormente, o Ministério Público requereu nova tentativa de citação, o que efetivamente ocorreu. 5. A nulidade apontada não merece prosperar, pois a relação processual já havia se consolidado, na oportunidade em que ocorrer a citação por edital. Além disso, a defesa não indica qual o prejuízo sofrido, bem como o seu reflexo na condenação do paciente, a justificar o reconhecimento da alegada nulidade. 6. Ao arguir nulidades, a parte deverá indicar, de modo objetivo, os prejuízos correspondentes, com influência na apuração da verdade substancial e reflexo na decisão da causa (CPP, art. 566). 7. Nos termos do art. 571, II, do CPP, as

⁴⁵ Ibidem, p. 32.

nulidades eventualmente ocorridas na instrução devem ser arguidas até as alegações finais, sob pena de convalidação, o que não ocorreu na espécie. 8. Habeas corpus não conhecido (grifo nosso).⁴⁶

Note-se que no julgado acima houve a convalidação pela preclusão, na medida em que não houve alegação do vício até as alegações finais. Além disso, foi entendido pelo Tribunal que não houve prejuízo para o réu, razão pela qual não haveria motivo para anular o respectivo ato, preservando, assim, a celeridade processual.

Outro mecanismo existente está previsto no artigo 568 do Código de Processo Penal, o qual traz a possibilidade de sanar a nulidade decorrente de ilegitimidade do representante da parte, a qualquer tempo, mediante a ratificação dos atos processuais. Ainda, no artigo 573 do mesmo Diploma Legal, encontramos a retificação, que consiste em forma de convalidação de atos processuais parcialmente nulos, assim, se apenas parte do ato foi contaminada pelo vício de nulidade, essa parte poderá ser retificada.⁴⁷

Já o suprimento ocorrerá quando for possível complementar o ato nulo, de modo a sanar a sua deficiência. Como exemplo, pode-se citar o artigo 569 do Código de Processo Penal, o qual prevê a possibilidade de as omissões ocorridas na denúncia serem supridas até a sentença.⁴⁸

Nesse sentido, Grinover, Gomes Filho e Fernandes explicam que:

O suprimento é mais do que uma mera ratificação, pois implica acréscimo naquilo que já existia; parece óbvio que nesse passo o legislador pretendeu referir-se somente às formalidades não essenciais daquelas peças, não podendo a disposição abranger os elementos sem os quais não caberia falar em omissões, mas na própria inexistência ou invalidade do ato por falta de formalidade essencial.⁴⁹

Da mesma forma, a sentença constitui um mecanismo de convalidação da nulidade do ato processual. Isso ocorre na hipótese do artigo 282, §2º, do Código de Processo Civil, o qual se aplica ao processo penal, *in verbis*: “quando puder decidir o mérito em favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprimir a falta”.⁵⁰

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (5ª Turma). Recurso em Mandado de Segurança nº 353588 MS 2016/0097276-9. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 22 ago. 2017. Publicado em 30 ago. 2017. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494860622/habeas-corpus-hc-353588-ms-2016-0097276-9?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª Ed., 2011, p. 34.

⁵⁰ DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 823.

Com efeito, se a sentença de mérito for favorável ao réu, por exemplo, uma sentença absolutória, mesmo que exista uma nulidade em seu prejuízo, essa será considerada sanada, pois é evidente que a forma do ato não comprometeu a decisão e não houve prejuízo ao devido processo legal. Ainda, convém lembrar que a nulidade absoluta em sentença absolutória transitada em julgado, preclui.

Dessa forma, em contraposição ao rigor formalístico, é percebida a possibilidade de convalidação dos atos sanáveis, assim, o vício, o defeito ou as omissões, em algumas hipóteses, não impossibilitam a posterior convalidação do ato atípico.⁵¹

3 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO INQUÉRITO POLICIAL

O Estado exerce o seu poder punitivo por meio da persecução penal, a qual se desdobra em duas fases. A primeira fase é a pré-processual, isto é, uma fase preliminar na qual são realizados os atos de investigação para colheita da prova de autoria e materialidade do delito. Já a segunda fase é a processual em que se encontra a ação penal.⁵²

Assim, quando um delito é praticado para que o Estado possa perfazer o seu poder de punir, deve observar a persecução penal e, conseqüentemente, o devido processo legal, tendo em vista que a própria Constituição Federal⁵³ prevê que ninguém poderá ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal, garantindo, assim, o contraditório e a ampla defesa dos indivíduos.⁵⁴

Ainda, segundo Tourinho Filho⁵⁵ a punição somente se efetiva por meio do processo e para isso é preciso que o Estado-Administração leve a notícia do fato ao conhecimento do Estado-Juiz que realizará a respectiva apreciação, e assim, o Estado deve desenvolver uma intensa atividade denominada *persecutio criminis*, primeiro por meio da Polícia Judiciária e depois pelo Ministério Público, que exercem função de repressão às infrações penais, sendo este último, o órgão responsável por levar ao conhecimento do juiz o fato que se reveste de aparência delituosa por meio da denúncia, indicando o seu autor.

⁵¹ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013, p. 361.

⁵² CASTRO, Mac Henrique Rodrigues de. *O Inquérito Policial e o Princípio Constitucional do Contraditório*. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2010. p. 33.

⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 10 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 abr. 2019.

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110-111.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª Ed., 2011, p. 110.

Nesse contexto, o inquérito policial é uma das espécies da investigação preliminar, situando-se, portanto, na fase pré-processual da persecução penal, constituindo um conjunto de atividades desenvolvidas por órgãos estatais, por meio de uma notícia-crime, sendo prévio e preparatório em relação ao processo penal, uma vez que tem por fim apurar a autoria e as circunstâncias da materialidade do suposto fato delituoso, de maneira a justificar o processo, ou o não processo.⁵⁶

Observa-se que o inquérito policial é um procedimento administrativo, presidido pelo Delegado de Polícia, e que tem por finalidade colher indícios de autoria e prova da materialidade para que o Ministério Público possa formar a sua *opinio delicti*, podendo este último oferecer a ação penal, de modo a desencadear a persecução penal em juízo, ou, ainda requerer o arquivamento da investigação por ausência de elementos essenciais para o oferecimento da denúncia.

De acordo com Lopes Jr.⁵⁷ o inquérito policial possui também uma função simbólica, tendo em vista que afasta o sentimento de impunidade, contribuindo para o restabelecimento da normalidade na sociedade afetada pelo crime, além de ser um filtro processual, na medida em que o inquérito policial visa evitar acusações infundadas.

Ademais, para Lima o inquérito policial possui dupla função, conforme se extrai do seguinte trecho:

De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo 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.⁵⁸

Certamente o inquérito policial é uma das formas de se afastar dúvidas, evitando o erro judiciário, pois, se o Estado possuir elementos confiáveis para agir, desde o início, em face de alguém no âmbito penal, dificilmente haverá erros na eleição do autor do delito. Assim, além da segurança que o inquérito proporciona, ele também fornece a oportunidade de realizar a colheita de provas que podem perecer com o tempo.⁵⁹

⁵⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2018, p. 119-120.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 120.

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. Salvador: Jus Podivm, 4ª Ed., 2016, p. 166.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª Ed., 2016, p. 139.

É preciso ainda analisar as características do inquérito policial, as quais norteiam a sua condução pela autoridade policial, sendo elas o sigilo, a indisponibilidade, a obrigatoriedade, a dispensabilidade, a discricionariedade, bem como o seu caráter oficioso e inquisitivo. Além disso, conforme previsão do artigo 9º do Código de Processo Penal, as peças do inquérito policial deverão ser escritas e rubricadas pela autoridade policial, mas é preciso fazer uma ressalva em relação a possibilidade de gravação de depoimentos, interceptações telefônicas e outras provas.⁶⁰

Observa-se que a regra no sistema processual é a publicidade dos atos, conforme se extrai da Constituição Federal⁶¹, portanto, constitui uma garantia, que por sua vez deve ser assegurada, alcançando, inclusive, os atos praticados no inquérito policial. Porém, deve ser ressaltado que essa garantia não possui caráter absoluto, podendo ser restringida nas situações em que existe outro interesse que deva prevalecer sobre o interesse público à informação.⁶²

Ora, face as considerações aduzidas, é importante mencionar a disposição prevista no artigo 20 do Código de Processo Penal, a qual prevê que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”⁶³, assim, pode-se dizer que se a publicidade prejudicar o curso das investigações ou a realização de uma diligência, deverá ser decretado o sigilo.

Note-se, ainda, que muitas vezes o sigilo garante a eficácia de determinado ato investigatório, essencial à elucidação do fato delituoso, pois, consiste em elemento surpresa, evitando que o investigado e até mesmo terceiros possam influenciar no resultado da medida.

Embora seja possível restringir a publicidade dos atos praticados no inquérito policial, é necessário mencionar que essa restrição possui caráter excepcional, não podendo, portanto, ser realizada em toda e em qualquer hipótese, em virtude do que dispõe a Súmula nº 14 do Supremo Tribunal Federal: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova, que já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”⁶⁴, portanto, o advogado não poderá ser impedido de ter acesso aos autos no que tange

⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

⁶¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 10 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 abr. 2019.

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 177.

⁶³ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em 22 abr. 2019.

as diligências já concluídas, mas tão somente poderá ter o seu direito limitado em relação ao que a autoridade policial está realizando ou ainda vai realizar, com o intuito de garantir a eficácia das respectivas diligências.

O direito de acesso aos autos de inquérito policial pelo advogado também se encontra assegurado pelo artigo 7º, incisos XIII, XV, XVI e parágrafo primeiro da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, ao dispor que o advogado tem o direito de examinar ou retirar os autos de investigação, sejam eles findos ou em andamento, em qualquer instituição, até mesmo sem procuração, podendo, inclusive, copiar peças e tomar apontamentos.⁶⁵ Porém, é necessário ressaltar que no tocante aos autos sigilosos, o advogado deverá estar munido de procuração.

Além disso, por ser um procedimento de caráter oficioso, a autoridade policial ao tomar conhecimento de um delito de ação penal pública incondicionada deverá agir de ofício instaurando o inquérito policial e realizando as diligências com o fim de obter elementos de informação quanto a autoria e materialidade da infração. Ainda, nos casos de ação penal pública condicionada, o delegado de polícia deverá ter a representação da vítima para poder instaurar a investigação, mas mesmo nesta hipótese o delegado tem autonomia para realizar diligências de ofício.⁶⁶

Embora o inquérito policial tenha caráter oficioso, ele é indisponível, razão pela qual a autoridade policial não poderá arquivar o procedimento de ofício, conforme disposição legal do artigo 17 do Código de Processo Penal.⁶⁷

Assim, em nenhuma hipótese haverá arquivamento da investigação pelo delegado, mas tão somente por meio de requerimento do Ministério Público, titular da ação penal, ao Magistrado.

Observa-se que o inquérito policial possui caráter discricionário porquanto a autoridade policial não possui a obrigação de seguir uma sequência lógica de atos predeterminados, podendo, atuar conforme o seu entendimento, isto é, de acordo com a melhor maneira para elucidar os fatos.⁶⁸

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

⁶⁶ Neste sentido: DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso De Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2015, p. 125-126. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. Salvador. Jus Podivm, 4ª Ed., 2016. p. 190.

⁶⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

⁶⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso De Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2015, p. 125-126

Ainda, conforme Lima⁶⁹ a discricionariedade está relacionada a ideia de atuação conforme os limites impostos pela lei, assim, se o delegado de polícia não atuar em conformidade com esses limites, a sua atuação será arbitrária, uma vez que estará agindo de forma contrária a lei, assim, embora, o delegado tenha liberdade, não poderá adotar diligências que são contrárias à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional, bem como, nos casos em que a lei exigir, deverá solicitar a prévia autorização judicial para a realização de certas diligências, como a quebra de sigilo bancário.

Conforme já mencionado, o inquérito policial é uma das espécies de investigação preliminar, sendo uma peça meramente informativa, na medida em que tem por fim apurar os indícios de autoria e prova da materialidade do suposto delito, por meio da colheita de elementos de informação, razão pela qual podemos dizer que o inquérito policial é dispensável.

Isso porque, ele atua como instrumento para apurar as infrações penais, possibilitando a persecução penal em juízo. Assim, se o Ministério Público ou o ofendido possuir os elementos mínimos necessários para o oferecimento da denúncia ou da queixa, o inquérito policial não será necessário.

A dispensabilidade do inquérito policial, inclusive, é prevista no Código de Processo Penal⁷⁰, conforme se extrai de seus artigos, 12, 27, 39, parágrafo quinto e artigo 46, parágrafo primeiro, os quais dispõem, em suma, que se houver elementos de convicção necessários não haverá necessidade de instauração de inquérito policial, tendo em vista que esses elementos poderão ser fornecidos por outros meios, inclusive, qualquer pessoa do povo capaz poderá fornecer esses elementos.⁷¹

No mais, tanto a jurisprudência quanto a doutrina majoritária reconhecem que o inquérito policial possui caráter inquisitivo. Assim, Nucci⁷² sustenta o caráter inquisitivo do inquérito, na medida em que não é permitido ao investigado ou ao indiciado a ampla oportunidade de defesa, pois, diferentemente do que ocorre na instrução judicial, não há possibilidade de oferecer recursos, apresentar alegações, entre outras atividades, caso contrário existiriam duas instruções iguais, sendo uma realizada pelo delegado e a outra pelo magistrado, o que seria desnecessário. O autor ainda argumenta que o inquérito é destinado ao Ministério

⁶⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. Salvador. Jus Podivm, 4ª Ed., 2016, p. 189.

⁷⁰ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: volume único. Salvador. Jus Podivm, 4ª Ed., 2016, p. 175-176.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª Ed., 2016, p. 164-165.

Público para a formação de sua *opinio delicti*, razão pela qual não necessita ter contraditório e ampla garantia de defesa eficiente, pois, eles serão desenvolvidos se houver ação penal.

No mesmo sentido, o autor Tourinho Filho⁷³ sustenta que o inquérito policial é inquisitivo, pois, nele não existe a presença do contraditório, nem de acusados, tendo em vista que não é processo, sendo que a garantia constitucional consagrada no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal é destinada aos litigantes, que não existem no inquérito. Além disso, o autor diz que o inquérito é uma medida preparatória para desencadear a ação penal, fornecendo os elementos necessários para o ingresso em juízo, assim, por não possuir finalidade punitiva, não admite contraditório.

Inclusive, em recente julgado o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo caráter inquisitivo do inquérito, conforme se extrai do trecho do seguinte julgado:

(...) inexistente nulidade do interrogatório policial por ausência do acompanhamento do paciente por um advogado, sendo que esta Corte acumula julgados no sentido da prescindibilidade da presença de um defensor por ocasião do interrogatório havido na esfera policial, por se tratar o inquérito de procedimento administrativo, de cunho eminentemente inquisitivo, distinto dos atos processuais praticados em juízo (grifo nosso).⁷⁴

Por outro lado, o autor Dezem⁷⁵ sustenta que seria mais adequado dizer que o inquérito policial é inquisitivo de maneira atenuada, uma vez existe o direito de acesso aos autos do inquérito policial, conforme disposto pela Súmula 14 do Supremo Tribunal Federal, bem como a necessidade de contraditório prévio para aplicar as medidas cautelares, pois, em regra, o investigado precisa ser intimado acerca da imposição da medida, conforme dispõe o artigo 282, parágrafo terceiro do Código de Processo Penal.

Já para Lopes Jr.⁷⁶ existe direito de defesa e ao contraditório no inquérito policial, tendo em vista a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório à autodefesa positiva ou permanecer em silêncio, exercendo, a autodefesa negativa. Além disso, o advogado poderá participar do interrogatório, postular diligências e juntar documentos. Sustenta, ainda, que o direito de defesa e ao contraditório possuem alcance limitado, uma vez que não existe relação jurídico-processual e nem o exercício de uma pretensão acusatória. Assim, o contraditório não se manifesta em sua plenitude, mas por meio da garantia de acesso aos autos do inquérito.

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 16ª Ed., 2013, p. 115-116.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). *Habeas corpus* nº 162149 MG 2010/0024853-2. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em 24 abr. 2018. Publicado em 10 mai. 2018. Disponível em <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2111154>. Acesso em 19 abr. 2019.

⁷⁵ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 123.

⁷⁶ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2018, p. 172-174.

Nesse diapasão, no julgamento da PET nº 7.612, em 12 de março de 2019, pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto de vista, realizou a seguinte consideração⁷⁷:

Essas medidas encontram guarida nas garantias fundamentais à assistência técnica, ao contraditório e à ampla defesa, aplicáveis inclusive no âmbito administrativo (art. 5º, LXIII e LV, da CF/88). Por esses motivos, diverjo dos entendimentos que concluem pela não aplicação da garantia do contraditório, no âmbito do inquérito. Contudo, tais direitos findam por ser aplicados e resguardados em conformidade com as funções e limitações cognitivas de cada fase da persecução penal. Considerando que a investigação preliminar tem uma função instrumental em relação ao processo (centralidade do juízo oral), há limitações cognitivas em sua amplitude e extensão.⁷⁸

Embora o inquérito policial seja um procedimento administrativo de caráter inquisitivo, no qual não há o exercício de uma pretensão acusatória, entende-se que existe defesa, ainda, que não seja ampla e contraditório, ainda que limitado, uma vez que o investigado pode fornecer a sua versão dos fatos no inquérito policial, durante o seu interrogatório, além de poder estar acompanhado por advogado, o qual possui algumas prerrogativas, como de acesso aos autos da investigação e de poder solicitar diligências para a autoridade policial.

Por fim, é necessário analisar o valor probatório do inquérito policial, pois, embora ele forneça elementos de autoria e prova da materialidade para o titular da ação penal desencadear a persecução em juízo, o magistrado não poderá fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos no inquérito. Isso porque, o próprio artigo 155 do Código de Processo Penal, dispõe que: “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 (...)”⁷⁹, sendo que os elementos de convicção utilizados na decisão devem estar em consonância com os elementos de prova colhidos em juízo.

Observa-se, ainda, que o próprio dispositivo citado acima do Código de Processo Penal faz uma ressalva pautando-se que o juiz poderá fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos do inquérito policial, quando se tratar de provas cautelares repetíveis e antecipadas.

⁷⁷ POMPEU, Ana. *Advogado não precisa ser intimado para oitivas de inquérito, decide 2ª Turma do STF*. Brasília: Consultor Jurídico. Publicado em 12 mar. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-12/advogado-nao-intimado-otivas-inquerito>. Acesso em 15 mar. 2019.

⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental nº 0070051-20.2018.1.00.0000. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 12 mar. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5449602>. Acesso em 19 abr. 2019.

⁷⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

Para melhor compreensão do dispositivo é necessário analisar a distinção entre elementos de informação e provas. Segundo Lima⁸⁰ explica que os elementos de informação são aqueles colhidos durante a fase investigatória, sem a necessidade de participação das partes, não sendo obrigatória a observância do contraditório e da ampla defesa, pois, conforme disposição constitucional, não há que se falar em acusados, mas apesar disso, são essenciais para a persecução penal, na medida em que auxiliam na formação da *opinio delicti* do Ministério Público, podendo fundamentar a decretação de medidas cautelares ou a decisão de absolvição sumária pelo juiz.

No tocante as provas, o referido autor⁸¹ sustenta que ela só pode ser utilizada para se referir aos elementos de convicção produzidas no curso do processo judicial, conseqüentemente com a participação das partes, em observância ao contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que o contraditório funciona como condição de existência e validade das provas, razão pela qual só podem ser considerados como prova aqueles dados de conhecimento realizados no processo na presença do juiz e com participação das partes.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. CONDENAÇÃO QUANTO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. I. Esta Corte Superior de Justiça vem reiterando em inúmeros julgados ser inadmissível a prolação de decreto condenatório exclusivamente com base em notícias colhidas durante investigações preliminares, que não tenham sido submetidas ao crivo do devido processo legal, em seus consectários do contraditório e da ampla defesa. II. Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual o magistrado pode livremente apreciar as provas, adotá-las ou recusá-las mediante convicção motivada. Contudo, há proibição expressa de fundamentação exclusiva nos elementos do inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Inteligência do art. 155 do Código de Processo Penal. III. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (grifo nosso).⁸²

Dessa maneira, tem-se que o inquérito policial fornece apenas elementos informativos, na medida em que o direito de defesa pela parte é restrito, pois, o contraditório é limitado e a

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. Salvador: Jus Podivm, 4ª Ed., 2016, p. 169.

⁸¹ Idem.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Habeas corpus nº 156333 ES 2009/0240042-9. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgamento em 5 abr. 2011. Publicado em 15 abr. 2011. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805568/habeas-corpus-hc-156333-es-2009-0240042-9?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

defesa não é ampla, razão pela qual o Magistrado não pode fundamentar sua decisão unicamente em elementos fornecidos pela investigação policial, pois haveria um desrespeito ao devido processo legal e ao direito fundamental de defesa do réu, tornando a decisão nula.

4 ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 13.245/2016 NO ÂMBITO DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (“Estatuto da Advocacia”) surgiu no ano de 1995 e define os deveres e prerrogativas dos advogados, garantindo a atuação do advogado em defesa dos direitos fundamentais e humanos de cada pessoa, de forma a combater a abusividade institucional, entre outras ilegalidades.⁸³

Além disso, a própria Constituição Federal, em seu artigo 133, também assegura o papel do advogado na sociedade, ao prever que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”⁸⁴, assim, conforme Gonzaga, Penna Neves e Beijato Junior⁸⁵, esse dispositivo tem por objetivo garantir a prerrogativa do advogado de manutenção da própria democracia e acesso à justiça.

Isso posto, é de suma importância ao presente trabalho a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016 no âmbito do Estatuto da Advocacia, pois, foi dada nova redação ao inciso XIV e foram inclusos os parágrafos 10, 11 e 12, e o inciso XXI ao artigo 7º.⁸⁶

Com isso, ocorreu uma ampliação das prerrogativas dos advogados, no tocante ao acesso aos autos de investigação e demais procedimentos pelos advogados, as quais serão analisadas ao longo deste capítulo.

Primeiramente, o inciso XIV do artigo 7º da referida Lei passou a prever que o advogado pode examinar autos de flagrante e investigação de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, em qualquer instituição responsável pela

⁸³ GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Pena; BEIJATO JÚNIOR, Roberto. Estatuto da Advocacia e Novo Código de Ética e Disciplina da OAB. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 19.

⁸⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 10 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 abr. 2019.

⁸⁵ GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Pena; BEIJATO JÚNIOR, Roberto. *Estatuto da Advocacia e Novo Código de Ética e Disciplina da OAB*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 4ª Ed., 2018, p. 11.

⁸⁶ BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

investigação, podendo, inclusive, copiar peças e tomar apontamentos. Acerca deste inciso, destaca-se o ensinamento do autor Lôbo, o qual explica que:

O direito do advogado ao exame processual, já garantido pela Súmula Vinculante 14-STF, foi substancialmente reforçado pela Lei n. 13.245/2016, que deu nova redação ao inciso XIV do art. 7º da Lei n. 8.906/94, além de acrescentar três parágrafos ao artigo, que delimitam o alcance do inciso. De acordo com a nova redação, o advogado tem direito de exame de processo em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, e não apenas em repartição policial, como estabelecia a redação anterior. Assim, o direito se expandiu para incluir o Ministério Público e órgãos de todos os poderes públicos que tenham competência para conduzir investigação contra pessoas físicas ou jurídicas. O direito de exame abrange quaisquer processos investigativos, incluindo os inquéritos administrativos, findos ou em andamento, pouco importando que estejam em meio físico ou digital.⁸⁷

A partir da análise deste artigo, pode ser verificado que o direito de exame teve o seu alcance ampliado, para incluir as investigações promovidas pelo Ministério Público e demais órgãos públicos e não apenas aquelas realizadas pela polícia. Dessa forma, o advogado pode ter acesso aos autos de qualquer investigação, inclusive, aquelas de natureza não criminal. Além disso, o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal garante ao preso a assistência de advogado, logo, é necessário que o defensor tenha acesso aos autos da investigação, caso contrário, a mencionada garantia constitucional seria inócua.⁸⁸

Observa-se, ainda, que o parágrafo 12 do artigo 7º do Estatuto da Advocacia dispõe que a inobservância do inciso XIV, bem como o fornecimento incompleto dos autos da investigação ou retirada de peças já inclusas, implicará na responsabilidade criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o objetivo de prejudicar o exercício do direito de defesa. E, ainda, é dada a possibilidade de o advogado requerer ao juiz o acesso aos autos.⁸⁹

Com efeito, percebe-se que o legislador ao prever a responsabilização da autoridade que prejudicar o direito de acesso aos autos da investigação e, conseqüentemente, o direito de defesa, positivou uma espécie de sanção, garantindo o direito do advogado e coibindo eventuais abusos e ilegalidades.

Já o inciso XXI do artigo 7º da Lei nº 13.245/2016 prevê que:

⁸⁷ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. São Paulo: Saraiva Educação, 11ª Ed., 2018, p. 100.

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. Salvador: Jus Podivm, 4ª Ed., 2016, p. 124.

⁸⁹ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

Art. 7º São direitos do advogado: (...) XXI – assistir 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 ou probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (...) a) Apresentar razões e quesitos; (...) (grifo nosso).⁹⁰

Com este novo inciso, o advogado passa a ter a garantia de poder acompanhar os seus clientes durante as investigações, pois, se a referida garantia não for cumprida tal como dispõe a lei, haverá a nulidade absoluta do interrogatório ou do depoimento, podendo, inclusive, gerar a nulidade de todos os elementos dele decorrentes. Pode ser observado que foi adotada pelo legislador a “teoria dos frutos da árvore envenenada” ou também chamada de nulidade derivada, prevista no artigo 573, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, já abordada no item 2.2 do presente trabalho.

Na alínea “a” do referido dispositivo o legislador positivou a possibilidade de o advogado apresentar razões e quesitos durante as investigações, os quais devem ser admitidos previamente pela autoridade policial, a qual poderá indeferir de forma fundamentada, sendo que neste caso deverá ser registrado no respectivo termo.⁹¹

Sobre o referido dispositivo, Lima Filho esclarece que:

A nova redação do art. 7.º, XXI, do Estatuto da OAB, não trouxe a obrigatoriedade da presença do advogado ou do defensor na fase pré-processual. Trata-se de um respaldo legal em favor do advogado e não do investigado, uma faculdade no sentido de que, desejando, poderá acompanhar os citados atos investigativos. O exercício da ampla defesa, que deverá ser plenamente desempenhado na fase processual, surge de forma mitigada na fase pré-processual.⁹²

No mesmo sentido, o autor Lima acrescenta que:

De outro, apesar de a Lei n. 13.245/16 ter positivado o direito de o advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI), daí não se pode concluir que a presença de advogado passaria a ser obrigatória para fins de realização de interrogatórios policiais, sob pena de transformarmos a investigação preliminar em um verdadeiro juizado de instrução, porém sem a presença do Ministério Público, no caso de inquéritos policiais presididos por Delegados de Polícia, e da autoridade judiciária competente.⁹³

⁹⁰ BRASIL. Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

⁹¹ LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. Lei 13.246/2016: uma análise do caráter democrático do Inquérito Policial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 168, dez. 2016, p. 166.

⁹² Idem.

⁹³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. Salvador: JusPodivm, 4ª Ed., 2016, p. 186-187.

De acordo com o autor Badaró⁹⁴ a interpretação literal do inciso XXI indica que não há imposição da presença de advogado na investigação preliminar, mas apenas é dada a possibilidade de sua presença, dessa forma, assim só haveria nulidade se fosse negado o direito de assistência por advogado ao investigado.

Porém, o referido autor⁹⁵ faz uma crítica ao dispositivo, ao sustentar que essa interpretação seria reducionista, na medida em que seria melhor assegurar a todo e qualquer investigado o direito de ser assistido por um advogado seja ele constituído ou público, pois, quando há um investigado existe uma imputação penal provisória, razão pela qual deveria ser garantido o direito a um defensor, conforme dispõe o artigo 8.2.d da Convenção Americana de Direitos Humanos.⁹⁶

Ocorre que para efetivação deste direito, seria necessária uma estrutura que permita a presença Defensoria Pública nos distritos policiais, o que ainda não faz parte da realidade.

Com efeito, pode-se observar que o inciso XXI visa assegurar o direito de participação do advogado nas investigações, mas é preciso se atentar ao fato que o legislador se utiliza do termo “clientes”, de forma que podemos concluir que se trata de uma prerrogativa do advogado e não do investigado. No tocante, aquele investigado que não tiver advogado constituído ou nomeado nos autos não terá como alegar a nulidade do interrogatório ou de outros atos no decorrer da investigação preliminar, pois, a presença do advogado não é obrigatória.

No mais, conforme já mencionado, o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal ao dispor que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”⁹⁷, garante ao advogado o direito de assistir o seu cliente e se a autoridade responsável negar este direito ao advogado, haverá a nulidade do interrogatório, bem como de todos os atos dele derivados.⁹⁸

A Lei nº 13.245/2016 realizou algumas restrições no direito de participação do advogado nas investigações, ao dispor em seus parágrafos 10 e 11 que nos autos sigilosos o advogado deverá apresentar procuração para exercer o direito de acesso aos autos, bem como a autoridade competente poderá restringir o acesso das diligências em andamento e, se não documentadas nos autos, naquelas situações em que houver risco de prejudicar a eficiência,

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª Ed., 2017, p. 125.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

⁹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 10 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 abr. 2019.

⁹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. Salvador: JusPodivm, 4ª Ed., 2016, p. 187.

eficácia ou finalidade das diligências, será possível, portanto, notar que houve a consolidação do entendimento previsto na Súmula Vinculante n. 14, a qual prevê 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 (grifo nosso).⁹⁹

Assim sendo, resta claro que o advogado tem direito de ter vista dos autos, mas o seu acesso irrestrito causaria inúmeros prejuízos à investigação, o que seria contrário ao próprio caráter sigiloso do inquérito, razão pela qual foi excepcionado o direito de vista apenas aos atos já praticados e juntados no inquérito.¹⁰⁰

Ademais, com as mudanças introduzidas pela Lei nº 13.245/2016 muito se discutiu acerca do afastamento do caráter inquisitorial do inquérito policial, pois, houve ampliação do direito de exame dos autos e a recepção expressa da categoria de nulidade absoluta na fase investigatória.

Para o autor Lima, não houve o distanciamento da natureza inquisitorial, conforme consta na seguinte explicação:

As mudanças legislativas produzidas pela Lei n. 13.245/16 não têm o condão de afastar a natureza inquisitorial das investigações preliminares, nem tampouco de tornar obrigatória a presença de advogado durante o interrogatório policial. Na verdade, preservada esta natureza, o que houve foi a outorga de um viés mais garantista à investigação preliminar, buscando-se garantir os direitos fundamentais do investigado.¹⁰¹

No mesmo sentido, Nicolitt acrescenta que:

Cuida assim a Lei 13.245/2016, diretamente, das prerrogativas do advogado e não dos direitos do indiciado, o que só é tutelado por via reflexa. A indigitada lei não mudou a estrutura do inquérito ou dos procedimentos investigatórios, mas veio sim fortalecer as prerrogativas da advocacia, não raro violadas no âmbito de investigações policiais, bem como as realizadas pelo Ministério Público.¹⁰²

De fato, as alterações inseridas pela Lei nº 13.245/2016 no artigo 7º do Estatuto da Advocacia não mudaram o caráter inquisitivo do inquérito policial para acusatório, pois, os titulares dos direitos introduzidos são os advogados e não os investigados. Desta sorte, se o investigado não tiver advogado constituído nos autos da investigação ele não terá como usufruir

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 14. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em 22 abr. 2019.

¹⁰⁰ SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Inquérito Policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual*. Campinas, SP: Millenium Editora, 3ª Ed., 2016, p. 19.

¹⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. Salvador: JusPodivm, 4ª Ed., 2016, p. 186.

¹⁰² NICOLLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Belo Horizonte: D'plácido, 7ª Ed., 2018, p. 209.

desses direitos, na medida em que eles são uma garantia para o advogado atuar na investigação preliminar.¹⁰³

Em que pese a orientação, somente haveria o afastamento da natureza inquisitorial do inquérito policial se fosse obrigatória a presença de um defensor durante a oitiva e interrogatório do investigado, portanto, se não houvesse advogado no momento da realização do ato, este seria nulo.

Porém, não é essa a interpretação dada ao inciso XXI do artigo 7º do Estatuto, na medida em que ele visa garantir a participação do advogado nos autos de forma que a ausência de defesa técnica durante as investigações preliminares não torna viciado o ato realizado, pois, essa ausência não é capaz por si só de tornar o interrogatório ou qualquer outro ato nulo no âmbito do inquérito policial, não se tratando de uma obrigação, mas sim de uma escolha do investigado constituir ou não advogado.¹⁰⁴

5 NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL E O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo será estudada a possibilidade de decretação da nulidade no inquérito policial a partir da mudança implementada pela Lei nº 13.245/2016, a qual passou a prever em seu artigo 7º, XXI, a categoria de nulidade absoluta na fase investigatória. Também será analisada se os Tribunais Superiores têm declarado a nulidade no inquérito policial com base na referida lei.

Isso posto, tem-se que tradicionalmente os Tribunais Superiores se recusavam a reconhecer ou a declarar a nulidade na fase do inquérito policial por ser peça meramente informativa, não sendo admitido, ainda, que eventual vício ocorrido nesta fase pudesse contaminar a ação penal, conforme se observa dos seguintes julgados:

(...) AÇÃO PENAL. NULIDADE PROCESSUAL. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA. VÍCIOS NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO ALCANÇAM A AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é de que a demonstração de prejuízo, nos termos “do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que [...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades - *pas de nullité sans grief* - compreende as nulidades absolutas”. Precedente. 2. A orientação desta Corte é no sentido de que “eventuais vícios

¹⁰³ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 172.

¹⁰⁴ PIMENTEL JR. Jaime Pimentel; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Polícia Judiciária e o direito de defesa na investigação criminal*. São Paulo: Verbatim, 1ª Ed., 2017, p. 104-109.

formais concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subsequente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória (...) (grifo nosso).¹⁰⁵

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. EVENTUAIS VÍCIOS DO INQUÉRITO NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. INTERROGATÓRIO NA FASE INQUISITÓRIA SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PROCEDIMENTO DESPROVIDO DE CONTRADITÓRIO E DE AMPLA DEFESA. (...). 1. Eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não contaminam o desenvolvimento da ação penal, tendo em vista ser o Inquérito Policial peça meramente informativa e não probatória. Precedentes desta Corte. 2. A realização do interrogatório, na fase do Inquérito Policial, sem a presença de seu defensor, não enseja qualquer nulidade, tendo em vista tratar-se de procedimento inquisitivo, no qual não se fazem presentes os princípios do contraditório e da ampla defesa. (...) 4. Recurso desprovido (grifo nosso).¹⁰⁶

De fato, pode ser verificado, a partir da análise desses julgados, que os Tribunais Superiores não reconheciam a nulidade no âmbito do inquérito policial e que eventuais vícios ocorridos nesta fase não poderiam contaminar o processo penal. Isto porque, o inquérito policial é visto como procedimento meramente informativo, razão pela qual é dispensável sendo, ainda, desprovido de contraditório e ampla defesa.

Ocorre que, atualmente, conforme já abordado no capítulo anterior, a Lei nº 13.245/2016 passou a prever a possibilidade de o defensor assistir seus clientes durante a investigação sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento, podendo gerar a contaminação dos atos subsequentes. Assim, verifica-se que houve recepção expressa pela lei da categoria de nulidade absoluta no inquérito policial.¹⁰⁷

Conforme destaca Barros¹⁰⁸ é possível observar que a implementação realizada pela Lei nº 13.245/2016 rompe com o tradicional entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores de que não seria possível declarar a nulidade no âmbito do inquérito policial, em razão de ser um procedimento meramente informativo.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Recurso Especial nº 856.516. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 26 mai. 2015. Publicado em 23 jun. 2015. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22450685/agravo-de-instrumento-ai-856516-ms-stf?ref=serp>. Acesso em 19 abr. 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso Ordinário em *Habeas corpus* nº 16047 MG 2004/0057398-7. Julgado em 9 mai. 2006. Publicado em 12 jun. 2006. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158179/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-16047-mg-2004-0057398-7?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

¹⁰⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 961-962.

¹⁰⁸ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013, p. 126.

No entanto, embora a nova lei tenha recepcionado a categoria de nulidade absoluta no âmbito do inquérito policial, o Superior Tribunal de Justiça não tem declarado a nulidade dos procedimentos investigatórios, mantendo o entendimento, conforme pode-se extrair dos seguintes julgados:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGA. FLAGRANTE. INQUÉRITO POLICIAL. INTERROGATÓRIO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE DO PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio, à preservação de sua integridade física e moral e o de ser assistido por advogado. 2. *In casu*, consta do Auto de Prisão em Flagrante e do Termo de Interrogatório que a então investigada, ora paciente, foi cientificada de seu direito de permanecer em silêncio, de ter assistência de um advogado, de saber a identidade do responsável por sua prisão, de ter sua integridade física/moral respeitadas e de não ser datiloscopicamente identificada se portadora de cédula de identidade, porém não manifestou desejo de ser assistida por advogado, o que denota não existir qualquer nulidade a sanar, até porque o interrogatório judicial deverá ser realizado sob o crivo do contraditório, na instrução processual. 3. Habeas corpus denegado (grifo nosso).¹⁰⁹

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. NULIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. INTERROGATÓRIOS DE CORRÉUS PERANTE AUTORIDADE POLICIAL SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE DO PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio e o de ser assistido por advogado. 2. *In casu*, embora não conste dos termos de interrogatório dos corréus em sede de investigação o registro do direito ao silêncio e do direito a serem assistidos por advogados, o fato é que as declarações tomadas não apontaram para qualquer participação do recorrente, o que afasta o alegado prejuízo exigido para fins de nulidade. 3. Ademais, a defesa do recorrente busca anular interrogatórios realizados em sede de investigação, que serão naturalmente refeitos em juízo sob o crivo do contraditório, sem ao menos demonstrar direto prejuízo, pretensão por certo inviável de acolhimento nesta via de procedimento heroico. 4. Recurso desprovido (grifo nosso).¹¹⁰

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. ILEGALIDADES PRATICADAS NO CURSO INVESTIGATÓRIO. MÁCULAS QUE NÃO TÊM O CONDÃO DE CONTAMINAR A AÇÃO PENAL. NATUREZA MERAMENTE

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Habeas corpus nº 382.872 TO 2016/0329809-3. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 9 mai. 2017. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72339840&num_registro=201603298093&data=20170515&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 19 abr. 2019.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso em Habeas Corpus nº 92703 RS 2017/0321132-1. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 24 abr. 2018. Publicado em 11 mai. 2018. Disponível em <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2111000>. Acesso em 19 abr. 2019.

INFORMATIVA DO INQUÉRITO POLICIAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça consolidou-se no sentido de que eventuais máculas na fase extrajudicial não tem o condão de contaminar a ação penal, dada a natureza meramente informativa do inquérito policial (...) (grifo nosso).¹¹¹

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO JULGADO DE ORIGEM. NULIDADES. TESTEMUNHOS NA FASE POLICIAL. INOCORRÊNCIA. EVENTUAIS VÍCIOS NO INQUÉRITO NÃO CONTAMINAM O PROCESSO. ADIAMENTO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INDEFERIMENTO. RÉU ASSISTIDO POR ADVOGADO DATIVO E POR PATRONO CONSTITUÍDO NOS AUTOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não há violação ao art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, quando o Tribunal a quo enfrenta as questões postas de maneira clara e fundamentada. 2. Dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. Assim, é visível que, sem a comprovação, de plano, do prejuízo para a defesa, não há reconhecimento de nulidade processual (AgRg no AREsp 1.290.247/CE, Rel. Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 26/9/2018). (...) Agravo regimental desprovido (grifo nosso).¹¹²

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBOS MAJORADOS. NULIDADES. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO DURANTE INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. (...) ORDEM NÃO CONHECIDA (...). 5. Ainda que assim não fosse, convém atentar que eventual irregularidade na fase investigativa, mesmo que venha a ser comprovada, não possui o condão de afetar a ação penal. Isso porque o inquérito policial é peça meramente informativa, que visa munir o órgão responsável pela acusação dos elementos necessários para o oferecimento da denúncia, não consistindo, portanto, em fase obrigatória da persecução penal (...) (grifo nosso).¹¹³

Com base nesses julgados, foi observado que embora exista o reconhecimento de que o investigado tem direitos fundamentais, os quais já eram reconhecidos antes da alteração

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Recurso em habeas corpus nº 54032 RS. Julgado em 27 jun. 2017. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;rhc:2017-06-27;54032-1639047>. Acesso em 19 abr. 2019.

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1574658 SC 2015/0315317-0. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em 27 nov. 2018. Publicado em 7 dez. 2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661803827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1574658-sc-2015-0315317-0?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 452353 RS 2018/0128366-1. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento 4 jun. 2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/585114724/habeas-corpus-hc-452353-rs-2018-0128366-1?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

legislativa, a recepção da categoria de nulidade absoluta na fase preliminar, promovida pela Lei nº 13.245/2016, não foi capaz de alterar o entendimento jurisprudencial na medida em que o inquérito policial continua a ser visto como procedimento meramente informativo, razão pela qual, entende-se que é encontrada certa resistência para declarar a nulidade nesta fase.

A propósito, a nulidade recepcionada pelo inciso XXI do artigo 7º da Lei nº 13.245/2016, não gera a contaminação dos atos do processo, ainda prevalecendo o entendimento que os vícios do inquérito não contaminam a ação penal, na medida em que a nulidade positivada diz respeito aos atos praticados durante a investigação que violem o referido inciso.¹¹⁴

Nesse contexto, Lima Filho acrescenta que:

De tal modo, a exigência em comento se refere a uma prerrogativa do defensor e não do investigado de forma que, no âmbito da Lei 13.245/2016 que expressa a discutida causa de invalidade, o papel do Delegado de Polícia é permitir o exercício de tal direito, sob pena de nulidade absoluta do ato. No entanto, é preciso destacar que, a assistência do advogado já era garantida no art. 5.º, LXIII, da CRFB, como um direito fundamental do “preso” desde 1988. Apesar disso, até o momento, os tribunais não têm se manifestado pela nulidade absoluta do ato investigativo realizado sem a presença do advogado ou defensor (grifos nosso).¹¹⁵

É possível notar, de fato, que as modificações realizadas pela Lei nº 13.245/2016 afetaram somente o Estatuto de Advocacia, na medida em que foi incluído como direito do advogado o de assistir o seu cliente durante a investigação criminal e pode ser observado que o legislador não alterou o Código de Processo Penal, ou qualquer outra lei, processual especial, sendo que não era a sua intenção assegurar o contraditório e a ampla defesa na fase investigativa. Isso porque, a referida Lei não visa garantir o direito do investigado em ser assistido por advogado durante a fase pré processual, mas sim, em estabelecer uma sanção no caso de a autoridade praticar ato para impedir a assistência por advogado.¹¹⁶

Em outras palavras, para ocorrer uma mudança no entendimento jurisprudencial, no sentido de declarar efetivamente a nulidade na fase investigatória, seria preciso uma alteração na legislação processual penal a qual fosse capaz de alterar o caráter e o procedimento do inquérito policial, pois, conforme foi extraído da jurisprudência, esse não foi o papel desempenhado pela Lei nº 13.245/2016, inclusive, este é o entendimento do autor Nicollitt:

¹¹⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 169.

¹¹⁵ LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. *Lei 13.246/2016: uma análise do caráter democrático do Inquérito Policial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 161-180, dez. 2016, p. 166.

¹¹⁶ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 10ª Ed., 2018, p. 176.

Há que se destacar que com o advento da Lei 13.245/2016 que deu nova redação ao art. 7º do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) vozes não faltarão no sentido de verem no inquérito a ampla defesa e o contraditório. No entanto, interpretação nesse sentido decorre de equívoco analítico. Quisesse a lei dotar o inquérito de contraditório e ampla defesa teria alterado o título II, do Livro I, do CPP, que trata do inquérito policial, mas não o fez. Diversamente, deu nova redação ao art. 7º da Lei 8.906/1994 (EOAB), que trata exatamente dos direitos do advogado.¹¹⁷

De fato, a alteração implementada pela Lei nº 13.245/2016 diz respeito a prerrogativas do advogado e não do investigado, e conforme observado por Barros que assevera: “(...) trata-se de norma evidentemente seletiva, pois, não são todos os investigados que terão direito a essa assistência, mas só aqueles que constituírem defensor”.¹¹⁸

Portanto, somente poderá usufruir do disposto no Estatuto da Advocacia, aquele investigado que possuir advogado constituído nos autos, pois, a assistência de advogado não se tornou obrigatória com a alteração legislativa.

Digno de nota, o voto de vista do Ministro Gilmar Mendes no âmbito da PET nº 7.612, proferido em recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o qual dispõe que:

(...) a norma do art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94, prevê a assistência dos advogados aos investigados durante a realização dos interrogatórios e depoimentos de seus clientes, não estendendo essa prerrogativa aos depoimentos e interrogatórios dos demais investigados e testemunhas. A legislação vigente não avança para reproduzir, no âmbito do inquérito policial, o modelo processual vigente na ação penal, no qual todas as provas são produzidas com a possibilidade de ciência, acompanhamento e participação dos acusados e de sua defesa (autodefesa e defesa técnica), inclusive com a formulação de perguntas diretamente às testemunhas e de esclarecimentos realizados por intermédio do juiz durante os interrogatórios dos corréus (arts. 188 e 212 do CPP) (grifo nosso).¹¹⁹

No julgamento em questão discutiu-se a necessidade de intimação do advogado para participação das oitivas ocorridas durante o inquérito policial em virtude das mudanças legislativas. Na votação, unanimemente, foi entendido que não existe necessidade de intimação do advogado. Na ocasião, o relator, Ministro Edson Fachin entendeu que as mudanças

¹¹⁷ NICOLLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Belo Horizonte: D'plácido, 7ª Ed., 2018, p. 209.

¹¹⁸ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013, p. 126.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental nº 7.612 DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 12 mar. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-vista-gilmar-advogado-oitivas.pdf>. Acesso em 19 abr. 2019.

implementadas pela legislação apenas reforçaram as prerrogativas da defesa técnica, não existindo, portanto, o direito de intimação prévia do advogado para a realização das oitivas.¹²⁰

Com efeito, o voto do Ministro Gilmar Mendes, confirma o entendimento de que apesar de existir a possibilidade de assistência por advogado na fase preliminar, ela não é obrigatória na medida em que a legislação vigente não estipulou o mesmo procedimento da ação penal no âmbito do inquérito. Assim, se trata de uma prerrogativa do advogado, possibilitando um melhor desempenho de sua atividade na defesa de seus clientes.

Outro ponto de extrema relevância é o fato de que a disposição prevista pelo artigo 7º, XXI, da Lei 13.245/2016 tem por fim estabelecer uma sanção de nulidade absoluta para autoridade responsável pela investigação que obstar a assistência de advogado ao investigado. A partir da leitura do texto legal é possível extrair que a legislação não impõe a participação do defensor nos atos do inquérito e nem estabelece a aplicação plena do contraditório e da ampla defesa nesta fase.¹²¹

Nesse contexto, destaca-se novamente a explicação do Ministro Gilmar Mendes:

Assim, autorizar a plena aplicabilidade do contraditório na investigação preliminar, com a intimação do defensor para oitiva de testemunhas e corréus em sede de inquérito, além da possibilidade de apresentação de quesitos e exame cruzado parece ser medida que extrapola os limites cognitivos do inquérito e findaria por acarretar um indevido inchaço da fase investigativa, o que prejudicaria a estruturação sistemática da persecução penal. Inclusive, isso poderia ter efeitos colaterais para exatamente fragilizar o direito de defesa e o contraditório em razão de uma supervalorização dos elementos produzidos no inquérito e um apequenamento da fase oral diante do juiz natural.¹²²

Percebe-se, de acordo com a análise da decisão, que a instauração efetiva do contraditório no inquérito policial, com a possibilidade de declaração de nulidade da mesma forma que ocorre no processo penal, não seria válido na medida que, conforme o próprio Ministro Gilmar Mendes sustenta, a persecução penal seria prejudicada, pois, os elementos produzidos nesta fase seriam supervalorizados e a fase judicial não teria mais importância. Além disso, com o inchaço da fase preliminar existiria o problema da falta de celeridade influenciando diretamente na prescrição.

¹²⁰ POMPEU, Ana. *Advogado não precisa ser intimado para oitivas de inquérito, decide 2ª Turma do STF*. Brasília: Consultor Jurídico. Publicado em 12 mar. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-12/advogado-nao-intimado-oitivas-inquerito>. Acesso em 15 mar. 2019.

¹²¹ AVENA, Norberto. *Processo Penal*, Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 10ª Ed., 2018. p. 175.

¹²² BRASIL. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental nº 0070051-20.2018.1.00.000. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 12 mar. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5449602>. Acesso em 16 mar. 2019.

Além dos fatores acima explorados, entende-se que outro empecilho para que seja declarada a nulidade no âmbito do inquérito policial é encontrada na explicação de Gloeckner¹²³ que levanta a questão da subordinação da forma processual estar ligada a uma ideia de obstáculo, seja para a verdade, seja para a economia processual ou para o efetivo prejuízo, assim, a jurisprudência é uniforme no sentido de ver a nulidade de forma negativa, a qual gera prejuízos maiores do que o próprio desrespeito à forma prevista em lei visualizada como um malefício maior do que o seu efeito repristinatório.

Para o autor Avena¹²⁴ o inquérito policial não se sujeitaria a declaração de nulidade, na medida em que não possui formalidades essenciais para a sua confecção, já que a lei não estabelece um procedimento específico para ele, razão pela qual não poderia ter vícios que o tornem nulo. O autor explica ainda que isso não significa que determinada prova produzida na fase do inquérito não possa ser declarada nula, visto que é a prova que será nula e não o inquérito policial no qual ela foi realizada, mas nem por isso o inquérito será contaminado integralmente.

Por outro lado, em contraposição ao exposto, Lopes Jr. defende que:

O fato de o inquérito ter natureza administrativa não é um argumento válido, pois não o blinda 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 administrativo (...). Mais do que nunca, qualquer procedimento administrativo é pautado pela estrita legalidade dos atos da administração (...). E, mais do que isso, um ato nulo/ilícito está submetido ao instituto da causalidade e da contaminação, de modo que vai contaminar os que dele derivarem, sendo evidente que a nulidade de um inquérito policial não apenas deverá ser reconhecida e declarada pelo magistrado, como também irá atingir a ação penal e consequente processo penal decorrente dessa invalidade originária.¹²⁵

Do ponto de vista escolhido para a elaboração deste trabalho e diante da divergência doutrinária acerca do tema, entende-se que os direitos fundamentais do investigado devem ser respeitados na fase preliminar, inclusive, sob pena de nulidade, cumprindo estritamente a disposição legal do artigo 7º, XXI, da Lei nº 13.245/2016.

Mas não seria viável transformar o inquérito policial em um procedimento com contraditório pleno e defesa ampla, pois, não haveria celeridade e nem eficiência na realização das diligências, para colheita de provas de autoria e materialidade, o que poderia prejudicar, no trâmite da ação penal, tendo em vista o transcurso do prazo prescricional. Além disso, existiriam duas instruções: uma realizada pelo delegado de polícia e outra pelo juiz, o que fugiria da

¹²³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 2017, p. 469.

¹²⁴ AVENA, Norberto. *Processo Penal*, Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 10ª Ed., 2018. p. 167.

¹²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2018, p. 959-960.

finalidade do inquérito que consiste em reunir elementos para desencadear uma ação penal, evitando um processo infundado e desnecessário.

Assim, mesmo que a Lei nº 13.245/2016 tenha previsto a possibilidade de decretação de nulidade absoluta no âmbito do inquérito policial, rompendo, assim, com o entendimento tradicional externado pela jurisprudência, os Tribunais Superiores não alteraram, até o momento, o seu entendimento, pois, o inquérito policial ainda é visto como mero procedimento informativo, razão pela qual é dispensável, sendo ainda desprovido de contraditório e ampla defesa.

Em síntese, pode se dizer que não foi alterado o procedimento do inquérito policial, e tampouco instaurado o contraditório nesta fase, pois, conforme Badaró¹²⁶, o inciso XXI não assegura a presença do advogado em todos os depoimentos e oitivas de testemunhas durante a investigação, pois, o direito de ter assistência de advogado para a realização de tais atos, é garantido somente ao cliente investigado. Além disso, conforme entendimento jurisprudencial, o interrogatório realizado nesta fase é repetido judicialmente, momento no qual é assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, entende-se que embora a lei proporcione a possibilidade de declaração de nulidade no inquérito policial, não é esse o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores, pois se trata de norma seletiva na medida em que somente contempla aqueles que tiverem advogado constituído nos autos. Isso porque, não houve mudanças na lei processual penal, sendo mantido o entendimento de que o inquérito policial é um procedimento de caráter meramente informativo.

Assim, somente poderá alegar a nulidade absoluta prevista no artigo 7º, XXI, da Lei nº 13.245/2016 aquele que tiver advogado constituído nos autos e este for impedido, pela autoridade responsável, de acompanhar seu interrogatório ou depoimento.

¹²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª Ed., 2017, p. 125.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, o objetivo do trabalho foi alcançado no sentido de explorar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de declaração de nulidade no inquérito policial, em face as atualizações trazidas pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil por meio da Lei nº 13.245/2016 que, inicialmente, como fora constatado com a análise, os Tribunais Superiores se recusam a reconhecer a possibilidade de nulidade no inquérito policial por ser um procedimento meramente informativo.

Analisando primeiramente os aspectos gerais das nulidades, um dos objetivos gerais do trabalho, foi verificado que o modelo previsto na legislação atual busca proteger os trâmites processuais. As nulidades, portanto, existem com o objetivo de assegurar que as garantias constitucionais presentes sejam devidamente garantidas ao acusado, e que seja observado o modelo para a prática do ato processual previsto pelo legislador.

Após levar em tela a discussão da classificação das nulidades, divididas essas em meras irregularidades; nulidades relativas; nulidades absolutas e as inexistentes, fez importante para elucidar o que o Código de Processo Penal define em cada uma delas, chegando à conclusão de ser importante a conceituação para a posterior análise jurisprudencial. Além disso, os princípios analisados retratam as formas integrais com que devem seguir os procedimentos, informando os sistemas das nulidades, procurando rechaçar qualquer atividade que cause prejuízo à parte.

As nulidades, como visto, poderão se convalidar a depender da natureza e da gravidade ou não, momento importante que buscou-se apartar que o ordenamento jurídico brasileiro prevê que há situações em que as nulidades estabelecidas acabam se convalidando com o transcurso do tempo. Exemplificando, a nulidade relativa dentro de um ato que já incorreu em preclusão, convalida-se, pois, o momento adequado para a parte interessada manifestar-se deixou de existir.

Dentro deste cenário, o inquérito policial, inserido na fase pré-processual da persecução penal, é um dos instrumentos responsáveis pelas colheitas de provas de autoria e materialidade do delito, elementos necessários para embasar eventual ajuizamento de uma ação penal. Assim, o inquérito policial evita um processo infundado, custos desnecessários para o Estado, além de assegurar a liberdade do próprio investigado. Foram apresentados os posicionamentos dos autores que são favoráveis à aplicabilidade do contraditório e ampla defesa no âmbito do inquérito, e outros, porém, que não são favoráveis e não entendem que essa atribuição recaia a esse momento pré-processual.

Diante da divergência doutrinária sobre o tema, entendeu-se que apesar de o inquérito policial ser um procedimento administrativo de caráter inquisitivo, no qual não há o exercício de uma pretensão acusatória, existe defesa, ainda, que não seja ampla e contraditório, ainda que limitado, na medida em que o investigado pode fornecer a sua versão dos fatos durante o seu interrogatório, além de poder estar acompanhado por advogado, o qual possui algumas prerrogativas, como de acesso aos autos da investigação e de poder solicitar diligências para a autoridade policial.

O estudo pautado em uma ampla revisão bibliográfica buscou, ainda, trazer desde os conceitos iniciais do que é o inquérito policial, suas funções, e suas características, dentre elas o sigilo, a indisponibilidade, a obrigatoriedade, a dispensabilidade, a discricionariedade, bem como o seu caráter oficioso e inquisitivo. Além do fato de ser uma das espécies da investigação preliminar.

Por fim, foi analisado o ponto principal do trabalho, no caso, a possibilidade de declaração de nulidade no inquérito policial, a partir da alteração prevista por meio da Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016, que recepcionou expressamente a categoria de nulidade absoluta nesta fase, além de ampliar as prerrogativas dos advogados, que passaram a ter maior acesso aos autos, em qualquer investigação, mesmo aquelas de natureza não criminal.

Portanto, conforme análise jurisprudencial realizada, foi possível perceber que a Lei nº 13.245/2016 não foi capaz de alterar os entendimentos dos Tribunais Superiores, os quais se mantiveram no sentido de que não seria possível declarar a nulidade nesta fase, pois, o inquérito policial ainda é visto como procedimento meramente informativo, dispensável, e desprovido de contraditório e ampla defesa. Isso porque, as modificações realizadas dizem respeito ao direito do advogado e não do investigado, de forma que somente poderá alegar a referida nulidade, aquele que tiver advogado constituído nos autos. Além disso, não foram encontradas mudanças na legislação processual penal, o que dificulta ainda mais a mudança do entendimento por parte dos tribunais.

Assim, a possibilidade de declaração da categoria de nulidade absoluta na fase do inquérito policial, somente alterou o texto do Estatuto da Advocacia, não refletindo diretamente na jurisprudência, até o momento, pois, a presença do advogado não se tornou obrigatória, na medida em que não houve a instauração do contraditório no inquérito policial e nem a alteração de seu procedimento, por meio da referida alteração legislativa.

Embora os Tribunais não tenham declarado a nulidade no inquérito policial com base nas mudanças promovidas pela Lei 13.245/2016, do ponto de vista escolhido para a elaboração deste trabalho, entendeu-se que os direitos fundamentais do investigado devem ser respeitados

na fase preliminar, inclusive, sob pena de nulidade, cumprindo estritamente as disposições previstas pela Lei nº 13.245/2016. Entretanto, é necessário ponderar, pois, não seria viável transformar o inquérito policial em um procedimento com contraditório pleno e defesa ampla, pois, a sua eficiência e celeridade seriam comprometidas, podendo prejudicar o trâmite da ação penal, em virtude do transcurso do prazo prescricional.

A garantia do advogado em poder acompanhar todos os atos do inquérito policial, principalmente, seguir o cliente do começo ao fim do procedimento, garante não somente o direito de dar cumprimento às disposições em lei, bem como, traz ao procedimento pré-processual maior segurança jurídica. Assim, a sanção de nulidade absoluta, prevista por meio da Lei nº 13.245/2016, visa assegurar o direito de o advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações na fase pré-processual. Insta mencionar, o acesso do advogado aos autos não é absoluto, havendo restrições e posicionamentos que não cabem a atuação deste.

Em razão dessas considerações, é importante salientar que a alteração acarretou a previsão da possibilidade de o defensor ter o seu cliente assistido por ele, assim, somente poderá alegar a nulidade na fase pré-processual aquele investigado que tiver o advogado constituído nos autos, impedido de acompanhar o seu interrogatório ou depoimento, pela autoridade responsável. Neste sentido, resta claro que a referida alteração legislativa não alterou o procedimento do inquérito policial, se tratando, portanto, de norma seletiva, que somente beneficiará aqueles que possuírem advogado nesta fase, o que não ocorre na maioria dos casos.

Dessa maneira, verificou-se que os Tribunais Superiores mantiveram o seu entendimento inicial, no sentido de não declarar a nulidade na fase do inquérito policial, sem ainda firmar-se em decisões recorrentes e correlatas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 10ª Ed., 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª Ed., 2017.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed., 2013.

_____. **Processo Penal: da investigação até a sentença**. Curitiba: Juruá, 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 18 abr. 2019.

_____. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113245.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 10 de outubro de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 14**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 160**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2747>. Acesso em 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em 22 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 114739 DF**. Rel. Min. Dias Toffoli. Julgado em 30 out. 2012. Disponível em

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22851157/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-114739-df-stf>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Especial nº 1.407.113/SP**. Rel. Min. Moura Ribeiro. Julgado em 26 ago. 2014. Publicado em 01 set. 2014. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25259343/recurso-especial-esp-1407113-sp-2013-0325968-5-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 984.373 BA**. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 14 out. 2016. Publicado em 4 nov. 2016. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11966671>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Recurso em habeas corpus nº 90376 RJ**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 3 abr. 2017. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/757640/recurso-em-habeas-corpus-rhc-90376-rj>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Habeas corpus nº 162149 MG 2010/0024853-2**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em 24 abr. 2018. Publicado em 10 mai. 2018. Disponível em <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2111154>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental nº 0070051-20.2018.1.00.0000**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 12 mar. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5449602>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Habeas corpus nº 156333 ES 2009/0240042-9**. Rel. Min. Gilson Dipp. Julgamento em 5 abr. 2011. Publicado em 15 abr. 2011. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18805568/habeas-corpus-hc-156333-es-2009-0240042-9?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 856.516**. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 26 mai. 2015. Publicado em 23 jun. 2015. Disponível em <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22450685/agravo-de-instrumento-ai-856516-ms-stf?ref=serp>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 16047 MG 2004/0057398-7**. Julgado em 9 mai. 2006. Publicado em 12 jun. 2006. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7158179/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-16047-mg-2004-0057398-7?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Habeas corpus nº 382.872 TO 2016/0329809-3**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 9 mai. 2017. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72339840&num_registro=201603298093&data=20170515&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). **Recurso em Habeas Corpus nº 92703 RS 2017/0321132-1**. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 24 abr. 2018. Publicado em 11 mai. 2018. Disponível em <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2111000>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Recurso em habeas corpus nº 54032 RS**. Julgado em 27 jun. 2017. Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;rhc:2017-06-27;54032-1639047>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1574658 SC 2015/0315317-0**. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em 27 nov. 2018. Publicado em 7 dez. 2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661803827/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1574658-sc-2015-0315317-0?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 452353 RS 2018/0128366-1**. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento 4 jun. 2018. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/585114724/habeas-corpus-hc-452353-rs-2018-0128366-1?ref=juris-tabs>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nº 7.612 DF**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 12 mar. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/voto-vista-gilmar-advogado-oitivas.pdf>. Acesso em 19 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal Federal (2ª Turma). **Agravo Regimental nº 0070051-20.2018.1.00.000**. Rel. Min. Edson Fachin. Julgamento em 12 mar. 2019. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5449602>. Acesso em 16 mar. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2018.

CASTRO, Mac Henrique Rodrigues de. **O Inquérito Policial e o Princípio Constitucional do Contraditório**. Ceará: Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2010.

DEMERCIAN, Pedro Henrique, MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 9ª Ed., 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Nulidades no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 2017.

_____. LOPES JR., Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 6ª Ed., 2014.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Pena; BEIJATO JÚNIOR, Roberto. **Estatuto da Advocacia e Novo Código de Ética e Disciplina da OAB**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 4ª Ed., 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 11ª Ed., 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 12ª Ed., 2011.

JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. Campinas: Millennium, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. Salvador: Jus Podivm, 4ª Ed., 2016.

LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. **Lei 13.246/2016**: uma análise do caráter democrático do Inquérito Policial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 24, vol. 126, p. 161-180, dez. 2016.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva Educação, 11ª Ed., 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 2018.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 6ª Ed., 2014.

NICOLLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Belo Horizonte: D'plácido, 7ª Ed., 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito processual penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª Ed., 2013.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 13ª Ed., 2016.

_____. **Provas no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo, Atlas, 22ª Ed., 2018.

PIMENTEL JR. Jaime Pimentel; MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e o direito de defesa na investigação criminal**. São Paulo: Verbatim, 1ª Ed., 2017.

POMPEU, Ana. **Advogado não precisa ser intimado para oitivas de inquérito, decide 2ª Turma do STF**. Brasília: Consultor Jurídico. Publicado em 12 mar. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-mar-12/advogado-nao-intimado-oitivas-inquerito>. Acesso em 15 mar. 2019.

SAMPAIO, André Rocha. **Profanando o dispositivo “inquérito policial” e seu ritual de produção de verdades**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 134. p. 351-383. São Paulo: Ed. RT, ago. 2017.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial**: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual. Campinas, SP: Millenium Editora, 3ª Ed., 2016.

THEREZA, Isabella Marçallo. **Apontamentos Críticos sobre o Sistema de Nulidades no Processo Penal**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal Do Paraná, Curitiba, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 16ª Ed., 2013.