

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ERRO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA PENAL

COORDENAÇÃO

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ORGANIZAÇÃO

NARA PINHEIRO REIS AYRES DE BRITTO
NAIARA FERREIRA MARTINS
LUCAS PRUDENTE RIBEIRO MARTINS
ANA CAROLINA RODRIGUES DE SOUZA SILVA
JOSÉ RAMALHO BRASILEIRO JÚNIOR
RAMON FRANCO ARAÚJO DOS SANTOS

CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

Coordenação
Lilian Rose Lemos Rocha

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ERRO JUDICIÁRIO EM MATÉRIA PENAL

Organização

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto
Naiara Ferreira Martins
Lucas Prudente Ribeiro Martins
Ana Carolina Rodrigues de Souza Silva
José Ramalho Brasileiro Júnior
Ramon Franco Araújo dos Santos

Brasília
2022



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Equipe Editorial

Coordenação-Geral Acadêmica

Prof. PhD Lilian Rose Lemos Rocha

Equipe de Organização Acadêmica

Alessia Chevitarese

Naiara Ferreira Martins

Lucas Prudente Ribeiro Martins

Ana Carolina Rodrigues de Souza Silva

José Ramalho Brasileiro Júnior

Ramon Franco Araújo dos Santos

Comissão Técnico-Científica

Angelo Gamba Prata de Carvalho

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto

Patrícia Jobim Sathler

Documento disponível no link
repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito: erro judiciário em matéria penal. /
coordenador, Lilian Rose Lemos Rocha – Brasília: CEUB: ICPD, 2022.

53 p.

ISBN 978-85-7267-098-2

1. Direito penal. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 343.2

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – CEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor ICPD/UniCEUB

APRESENTAÇÃO

Os trabalhos científicos que ora se apresentam são frutos fecundos da disciplina “O Erro Judiciário em Matéria Penal”, ministrada no segundo bimestre do ano de 2022 pelo Professor Pedro Rocha Amorim.

No período letivo foram, para além da teoria jurídica do Processo, do Direito Penal Material e de seus aspectos relacionados à prática jurisprudencial, analisadas situações complexas -em especial em razão da situação vivenciada- sob o prisma constitucional, penal e processual penal.

Foram selecionados três trabalhos correlatos a temas estudados durante o bimestre, de autoria das discentes Gabriella Borges Silva Diniz, Juliana Marques de Almeida Escudero e Mariana Guimarães Dourado.

Pedro Rocha Amorim

SUMÁRIO

**BUSCA PESSOAL E A MITIGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA
E DA POLÍCIA: ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 06**

Gabriella Borges Silva Diniz

**A CITAÇÃO REALIZADA POR WHATSAPP NO PROCESSO
PENAL 20**

Juliana Marques de Almeida Escudero

**A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO
E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL
..... 35**

Mariana Guimarães Dourado

BUSCA PESSOAL E A MITIGAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA E DA POLÍCIA: ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Gabriella Borges Silva Diniz¹

RESUMO

No Brasil, as polícias são umas das responsáveis pela segurança pública e pela manutenção da ordem, de modo que algumas de suas funções são a prevenção e repressão da criminalidade. A abordagem do suspeito e a busca pessoal são uns dos atos legitimados pelo poder discricionário e pelo poder de polícia, portanto, na atuação prática, cumpre ao agente utilizar-se de experiência e conhecimento para intervir em determinadas situações. Ocorre que por envolver subjetividade, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a ação tem caráter ilegal, o que será analisado neste artigo.

Palavras-chave: Busca Pessoal; Poder de polícia; Análise no STJ.

ABSTRACT

In Brazil, the police are responsible for public security and the maintenance of order, so that some of its functions are the prevention and repression of crimes. The approach of the suspect and the personal search are one of the acts legitimized by the discretionary power and by the police power, therefore, in practical action, it is up to the agent to use experience and knowledge to intervene in certain situations. As it involves subjectivity, the Superior Court of Justice understood that the action is illegal, which will be analyzed in this article.

Keywords: Personal Search; Police power; Analysis in the STJ.

¹ Graduada no Curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – CEUB. Advogada. Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* “Direito Penal e Controle Social” do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD com endereço no SEP, 707/907, Asa Norte Brasília, DF, CEP: 70790-075. Endereço eletrônico: gabriellabsdiniz@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O poder de polícia foi inserido no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1824² e pode ser definido, resumidamente, como uma forma da administração pública assegurar o bem-estar coletivo, limitando o exercício dos direitos individuais face ao interesse público estatal.

Muito embora o poder de polícia trate dos mais variados setores, posto no plano do direito penal, mais especificamente nos órgãos policiais, determinado poder está relacionado à segurança pública e suas atividades. Assim, ao atuarem no exercício de suas funções, os policiais utilizam o instrumento jurídico derivado do poder de polícia.

Decorrente do poder de polícia administrativo, há a legitimação do poder da polícia enquanto órgão policial, que respaldado pelo poder administrativo, assegura a atuação do órgão. Portanto, verifica-se que o poder de polícia nada mais é do que o instrumento jurídico de trabalho do poder exercido pela polícia, uma vez que a atuação policial precede de consentimento, fiscalização, ordem etc.

Respaldado pelo poder discricionário, bem como pelo ordenamento jurídico, a polícia que atua diretamente nas ruas, seja reprimindo ou prevenindo a prática criminosa de várias formas, utiliza diferentes estratégias e procedimentos, a depender de cada situação, como por exemplo, a abordagem policial e a busca pessoal.

É evidente que a atuação dos agentes de polícia na prática corriqueira está ligada diretamente à sua formação policial, suas experiências profissionais e seus instintos policiais, havendo, por óbvio, determinada dose de subjetividade em certos elementos da atuação. Ainda mais quando todos são seres humanos.

Entretanto, a subjetividade que é extremamente necessária e importante na atuação, deve ser aplicada com cautela e licitude, assegurando a legalidade da atuação do agente.

² BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 14/06/2022.

Neste aspecto, recentemente o Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente a sexta turma, “considerou ilegal a busca pessoal ou veicular, sem mandado judicial, motivada apenas pela impressão subjetiva da polícia sobre a aparência ou atitude suspeita do indivíduo”³.

Logo, o trabalho em tela faz uma breve análise do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema e aponta algumas questões sobre o entendimento da Corte.

2 PODER DE POLÍCIA E PODER DA POLÍCIA

É cediço que no Estado Democrático de Direito a função pública deve atender plenamente os interesses públicos, por meio dos instrumentos concedidos e legitimados pelo ordenamento jurídico.⁴

Logo, o Estado detém poderes administrativos que se efetivam através de atos da administração pública, conforme exigência do próprio serviço público, sobrepondo os interesses estatais da coletividade em face dos interesses particulares. Portanto, o poder de polícia visa assegurar o bem-estar geral, repelindo exercícios antissociais individuais.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “Poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”⁵.

Nesse sentido, há um comprometimento do Estado com a coletividade, objetivando garantir que o exercício do direito individual seja totalmente compatível com o bem-estar coletivo. Isso porque os direitos coletivos detêm superioridade face aos direitos individuais, de modo a garantir a preservação da ordem pública, impedindo de maneira preventiva uma possível infração da lei. Todavia, o poder de

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista pessoal baseada em “atitude suspeita” é ilegal, decide Sexta Turma. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Revista-pessoal-baseada-em-%E2%80%9Catitude-suspeita%E2%80%9D-e-ilegal--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 14/06/2022.

⁴ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

polícia também se fundamenta no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Para exercer o poder de polícia em prol da coletividade, a administração pública possui algumas prerrogativas, como por exemplo, a autoexecutoriedade, coercibilidade e discricionariedade.

Um dos focos do estudo em tela, a discricionariedade do poder de polícia (ou do ato administrativo), significa que o executor do ato possui determinada liberdade de ação e atuação diante do caso concreto, sendo permitida discricionariedade em certas situações, entretanto, dentro dos limites impostos e estabelecidos pela lei, bem como observados a conveniência e oportunidade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, atos administrativos discricionários “seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles”⁶. E ainda:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.⁷

Neste aspecto, Hely Lopes Meirelles entende que “atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha e de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua convivência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”⁸.

Em vista disso, a discricionariedade tem condão subjetivo para que o agente do Estado possa agir em cada caso concreto, dentro do que está previsto em lei.

A polícia enquanto instituição, ou seja, os órgãos policiais responsáveis pela segurança pública e, conseqüentemente pela repressão da prática delitiva, possuem

⁶ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁷ MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

além dessa característica, também a ostensividade, de forma que aplicam o poder de polícia diretamente com a população.

Neste ponto, verifica-se que o poder de polícia, poder este discricionário, concedido à segurança pública pela própria administração pública, assegura a atuação do órgão e do efetivo trabalho exercido pela polícia. Isto porque a polícia judiciária exerce algumas funções de caráter ostensivo e repressivo, como a investigação de práticas delitivas, a repressão da atividade criminosa, captura de infratores, dentre outros, assim como também exerce a função preventiva.

Destarte, ao agir preventivamente, a polícia atua para evitar a prática de crimes de várias formas, uma delas é fazendo patrulhamento rotineiro em algumas regiões, por exemplo e, caso seja necessário, serão procedidas buscas pessoais, veiculares etc.

Inclusive, e exatamente por isso, que a formação policial dura meses, envolvendo uma gama de instruções e ensimesmamentos em diversos aspectos, dentre eles, várias instruções para o desenvolvimento do instinto policial.

Logo, o poder de polícia concedido à segurança pública e também aplicado como poder da polícia, ato dotado de discricionariedade e autoexecutoriedade, permite que dentro do previsto no ordenamento jurídico, haja uma atuação mais subjetiva do policial, sempre lícita, avaliando a situação concreta e a melhor forma de atuação.

2.1 Abordagem policial e busca pessoal

A abordagem policial é uma ação, ou seja, um procedimento respaldado por lei, onde o Estado na figura do policial e investido do poder de polícia, de forma discricionária, faz a prevenção e repressão da prática criminosa, objetivando promover a segurança da sociedade e a manutenção da ordem pública⁹.

⁹ PINC. Tânia. Abordagem policial: um encontro (des)concertante entre a polícia e o público. Revista Brasileira de Segurança Pública. Ano 1, Edição 2, 2007. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/13>. Acesso em: 19/06/2022.

Importante frisar que não necessariamente haverá uma busca pessoal após a abordagem policial, mas necessariamente para haver uma busca pessoal, essa é precedida de uma abordagem policial.

Isso porque o policial, treinado para perceber e identificar determinadas situações, ao perceber algo “suspeito” e aqui ressalta-se, não necessariamente será uma suspeita determinada, mas na verdade uma percepção do agente de polícia de que algo não está correto, como uma intuição ou uma impressão, decide verificar de maneira mais aprofundada.

Assim, ao aproximar-se do indivíduo que despertou aquela impressão do agente público, em um primeiro contato, com o intuito de tão somente averiguar, ele realiza uma abordagem que inicialmente pode ser apenas uma aproximação fazendo alguns questionamentos e posteriormente, caso a “suspeita” se confirme, passa a ser uma abordagem efetiva.

Em razão disso, usando suas experiências profissionais e pessoais, bem como o tirocínio policial, após superada as etapas de percepção, questionamento e análise daquela situação, o agente ainda entende que suas suspeitas permanecem e que algo está errado, passa-se a uma abordagem física, ou seja, uma busca pessoal que “incide diretamente sob o corpo do agente”¹⁰, conforme ensina Aury Lopes Jr.

Tourinho Filho afirma que “Busca, do verbo buscar, sinônimo de descobrir, de encontrar, procurar, investigar, significa a procura de alguma coisa ou de alguém. Os antigos definiam a busca como a pesquisa, varejo ou procura feita por ordem de autoridade competente, para os fins declarados em lei.”¹¹

Portanto, antes de efetivamente realizar uma busca pessoal no indivíduo, o agente público supera diversas etapas analisadas anteriormente àquela situação, como identificação, percepção, análise e questionamento, que obviamente detém caráter subjetivo e discricionário, pois cabe a cada agente, em cada caso, fazê-lo para confirmar ou não sua suspeita.

¹⁰ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

Se após a abordagem o agente realiza a busca pessoal e localiza com aquele indivíduo algum ilícito, a polícia cumpre com seu papel face à sociedade, seja com a manutenção e preservação da ordem pública, seja pela prevenção e repressão da prática criminosa. Mas, se nada é encontrado com o indivíduo e a suspeita do policial não se confirma, “nada” mais acontece.

Ou seja, se o indivíduo que levantou a suspeita do policial não porta consigo nenhum ilícito, o policial cumpre com o papel investido a ele pelo Estado através do poder de polícia, há manutenção da ordem pública, efetivado através da ostensividade policial e se com o indivíduo não há ilegalidades, não há necessidade de dificultar ou de temer o procedimento policial, que apenas visa resguardar e proteger o interesse coletivo em segurança.

A busca pessoal é autorizada pelo artigo 240, §2º do Código de Processo Penal, que versa:

Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

(...) § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.¹²

Ainda sobre busca pessoal, o artigo 244 do Código de Processo Penal aduz que “A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.”¹³

Por conseguinte, muito embora haja ampla discussão e divergência sobre o que é ou não efetivamente a “fundada suspeita” de que tratam os artigos, o que aqui se analisa não é este mérito ou conceito, mas, sim a subjetividade e discricionariedade da expressão na atuação prática.

Isto posto, quando naquela situação fática o policial que está na rua se depara com alguém ou algo que levanta determinada suspeita e ativa seu tirocínio

¹² BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 19/06/2022.

¹³ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 19/06/2022.

profissional, ele faz uma análise subjetiva e obviamente, discricionária, mas permitida e legal, de atuação.

Como as situações práticas são exclusivamente individuais, é extremamente necessária que essa análise seja sim subjetiva, cautelosa e dentro dos moldes legais, legitimada pelo poder de polícia, mas até mesmo para garantir a ampla atuação de forma correta e abrangente, evitando que seja criada uma tabela ou um *checklist* para preenchimento ou adequação, antes da atuação do profissional.

Imaginemos por exemplo, se as abordagens policiais e buscas pessoais ocorressem da seguinte forma: o policial que está atuando na rua, seja de forma ostensiva, repressiva ou preventiva, tivesse que verificar se aquela situação se encaixa em um rol enrijecido para identificar se poderá ou não atuar, devendo ignorar sua formação profissional, seus instintos e intuições policiais e o tirocínio.

Neste caso, diversos crimes deixarão de ser reprimidos, diversas condutas ilegais deixarão de ser evitadas e ocorrerá na atuação policial e no direito penal o que ocorre atualmente no âmbito do direito civil em relação ao dano moral tabelado.¹⁴ Isto é, haverá uma limitação na atuação e na conduta policial, deixando de haver uma individualização e havendo uma censura da instituição que passará a ser enrijecida e até Taylorista.¹⁵

3 ANÁLISE DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recentemente, ao julgar o Recurso em Habeas Corpus nº 158580/BA, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça “considerou ilegal a busca pessoal ou veicular, sem mandado judicial, motivada apenas pela impressão subjetiva da polícia sobre a aparência ou atitude suspeita do indivíduo.”¹⁶

¹⁴ BRASIL. O método bifásico para fixação de indenizações por dano moral. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx. Acesso em: 19/06/2022.

¹⁵ BRASIL. Taylorismo. Disponível em: <https://brasilestudo.uol.com.br/geografia/taylorismo-fordismo.htm>. Acesso em: 19/06/2022.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista pessoal baseada em “atitude suspeita” é ilegal, decide Sexta Turma. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Revista-pessoal-baseada->

Ainda na decisão, o Superior Tribunal de Justiça pontuou que “Os policiais que o abordaram, e que disseram ter encontrado drogas na revista pessoal, afirmaram que ele estava em “atitude suspeita”, sem apresentar nenhuma outra justificativa para o procedimento.”¹⁷

Ocorre que a “justificativa” apresentada pelos policiais de que o sujeito estava em “atitude suspeita” para terem efetuado a busca, nada mais é do que a discricionariedade e autoexecutoriedade do poder de polícia, aplicadas ao caso concreto.

Isso porque a identificação pelos policiais da “atitude suspeita” do indivíduo é uma análise de todo um conjunto de elementos presentes naquela situação fática, desde a identificação, percepção e análise do comportamento do indivíduo e do meio em que ele está, a um posterior questionamento, através do primeiro contato do policial com o suspeito e, ao final, a realização da busca pessoal. Portanto, a atitude suspeita, por englobar as fases e elementos acima elencados, já é uma justificativa válida e concreta, entretanto, subjetiva, mas jamais infundada ou ilegal.

Até porque, na verdade, o fundamento evidente é o tirocínio policial, somado à formação policial, às experiências profissionais e instintos policiais. A suposta ilegalidade reconhecida pela Corte na “impressão subjetiva da polícia” é na realidade legal e prevista no ordenamento, uma vez que o agente público exerceu o poder da polícia, investido e legitimado pelo Estado, mediante o poder de polícia, de forma discricionária.

Se o comportamento suspeito do indivíduo abordado não é suficiente como “justificativa” para realização do procedimento, bem como não é suficiente a motivação para a busca ser “a impressão subjetiva da polícia”, por que permitir que a polícia tenha poder de polícia? E mais. Então, necessária é a alteração constitucional das atribuições e funções das polícias. Ou ainda, necessária é uma revisão da

em-%E2%80%9Catitude-suspeita%E2%80%9D-e-ilegal--decide-Sexta-Turma.aspx. Acesso em: 17/06/2022.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista pessoal baseada em “atitude suspeita” é ilegal, decide Sexta Turma. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Revista-pessoal-baseada-em-%E2%80%9Catitude-suspeita%E2%80%9D-e-ilegal--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 17/06/2022.

formação e atuação profissional do policial para desempenho das funções práticas, já que haverá uma limitação e mitigação de poderes.

Não se sabe ao certo, se o Superior Tribunal de Justiça pretendia que durante o registro da ocorrência policial na delegacia o agente público descrevesse da seguinte forma: somados os anos de experiência profissional envolvendo situações como aquela, com sua formação, adicionado ao detalhamento de como houve sua intuição e o tirocínio, para justificar a percepção da “atitude suspeita”.

Neste caso específico, analisado e decidido pelo STJ, a atitude suspeita do indivíduo e a impressão subjetiva da polícia foram totalmente confirmadas e corroboradas quando foram encontradas drogas em posse do suspeito, hoje réu, após a busca pessoal. Muito embora a Corte ainda afirme de forma insensata que “encontro de drogas não convalida a ilegalidade da busca”.¹⁸

Se assim for, do que vale a autorização do Código de Processo Penal para busca policial? Ou ainda, Por que atribuir determinadas funções à polícia? Ao que parece, a Corte faz uma interpretação a seu gosto dos dispositivos, sem lembrar de analisar as demais áreas do direito multidisciplinarmente, fazendo com que determinadas decisões pareçam despropósitas e descontextualizadas, seja entre as funções legitimadas e o caso concreto, seja entre o ordenamento pátrio e a decisão proferida.

Evidente que a busca pessoal deve observar a previsão legal do ordenamento jurídico, não podendo ser revestida de ilegalidade no sentido de ocorrerem abusos de diversas naturezas, não pertinentes a esta análise, durante sua realização. Entretanto, uma busca legal, dentro dos moldes da lei, ainda mais com uma suspeita confirmada, ser considerada ilegal porque a única justificativa foi a “atitude suspeita”, repita-se, confirmada, é totalmente ilógico.

Deveria o Superior Tribunal de Justiça ter, no mínimo, reconhecido a precisão e a justeza do trabalho realizado pela polícia e pelo agente público em ter

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista pessoal baseada em “atitude suspeita” é ilegal, decide Sexta Turma. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Revista-pessoal-baseada-em-%E2%80%9Catitude-suspeita%E2%80%9D-e-ilegal--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 17/06/2022.

tido tamanha capacidade de perceber a situação, realizar a busca e confirmar a suspeita, localizando os ilícitos que estavam em posse do indivíduo e cumprindo seu papel.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que há uma necessidade de revisão e talvez alteração do instrumento normativo autorizador da busca pessoal, ou de uma interpretação mais aprofundada e conveniente da Corte sobre determinado tema, aplicado à realidade, ou ainda de alteração dos poderes atribuídos às polícias constitucionalmente.

Isto porque, se o ordenamento jurídico prevê a autorização da busca pessoal baseado apenas em elementos subjetivos, não pode o Superior Tribunal de Justiça a seu gosto, determinar que isso é ilegal e ainda fixar que para validação, deva haver também critérios objetivos e precedentes a confirmação da suspeita.

Ou a interpretação das instituições deve respeitar e minimamente seguir a letra da lei, ou devem ser feitas as alterações pela via correta, a fim de que a interpretação acompanhe o sentido da norma jurídica.

Cumprir destacar que a partir do momento que a administração pública, visando garantir o bem-estar coletivo, confere o poder de polícia à polícia enquanto instituição de segurança pública, com as características da autoexecutoriedade, coercibilidade e discricionariedade, certamente haverá também subjetividade na atuação.

Isso pois, ao limitar o exercício dos direitos individuais face ao interesse público estatal, é necessária uma análise caso a caso por parte do agente público executor da norma, a depender da realidade fática, tornando a ação individualizada e certa. Caso as abordagens policiais e buscas pessoais dependam do cumprimento de critérios estritamente objetivos, haverá uma limitação e uma mitigação do poder da polícia, que será enrijecido e deixará de cumprir com seu papel perante a sociedade para apenas preencher um rol estabelecido pelo legislador.

Ao ocorrer isso, a atuação das instituições policiais será cada vez mais restrita e menos abrangente e eficiente, deixando de ser caracteristicamente ostensiva, repressiva e preventiva, conseqüentemente também deixando de garantir a ordem pública e a segurança da sociedade, pois não há como o legislador prever todas as circunstâncias possíveis para amparar um direito neste modelo.

A subjetividade considerada ilegal pelo Superior Tribunal de Justiça, na realidade é estritamente legal, pois, além do respaldo em lei, ao realizar uma busca pessoal, o policial já analisou e superou diversas etapas anteriormente e, ao persistir a suspeita, procederá com a confirmação ou não. Até porque, ao realizar o procedimento, o agente público também coloca sua segurança e sua vida em risco, não sendo interessante uma atuação aleatória, que até poderá ser subjetiva, mas com a atuação revestida de cautela e licitude, assegurando a legalidade da atuação do agente.

Deste modo, o poder da polícia é o instrumento jurídico derivado do poder de polícia, garantindo que o exercício do direito individual seja totalmente compatível com o bem-estar coletivo, vez que o direito coletivo possui superioridade ao direito individual, objetivando a garantia da ordem pública e impedindo preventivamente a infração da lei.

Uma abordagem policial e uma busca pessoal corretas, sérias e bem elaboradas, respeitando as pessoas, deixa de ser causa de constrangimento e passa a impactar de forma positiva na sociedade, demonstrando um elo, uma aliança entre a comunidade e as polícias, gerando apenas admiração pelo trabalho realizado e respeito, afastando uma cultura de desconfiança e medo.

Por fim, de fato há uma outra demasiada problemática que envolve as abordagens policiais, que é o preconceito estrutural. Porém, essa problemática deve ser enfrentada pelas autoridades públicas de outras formas, seja com políticas públicas efetivas, seja com uma reorganização na estrutura do Estado, seja com soluções para as desigualdades, mas não através de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça em um caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **A Busca Pessoal e a “Atitude Suspeita”**: Releitura Crítica dos Artigos 240, § 2º e 244, do CPP. Disponível em: https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2015/10/busca_pessoal.pdf. Acesso em: 19/06/2022.

BRASIL. **Considerações Acerca da Abordagem Policial no Direito Brasileiro e no Direito Comparado**. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/abordagemwilsongomes.pdf>. Acesso em: 10/06/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19/06/2022.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil** (de 25 de março de 1824). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 14/06/2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 19/06/2022.

BRASIL. **O Método Bifásico Para Fixação de Indenizações Por Dano Moral**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-10-21_06-56_O-metodo-bifasico-para-fixacao-de-indenizacoes-por-dano-moral.aspx. Acesso em: 19/06/2022.

BRASIL. O Que Você Precisa Saber Sobre Abordagem Policial. Disponível em: https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2019/06/sanitize_220721-050720.pdf. Acesso em: 10/06/2022.

BRASIL. Recurso em habeas corpus nº 158580 – BA (2021/0403609-0). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RHC%20158580%20Ministro%20Rogério%20Schiatti%20Cruz.pdf>. Acesso em 20/06/2022.

BRASIL. Regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares (R-200). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d88777.htm. Acesso em: 17/06/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista pessoal baseada em “atitude suspeita” é ilegal, decide Sexta Turma. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20042022-Revista-pessoal-baseada-em-%E2%80%9Catitude-suspeita%E2%80%9D-e-ilegal--decide-Sexta-Turma.aspx>. Acesso em: 14/06/2022.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Neto e Diogo Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PINC. Tânia. Abordagem Policial: um Encontro (Des)Concertante Entre a Polícia e o Público. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. Ano 1, Edição 2, 2007. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/13>. Acesso em: 19/06/2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. A busca pessoal no direito brasileiro: medida processual probatória ou medida de polícia preventiva?. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 3, 2017, p. 1117-1154.

A CITAÇÃO REALIZADA POR *WHATSAPP* NO PROCESSO PENAL

Juliana Marques de Almeida Escudero¹

RESUMO

Após o início da pandemia de Covid-19, os Tribunais de Justiça, seguindo as recomendações da Organização Mundial da Saúde para evitar a disseminação do vírus, começaram a flexibilizar as formas de citação no processo penal, tendo passado a admitir a sua realização por meio eletrônico, principalmente pelo aplicativo de mensagens *whatsapp*. O presente artigo visa analisar a conformidade desse novo entendimento com a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Citação; *Whatsapp*; Processo Penal.

ABSTRACT

After the beginning of the Covid-19 pandemic, the Courts of Justice, following the recommendations of the World Health Organization to prevent the spread of the virus, began to relax the forms of citation in criminal proceedings, having started to admit their execution through electronic means, mainly through the *whatsapp* messaging application. This article aims to analyze the conformity of this new understanding with the Federal Constitution of 1988 and the infra-constitutional legislation.

Key words: Citation; *Whatsapp*; Criminal Process.

1 INTRODUÇÃO

Objetivamente, no processo penal, a citação consiste em informar o indivíduo acerca da existência de um processo criminal em que ele foi denunciado e dos fatos supostamente criminosos que lhe foram imputados.

¹ Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Unyleya. Graduada no Curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília – CEUB. Advogada. Aluna do curso de pós-graduação *lato sensu* “Direito Penal e Controle Social” do Centro Universitário de Brasília – CEUB/ICPD com endereço no SEP/707/907, Asa Norte Brasília, DF, CEP: 70790-075. Endereço eletrônico: advogada.julianamarques@gmail.com.

Por ser o instrumento que possibilita à pessoa acusada exercer o direito fundamental ao contraditório, a citação deve ser realizada de forma pessoal para se atestar que o acusado teve ciência da acusação criminal contra ele perpetrada. Assim, a ausência de citação implica em nulidade absoluta expressamente prevista pelo Código de Processo Penal.

Com a eclosão da pandemia de Covid-19 e a consequente necessidade de isolamento social para evitar contaminações, os Tribunais de Justiça dos Estados flexibilizaram as formas de comunicação dos atos processuais, tendo autorizado inclusive a citação por meio eletrônico.

Nesse contexto, em sede de julgamento de um Habeas Corpus, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, fixou requisitos para a validade da citação realizada pelo aplicativo de mensagens *whatsapp*.

Assim, o presente artigo objetiva analisar a legalidade e a constitucionalidade da citação realizada por *whatsapp* no processo penal.

2 CITAÇÃO NO PROCESSO PENAL

A citação consiste em informar o réu acerca da existência do processo criminal em que ele é acusado, sendo, portanto, o instrumento processual que possibilita o exercício do contraditório e, posteriormente, da ampla defesa.² Assim, não é possível analisar tal instituto como algo dissociado da eficácia de direitos fundamentais.³

Alexandre Morais da Rosa explica que as regras estipuladas pelo procedimento processual são também garantias para o acusado: “a função do processo é a de garantir o contraditório significativo, com paridade de armas e vedada a surpresa”⁴.

Da mesma forma, verifica-se da redação do Código de Processo Penal - CPP, que a própria Lei reconhece a relevância da citação para a validade dos atos

² LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 246.

³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 245.

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis (SC): Emais, 2021. P. 657.

processuais, tanto que estabelece, no seu artigo 363, que “o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado”⁵ e determina expressamente no art. 564, inciso III, alínea “e”, que ocorrerá nulidade por falta da citação do réu⁶.

O referido diploma legal determina que a citação inicial deve ser realizada por meio de mandado⁷. Ademais, verifica-se a exigência de comprovação da inequívoca ciência do acusado, visto que a Lei estabelece como requisitos para o cumprimento da referida citação: a leitura do mandado pelo oficial de justiça à pessoa que é citada, a entrega da contrafé, e a declaração do oficial certificando a entrega e sua aceitação ou recusa pelo citando⁸.

Mesmo após a adoção do processo judicial eletrônico no Brasil, a Lei n. 11.419/06 ressalvou expressamente em seu art. 6º que as citações dos processos criminais e de atos infracionais não podem ser realizadas por meio eletrônico, resguardando, dessa forma, a garantia de que tal comunicação processual seja efetivada de forma presencial⁹.

As disposições acima evidenciam a preocupação do legislador em garantir que a citação seja realizada de forma indene de dúvida de que a pessoa acusada no processo criminal foi informada da existência do referido procedimento. Tanto é assim que o Código de Processo Penal prevê especificamente a citação pessoal do acusado que esteja preso (art. 360), a citação por edital caso o réu não seja encontrado (art. 361) e a citação por hora certa, aplicável nos casos em que o acusado se oculta para não ser citado (art. 362)¹⁰.

⁵ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

⁶ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

⁷ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

⁸ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

⁹ BRASIL. Lei n. 11.419/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 17/06/2022.

¹⁰ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

Essa preocupação do legislador se justifica pela adoção do Sistema Acusatório no Processo Penal Brasileiro¹¹. Tal modelo foi demarcado pela Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu a separação das funções acusatória e julgadora, como por exemplo em seu art. 129, ao determinar que a acusação incumbe ao Ministério Público, e no art. 5º, inc. LV, que contém a previsão expressa do direito ao contraditório¹².

O Sistema Acusatório se caracteriza, dentre outros elementos, pela efetivação do contraditório e da possibilidade de resistência (defesa)¹³. Logo, um processo penal sem uma efetiva e comprovada citação viola o direito ao contraditório e, conseqüentemente, a Constituição Federal de 1988 e o próprio Sistema Acusatório, devendo ser declarada nula qualquer transgressão à forma legalmente prescrita para a citação:

Então, mais do que um mero chamamento do réu a juízo para defender-se, é a citação uma manifestação do próprio direito fundamental do contraditório.

Daí por que é a citação uma garantia para o réu, solto ou preso, acarretando a invalidade processual (art. 564, III, “e”, do CPP) qualquer violação à forma prescrita.¹⁴

Desse modo, tem-se que a citação no processo penal deve se dar de forma pessoal e presencial¹⁵, devendo haver inclusive a comprovação do ato citatório nos autos¹⁶, sob pena de haver a tramitação de um processo criminal sem que o acusado tenha ciência da sua existência, o que viola as garantias constitucionais e legais inerentes ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal¹⁷.

¹¹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. P. 20.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

¹³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 20.

¹⁴ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 246.

¹⁵ BRASIL. Lei n. 11.419/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 17/06/2022.

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

¹⁷ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. p. 245.

2.1 A pandemia de covid-19 e a citação por meio eletrônico

Em 11/03/2020, a Organização Mundial da Saúde - OMS declarou a pandemia de Covid-19¹⁸. Para evitar a disseminação do vírus e consequentemente o colapso do Sistema Único de Saúde - SUS, o Ministério da Saúde começou a adotar medidas de afastamento social a fim de não permitir aglomerações de pessoas¹⁹.

Atendendo às orientações governamentais, os Tribunais de Justiça Estaduais começaram a regulamentar medidas de prevenção ao contágio pelo coronavírus no exercício da atividade judiciária. No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, foi primeiramente autorizada a utilização do aplicativo de mensagens *whatsapp* por oficial de justiça para intimar a vítima de crime previsto na Lei Maria da Penha – Lei n. 11.340/06 sobre a concessão ou não de medidas protetivas de urgência²⁰.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT publicou em 26/03/2020 a Portaria GC 47, que estabelecia que as intimações deveriam ser realizadas prioritariamente por telefone, e-mail, *WhatsApp* ou outro aplicativo de envio de mensagens eletrônicas²¹. Posteriormente, o TJDFT editou a Portaria GC 155 de 09 de setembro de 2020, a qual facultava ao oficial de justiça realizar citações por meio de videoconferência pelo sistema eletrônico CISCO/WEBEX²².

¹⁸ BRASIL. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. Disponível em: [https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%ADrus,-Mudan%C3%A7a%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars%2DCov%2D2](https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%ADrus,-Mudan%C3%A7a%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars%2DCov%2D2.). Acesso em: 16/06/2022.

¹⁹ BRASIL. **Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020.** Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em: 17/06/2022.

²⁰ SÃO PAULO. Comunicado CG nº 262/2020 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/PlantaoRecesso2020/ComunicadoCG-262_2020.pdf. Acesso em: 18/06/2022.

²¹ DISTRITO FEDERAL. Portaria GC 47 de 23 de março de 2020 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-da-corregedoria/2020/portaria-gc-47-de-23-03-2020>. Acesso em: 18/06/2022.

²² DISTRITO FEDERAL. Portaria GC 155 de 09 de setembro de 2020 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-da-corregedoria/2020/portaria-gc-155-de-09-09-2020>. Acesso em: 18/06/2022.

Já o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aprovou o Provimento da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro nº 38/2020, que previu, em seu art. 13, que “as citações, intimações e notificações para todos os atos do processo, que não forem definidos como de urgência, serão realizadas, preferencialmente, por meio eletrônico”²³.

Nesse contexto, O Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do Habeas Corpus n. 641.877/DF, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, fixou 3 (três) requisitos cumulativos para que a citação realizada pelo aplicativo de mensagens *WhatsApp* seja válida, quais sejam: verificação da autenticidade do destinatário das mensagens pelo número de telefone utilizado, confirmação escrita e foto individual.²⁴

No referido julgamento, o STJ reconhece a citação como um dos atos mais relevantes do processo penal, por ser através dela que o indivíduo toma conhecimento de fatos criminosos que lhe foram imputados pelo Estado²⁵. Ademais, ressalta a existência de óbices formais e materiais que impedem que a citação seja feita pelo *WhatsApp*, como a competência privativa da União para legislar sobre processo e a possibilidade de violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa²⁶.

Contudo, no mesmo julgado, o STJ defende a possibilidade de se proceder à citação pelo referido aplicativo de mensagens fundamentando-se no princípio *pas*

²³ RIO DE JANEIRO. Provimento CGJ n. 38/2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cgj.tj.rj.jus.br/documents/1017893/0/prov+CGJ+38-2020.pdf/c60314b4-86d6-1d5e-8ddc-16ac2f931686>. Acesso em: 18/06/2022.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18/06/2022.

*nullité sans grief*²⁷, o qual, segundo Ricardo Jacobsen Gloeckner, tem o dano como elemento imprescindível à decretação de nulidade²⁸.

Dessa forma, verifica-se que, com base na eclosão da pandemia de Covid-19 e a necessidade de isolamento social para evitar a disseminação do coronavírus²⁹, os Tribunais dos Estados e o STJ começaram a admitir a citação no processo penal por meio eletrônico, notadamente pelo aplicativo de mensagens *whatsapp*, entendendo como relativa a alegação de nulidade da comunicação processual feita dessa forma³⁰.

2.2 Nulidade da citação por *whatsapp* no processo penal

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, amparando-se no princípio *pas nullité sans grief*, entendeu ser possível a utilização do aplicativo *whatsapp* para se proceder à citação na esfera penal, tendo ressalvado que devem ser tomados “todos os cuidados possíveis para se comprovar a autenticidade não apenas do número telefônico com que o oficial de justiça realiza a conversa, mas também a identidade do destinatário das mensagens”³¹.

O princípio *pas de nullité sans grief* possui o fito de estabelecer limites à declaração de nulidades, estabelecendo como condição a postulação da parte, que

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

²⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 199.

²⁹ BRASIL. **Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020**. Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em: 17/06/2022.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

deve ser instruída com a prova do prejuízo sofrido pela alegada nulidade³². Nesse sentido, esclarece Ricardo Jacobsen Gloeckner:

O prejuízo está visceralmente ligado a uma concepção de processo penal que considera a forma um obstáculo à verdade material. As formas processuais representam muito mais do que institutos cujo escopo é oferecer objetividade ao procedimento ou, ainda, segurança às partes (como acentua Dinamarco). Estão ligadas, como é notório, às garantias mais elementares do processo penal, sem as quais se estaria diante de meros atos arbitrários.³³

Ou seja, o instituto das nulidades dentro do processo penal não se trata de forma inútil que pode ser simplesmente desprezada caso se tenha alcançado o resultado pretendido pela norma, como afirmou o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus em análise³⁴. As nulidades garantem que não sejam adotados atos arbitrários e aptos a violarem direitos fundamentais no processo penal³⁵.

Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa explica que “a transformação de qualquer nulidade em relativa, diante do atingimento de suas finalidades, faz com que, no fundo, não se tenha regra, nem baliza, tampouco limite para o exercício do poder (vale tudo: processo penal “*Free Style*”)³⁶”.

É certo que a classificação de nulidades em relativas e absolutas dentro do processo penal encontra amplo suporte doutrinário e jurisprudencial. Contudo, observa-se que as características utilizadas para diferenciar essas duas categorias, nas palavras de Ricardo Jacobsen Gloeckner, “são nada mais do que artifícios

³² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 204.

³³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 205.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis (SC): Emais, 2021. P. 657.

³⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis (SC): Emais, 2021. P. 173.

simbólicos, no mais das vezes falaciosos, cujo escopo fundamental é a afirmação da nulidade relativa e a cada vez maior flexibilização das absolutas”³⁷.

Ademais, não há unanimidade quanto a definição do que seria o prejuízo exigido para o reconhecimento de uma nulidade relativa no processo³⁸. Por ser um conceito jurídico indeterminado, o significado de prejuízo fica à cargo da subjetividade do julgador:

À guisa de exemplo, veja-se o pas de nullité sans grief (não há nulidade sem prejuízo) inserto no art. 563, do CPP, onde prejuízo, em sendo um conceito indeterminado (como tantos outros dos quais está preta a nossa legislação processual), vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam funções teratológicas.³⁹

Nesse sentido, Victor Hippolyte Solon preconiza que a regra de que não há nulidade sem prejuízo seja usada somente como regra de interpretação e apenas nos casos em que a intenção do legislador restou duvidosa (“*Enfin, on ne doit pas perdre de vue que la règle, qu’il n’est point de nullité sans grief, n’est qu’une règle d’interprétation, et qu’il n’est possible de l’appliquer que dans les cas où la volonté du législateur peut être douteuse*”)⁴⁰. Assim, se a lei é clara e precisa, como no caso das formas admitidas para citação no processo penal, o julgador não pode se esquivar de decretar a nulidade em caso de violação da norma⁴¹.

Por outro lado, em uma tentativa de validar a citação realizada somente por mensagens de *whatsapp*, o STJ afirmou ser possível, “com quase igual precisão da verificação pessoal, aferir a autenticidade da conversa” quando, além da confirmação escrita da identidade do citando, há a apresentação de foto individual

³⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 148.

³⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 200.

³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFRP, 1998. P. 188.

⁴⁰ SOLON, Victor Hippolyte. *Traité des nullités des conventions et des actes, en matière Civile*. França: Editora Bruxelles, 1836. P. 105. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k206602n/f12.item#>. Acesso em: 20/06/2022.

⁴¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p. 200.

dele⁴². Assim, o STJ definiu três requisitos cumulativos que, no seu entendimento, certificariam a autenticidade do destinatário: o número de telefone, a confirmação escrita e a foto individual, tendo ressaltado o direito do réu de comprovar eventual nulidade da citação posteriormente, quando existir prova de que não houve citação válida⁴³.

Primeiramente, há que se ressaltar a conclusão óbvia de que, mesmo que a pessoa confirme por mensagem que se trata do próprio citando e envie foto sua individual e até mesmo foto de seu documento de identidade, nada impede que o verdadeiro autor de tais mensagens seja outra pessoa se passando pelo citando, podendo se tratar de alguém que tenha acesso ao aparelho celular do acusado ou até mesmo uma pessoa que tenha clonado o seu número de telefone e esteja utilizando o aplicativo de *whatsapp* como se fosse o réu⁴⁴.

De qualquer forma, não se faz necessário sequer adentrar no mérito da ineficácia dos requisitos estabelecidos pelo STJ ante a óbvia facilidade em burlá-los, pois, quaisquer que sejam as condições fixadas para a citação realizada somente por *whatsapp*, ela ainda assim violará os dispositivos legais que determinam expressamente que a citação no processo penal seja pessoal e presencial⁴⁵. E, conforme explicado acima, sendo a lei clara e precisa com relação às formas admitidas para citação, o julgador não pode se eximir de decretar a nulidade em caso de descumprimento da norma⁴⁶.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

⁴⁴ SÃO PAULO. O golpe tá aí! Entenda como o WhatsApp é clonado e proteja sua conta. Disponível em: <https://www.agenciamural.org.br/golpes-no-whatsapp/>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

⁴⁵ BRASIL. Lei n. 11.419/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm. Acesso em: 17/06/2022.

⁴⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. P. 200.

Assim, mesmo que sejam cumpridos os “requisitos de validade para a citação por *whatsapp*” fixados pelo STJ, tal forma citatória será nula por violar expressamente as recomendações legais que não podem ser ignoradas, pois não se trata de formalidades inúteis, mas sim de prescrições que, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “visam a assegurar e atestar o pleno conhecimento, pelo réu, da imputação e demais elementos indispensáveis ao atendimento do chamamento judicial”⁴⁷.

É certo que, se o réu comparecer em juízo após a realização de citação nula, o ato será convalidado por ter atingido sua finalidade, conforme expressa previsão do art. 570 do CPP⁴⁸. Ocorre que, com a pandemia de Covid-19, não foi admitida somente a modalidade eletrônica da citação, mas também das audiências de instrução e julgamento, de forma que o processo criminal pode chegar ao trânsito em julgado sem que o acusado tenha tido qualquer contato direto e presencial com o julgador⁴⁹.

Assim, principalmente nesses casos em que a audiência de instrução e julgamento foi realizada por videoconferência e o réu foi citado tão somente por *whatsapp*, verifica-se a tramitação de um processo penal temerário, em que não há segurança sequer sobre a identidade das partes⁵⁰. Nesse ponto, insta destacar que “as formas só devem ser respeitadas na medida e nos limites em que sejam necessárias para atingir sua própria finalidade: conferir segurança às partes e objetividade ao procedimento”⁵¹.

Conforme acima demonstrado, a legislação processual penal não admite um processo criminal em que exista a mera possibilidade de o réu não ter tido plena

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES. Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 101.

⁴⁸ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26/06/2022.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 590.140/MG. Relator: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=115603446&num_registro=202001465027&data=20200925&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 26 de junho de 2022.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES. Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 19.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES. Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 19.

ciência da acusação⁵², pois tal risco configura a ausência de efetivação do direito ao contraditório e, portanto, violação ao Sistema Acusatório e à ordem constitucional vigente⁵³.

Na citação realizada por *whatsapp*, a possibilidade de o réu não ter tido total ciência da acusação é sempre existente, vez que, conforme evidenciado, mesmo se cumpridos os requisitos estabelecidos pelo STJ⁵⁴, não é possível garantir plenamente a identidade do interlocutor da conversa. É por esse motivo que as formalidades essenciais ao ato da citação determinadas pelo Código de Processo Penal são imprescindíveis à efetiva garantia do contraditório e do devido processo legal⁵⁵:

A regulamentação das formas processuais, quando bem aplicada, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir.⁵⁶

Dessa forma, mesmo considerando a decisão do STJ que estabeleceu requisitos de validade para a citação por *whatsapp*⁵⁷, tal modalidade de comunicação processual é ilegal por violar frontalmente as disposições do Código de Processo Penal⁵⁸ e da Lei n. 11.419/06⁵⁹, além de ser inconstitucional por não cumprir a

⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 101.

⁵³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. P. 20.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, 3º Volume*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 191.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 19.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Brasília (DF), 09 de março de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

⁵⁸ BRASIL. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26/06/2022.

⁵⁹ BRASIL. Lei n. 11.419/06. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 17/06/2022.

efetivação do direito ao contraditório e, conseqüentemente, das garantias fundamentais dele derivadas⁶⁰.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de Covid-19 e a conseqüente necessidade de maior utilização de meios eletrônicos na atividade judiciária serviram de cenário para a deturpação das formas de citação admitidas no processo penal.

Mesmo diante da regulamentação clara e inequívoca da Lei no sentido de que a citação deve se dar estritamente de forma pessoal e presencial, devido à sua relevância para a eficácia de direitos fundamentais e da manutenção do próprio Sistema Acusatório, os Tribunais entenderam por “flexibilizar” a norma e admitir uma forma de citação repelida pela Lei.

É certo que algumas formalidades legais podem e devem ser superadas quando constituem obstáculos às finalidades do processo. Contudo, no caso da citação, os requisitos para o seu cumprimento não representam formalidades inócuas, mas sim formas de assegurar a efetiva notificação do acusado acerca de um procedimento criminal em que ele é acusado, sendo, portanto, o primeiro instrumento para se efetivar a garantia constitucional do contraditório, um dos alicerces do Sistema Acusatório.

Assim, é inadmissível a adoção de uma forma de citação em que a ciência do acusado sobre a existência do processo é temerária, incerta e passível de fraude como é a citação por *whatsapp*, recentemente “regulamentada” pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ante a natureza jurídica e as finalidades do instituto da citação exploradas no presente artigo, conclui-se que a situação de excepcionalidade ocasionada pela pandemia de Covid-19 não pode ser utilizada como justificativa para se contrariar a Lei e proceder à citação virtual, sob pena de violação à lei e à direitos e garantias intrínsecos à atual ordem constitucional.

⁶⁰ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022. P. 246.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689/41)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17/06/2022.

BRASIL. **Lei n. 11.419/06**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm. Acesso em: 17/06/2022.

BRASIL. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus**. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%ADrus,-Mudan%C3%A7a%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars%2DCov%2D2>. Acesso em: 16/06/2022.

BRASIL. **Recomendação nº 036, de 11 de maio de 2020. Disponível em:** <https://conselho.saude.gov.br/recomendacoes-cns/1163-recomendac-a-o-n-036-de-11-de-maio-de-2020>. Acesso em: 17/06/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 641.877/DF. Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=122874624&num_registro=202100246127&data=20210315&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 14 de junho de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS N. 590.140/MG. Relator: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=115603446&num_registro=202001465027&data=20200925&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 26 de junho de 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFRP, 1998.

DISTRITO FEDERAL. Portaria GC 47 de 23 de março de 2020 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-da-corregedoria/2020/portaria-gc-47-de-23-03-2020>. Acesso em: 18/06/2022.

DISTRITO FEDERAL. Portaria GC 155 de 09 de setembro de 2020 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-da-corregedoria/2020/portaria-gc-155-de-09-09-2020>. Acesso em: 18/06/2022.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2022.

RIO DE JANEIRO. Provimento CGJ n. 38/2020. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/0/prov+CGJ+38-2020.pdf/c60314b4-86d6-1d5e-8ddc-16ac2f931686>. Acesso em: 18/06/2022.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal Estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. Florianópolis (SC): Emais, 2021.

SÃO PAULO. Comunicado CG n° 262/2020 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfefindmkaj/https://www.tjsp.jus.br/Download/PlantaRecesso2020/ComunicadoCG-262_2020.pdf. Acesso em: 18/06/2022.

SOLON, Victor Hippolyte. *Traité des nullites des conventions et des actes, en matiere Civile*. França: Editora Bruxelas, 1836. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k206602n/f12.item#>. Acesso em: 20/06/2022.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, 3º Volume*. São Paulo: Saraiva, 2010

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL

Mariana Guimarães Dourado¹

RESUMO

Atualmente, está sendo realizado um debate por parte da doutrina, tribunais e jurisprudência, no que concerne à possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, em fase de inquérito policial. Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar essa possibilidade, através de uma pesquisa bibliográfica e documental. Assim, para se concretizar a pesquisa, será feito um estudo acerca dos principais elementos do inquérito policial e posteriormente dos princípios do contraditório e ampla defesa, para que se possa concluir pela importância desses institutos, mesmo em fase pré-processual, tendo como finalidade a garantia do devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, o Estado Democrático de Direito e a paridade de armas.

Palavras-chave: inquérito policial; contraditório e ampla defesa.

ABSTRACT

Currently, a debate is being carried out by the doctrine, courts and jurisprudence, regarding the possibility of applying the constitutional principles of contradictory and ample defense, in the phase of police investigation. Thus, the present article aims to analyze this possibility, through a bibliographic and documentary research. Thus, in order to carry out the research, a study will be carried out on the main elements of the police investigation and later on the principles of contradictory and full defense, so that it can be concluded by the importance of these institutes, even in the pre-procedural phase, with the purpose of guarantee of due process of law, the dignity of the human person, the democratic rule of law and parity of arms.

Keywords: police investigation; contradictory and ample defense.

¹ Graduada no Curso de Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais- FAJS do Centro Universitário de Brasília- CEUB. Advogada. Aluna do curso de pós-graduação *latu sensu* "Direito Penal e Controle Social" do Centro Universitário de Brasília- CEUB/ICPD com endereço no SEPN, 707/907, Asa Norte Brasília, DF, CEP: 70790-075. Endereço eletrônico: mariana.dourado@sempreceub.com

1 INTRODUÇÃO

O direito processual penal, pode ser entendido como o conjunto de normas jurídicas que possuem a finalidade de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, sendo realizado por meio do Poder Judiciário, que deve aplicar a lei nos casos concretos.

Antes do processo penal, existe uma fase pré-processual, onde está inserido o inquérito policial, sendo o instrumento investigatório no campo penal, para que mais à frente, o Estado possa realizar sua função de punir o autor de uma infração penal e garantir a segurança coletiva. Para a garantia dessa segurança, existem várias normas que devem ser seguidas, como forma de garantia dos direitos da pessoa.

No que concerne ao inquérito policial, um debate que está sendo feito pela doutrina, tribunais e jurisprudência, no que concerne à possibilidade de aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório nesse procedimento, havendo posicionamentos favoráveis à essa aplicação e, também, desfavoráveis.

Nesse sentido, o presente artigo procurou discorrer sobre essa temática, por meio de uma análise bibliográfica e documental, dividindo a discussão em três tópicos. No primeiro tópico, em um primeiro momento serão abordados os sistemas processuais presentes na doutrina, entendendo que no Brasil, atualmente, se entende que o sistema processual é misto, logo após, serão abordados os principais elementos do inquérito policial, discorrendo sobre sua finalidade, função, características principais e natureza jurídica.

Adiante, no segundo tópico, será feito um estudo acerca dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, passando por suas principais características e diferenciações, entendendo a importância desses dois institutos como forma de garantia do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana.

Por fim, no terceiro tópico, após as conceituações iniciais sobre o inquérito policial e os princípios constitucionais, pôde ser discutido acerca da aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa, também, em fase pré-processual, pela parte da defesa, entendendo essa aplicação como necessária para fins de

garantia da defesa plena da pessoa indiciada, desmistificando o entendimento de que a defesa deveria ser considerada em segundo plano na fase de investigação preliminar.

2 DO INQUÉRITO POLICIAL

Primeiramente, nesse tópico, será feita uma abordagem acerca do procedimento preliminar do Inquérito Policial, abordando seus principais elementos, o conceito, sua natureza jurídica e suas principais características, passando, inicialmente, pelo estudo dos sistemas processuais existentes na doutrina e pelo conhecimento de qual é adotado no Brasil.

2.1 Dos sistemas processuais

Para um melhor entendimento acerca das características do inquérito policial, é importante destacar os três sistemas processuais tratados pela doutrina, sendo eles, o sistema inquisitivo, o sistema acusatório e o sistema misto.

Cabe ressaltar que, atualmente, não existe nenhum sistema processual “puro”, que não tenha características de outros sistemas, sendo essa divisão meramente pedagógica.

Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Atualmente, o law and order é considerado como mais uma ilusão com o intuito de reduzir a ameaça da criminalidade e endurecer o Direito Penal e o processo. 2

Dessa forma, se entende que o sistema acusatório está mais predominante em países que prezam por mais liberdade individual e possuem características de Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o sistema inquisitório, é visto mais em países em que há uma maior repressão, com características do autoritarismo, sendo deduzidas as garantias inerentes do indivíduo em detrimento de uma hegemonia estatal. 3

² LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

No que concerne ao sistema misto, uma característica é o desdobramento de duas fases distintas, sendo a primeira, uma fase tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório, buscando se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. A segunda fase, teria caráter acusatório, onde o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, tendo como regra, a publicidade e a oralidade. 4

Atualmente, no Brasil, pelo fato de não haver uma previsão legal acerca do assunto, existe uma divergência doutrinária acerca de qual sistema processual seria mais bem adotado. Dessa forma, para acabar com esse problema, seria necessário que o legislador fizesse constar no ordenamento jurídico brasileiro o sistema processual penal adotado.⁵

Apesar da confusão doutrinária, a doutrina majoritária entende que o sistema adotado é o sistema misto, embora a Constituição Federal tenha incorporado elementos peculiares ao sistema acusatório, o ordenamento jurídico também incorporou resquícios do sistema inquisitório, podendo ser observado nas legislações infraconstitucionais. Assim sendo, o processo penal brasileiro pode ser classificado como misto, visto que na primeira fase existem características do sistema inquisitório, e na fase processual, características do sistema acusatório. 6

2.2 Dos principais elementos do Inquérito Policial

Após essa breve análise acerca dos sistemas, cabe fazer um estudo acerca do inquérito policial e seus principais elementos.

No Brasil, não existe uma definição legal acerca do inquérito policial, considerando que não consta em nenhum artigo do Código de Processo Penal-CPP, por isso, deve ser levado em consideração as definições dos artigos 4º e 6º do CPP.

Inicialmente, é importante o entendimento de que o Estado possui o dever de punir o autor que comete qualquer infração penal, visando a garantia do Estado

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Vol. único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Democrático de Direito, a estabilidade e a segurança coletiva, de forma que é idealizado no próprio texto da Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 5^o.⁷

Nesse sentido, para que possa haver uma posterior punição, deve haver, primeiramente, a investigação sobre os principais elementos do crime. Dessa forma, o Inquérito policial, pode ser definido como a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial, com finalidade de averiguar o delito e a autoria. Sendo assim, o destinatário dessa investigação, o Ministério Público ou o querelante, quando for o caso.⁸

Uma justificativa para a existência do inquérito policial é a sua função simbólica, considerando que o inquérito possui a visibilidade da atuação do Estado para investigar, contribuindo para o restabelecimento da normalidade social, que pode ter sido abalada pelo cometimento de um crime, afastando o sentimento de insegurança e impunidade.⁹

Outra justificativa é a função processual, no sentido de que o inquérito pode vir a servir como preliminar para o processo penal, sendo um “filtro processual”. Dessa forma, o processo penal seria uma pena em si mesmo, considerando que não é possível processar sem punir e nem punir sem processar, pois é gerador de estigmatização social e jurídica e sofrimento psíquico, conforme entende Aury Lopes.¹⁰

A doutrina pátria, possui o entendimento de que o inquérito policial constitui um procedimento administrativo e privado da Polícia Judiciária, tendo por finalidade apurar a autoria e a materialidade das infrações penais, de modo que auxilie na formação do convencimento do Ministério Público e, de forma excepcional, da vítima, o querelante.¹¹

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR, A. U. R. Y. **Investigação preliminar no processo penal**. Saraiva Educação SA, 2017.

⁹ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016.

¹⁰ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016.

¹¹ ZANOTTI, Bruno Taufner. Inquérito Policial. In: SANTOS, Cleopas Isaías (Leonardo de Medeiros Garcia). Delegado de Polícia em Ação. Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

O inquérito policial é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com a intenção de se apurar a autoria e a materialidade de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que possibilitem o exercício da ação penal.¹²

Assim, entende-se que o inquérito policial é visto como um procedimento preliminar, preparatório para a ação penal e o conjunto de todos esses atos administrativos visam explicar um fato que, a princípio, é considerado como uma infração penal, procedendo à instauração da ação penal. Assim, possui uma função garantidora, ou seja, a investigação vem com o objetivo de evitar a instauração da persecução penal sem fundamentos pelo Ministério Público à frente do fundamento do processo penal, ora a instrumentalidade e garantismos real.¹³

O autor Bruno Taufner Zanotti, entende que o intuito do inquérito policial, se dá por meio da produção de diligências investigadas, onde devem ser colhidos todos os elementos do fato, com a observância aos direitos fundamentais das pessoas que são afetadas pela investigação policial, para assim, ser confirmado ou não, a materialidade e autoria do delito.¹⁴

Considerando o entendimento do mesmo autor, o inquérito policial não tem por finalidade a ideia na qual o delegado de polícia trabalha na colheita de elementos de informação contra o investigado, como se a autoridade policial tivesse interesse de fato na acusação, assim como o Ministério Público, situação que iria contra os preceitos principais do cargo de delegado, como a imparcialidade e autonomia funcional. O fato é tão verdadeiro que o inquérito policial pode ser arquivado, ou servir de fundamento para a denúncia.¹⁵

Segundo Aury Lopes Junior, o momento histórico da produção do Código de Processo Penal no Brasil, influenciou na forma de inserção dos artigos e institutos.

¹² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

¹³ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁴ ZANOTTI, Bruno Taufner. Inquérito Policial. In: SANTOS, Cleopas Isaías (Leonardo de Medeiros Garcia). Delegado de Polícia em Ação. Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹⁵ ZANOTTI, Bruno Taufner. Inquérito Policial. In: SANTOS, Cleopas Isaías (Leonardo de Medeiros Garcia). Delegado de Polícia em Ação. Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

Por exemplo, nos países da Europa, França e Alemanha abarcavam em suas sistemáticas penais, o chamado “sistema de juiz de instrução”, enquanto no Brasil, permaneceu a investigação preliminar policial.¹⁶

De acordo com esse mesmo autor, a investigação criminal preliminar é a disposta na fase pré-processual, sendo o último termo do gênero do qual o inquérito policial é espécie.¹⁷ Nesse mesmo sentido:

Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.¹⁸

O Inquérito Policial tem como fim, também, o de fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não processo, servindo como fundamento para medidas endoprocimentais que se façam necessárias em seu curso.¹⁹

A atividade não possui a exigência de uma autoridade com capacidade jurisdicional e, nesse sentido, não pode ser considerada atividade judicial e muito menos processual, pois não possui a estrutura dialética do processo.²⁰

No que tange à natureza jurídica, para que possa ser melhor entendida, é preciso fazer uma análise de sua função, estrutura e órgão encarregado. Para autores como Aury Lopes Junior, discorrer acerca da natureza jurídica da investigação criminal é algo complexo, considerando que são praticados diversos atos de naturezas diferentes, como por exemplo os atos administrativos, judiciais e jurisdicionais. Para ele, é preciso classificar a natureza jurídica do inquérito policial levando em conta a natureza jurídica dos atos principais, uma vez que, mesmo sendo um procedimento administrativo na instrução criminal, é possível serem praticados

¹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Saraiva Educação SA, 2018.

¹⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Saraiva Educação SA, 2018.

¹⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016

¹⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR, A. U. R. Y. **Investigação preliminar no processo penal**. Saraiva Educação SA, 2017. P. 222.

²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR, A. U. R. Y. **Investigação preliminar no processo penal**. Saraiva Educação SA, 2017.

atos de natureza judicial, podendo o juiz intervir no caso, como, por exemplo, na situação de decretação de prisão preventiva.²¹

Assim, a atividade precisa de ordenamento de uma autoridade com poder jurisdicional e, por isso, não pode ser considerada uma atividade judicial e nem mesmo, processual, até porque não possui dialética do processo.²² Sendo dessa forma, a natureza jurídica do inquérito policial de um procedimento meramente administrativo, que possui funções informativas e preparatórias à ação penal.²³

Acerca das características do inquérito policial, cabe fazer referências as mais importantes, sendo a primeira, a de que é um procedimento escrito, que se deriva do caráter inquisitivo do procedimento²⁴, conforme está previsto no artigo 9º do Código de Processo Penal. É, também, um procedimento sigiloso, conforme consta nos artigos 20 e 792, parágrafo 2º do Código de Processo penal.²⁵

É um procedimento dispensável, não sendo considerado como peça obrigatória para o oferecimento da denúncia, conforme está previsto nos artigos 12, 39, parágrafo 5º e no artigo 46, parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, podendo a denúncia ser oferecida com base nas informações remetidas ao Ministério Público, com fulcro no artigo 27 da referida Lei.

Outra característica é a de ser um procedimento obrigatório, nos termos do artigo 5º, inciso I do Código de Processo Penal, para a instauração do procedimento pela autoridade policial. E, por fim, é um procedimento indisponível, conforme o artigo 17 do Código de Processo Penal, onde está preceituado que o delegado não pode arquivar o inquérito de forma discricionária.

²¹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR, A. U. R. Y. **Investigação preliminar no processo penal**. Saraiva Educação SA, 2017.

²² GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR, A. U. R. Y. **Investigação preliminar no processo penal**. Saraiva Educação SA, 2017.

²³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2015, p. 117.

²⁵ 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

Em suma, o inquérito policial possui algumas características mais importantes para se destacar, sendo elas, um procedimento escrito, sigiloso, oficioso, indisponível e inquisitivo.²⁶

3 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Após ter sido observado os principais elementos do inquérito policial, faz-se necessário fazer um estudo acerca dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, distinguindo os dois princípios e entendendo suas principais características, para que posteriormente, no próximo tópico, possa ser discorrido acerca da aplicabilidade desses princípios em fase de inquérito policial.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Esses direitos devem ser assegurados, visto que estão diretamente ligados a dignidade da pessoa humana.

O princípio do contraditório está ligado ao princípio do devido processo legal, estando consagrado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, conforme está disposto:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, pois garante a ampla defesa do acusado.²⁷

Porém, este princípio não é consagrado apenas pela Constituição Federal, havendo previsão também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto da São José da Costa Rica, garantindo o princípio do contraditório em seu artigo 8º:

Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na

²⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. Curso de Processo Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.²⁸

Com essas considerações, pode se perceber que o princípio do contraditório é um direito fundamental inerente às partes litigantes no processo, sendo uma ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los.²⁹

Dessa forma, o princípio do contraditório é uma garantia para a acusação e a defesa, caso contrário, haveria uma proteção deficiente em relação aos direitos da vítima e da coletividade.³⁰

Sem o contraditório, não há que se falar em devido processo legal, considerando que o contraditório é a segurança de que para todo ato haja uma reação, garantindo a equidade processual.³¹

É o contraditório que permite que as partes envolvidas no processo realizem seus pedidos, argumentem, demonstrem os motivos de admissão de seus requerimentos e explane as causas da inadmissibilidade das exigências da parte contrária.³²

Vale ressaltar que, embora não se fale da incidência do princípio em fase de inquérito policial, é possível observar atos típicos de contraditório, que não afetam a natureza inquisitiva do procedimento. A título de exemplo, o interrogatório policial e a nota de culpa durante a lavratura do auto de prisão em flagrante.³³

É importante destacar uma importante alteração legislativa, trazida pelo inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da Advocacia pela Lei nº 13.245/2016, onde foi assegurado, entre os direitos dos advogados, o de assistir seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou

²⁸ _____. Decreto n.º 27, de 26 de maio de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.

²⁹ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA GUSTAVO. Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³⁰ BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA GUSTAVO. Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³¹ SCHMITT, Ricardo Augusto. Princípios penais constitucionais. Direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Recife: Editora Podivm, 2007;

³² ROVEGNO, André. O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Campinas: Bookseller, 2005;

³³ BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios constitucionais do processo penal. Questões polêmicas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 593, 21 fev. 2010;

depoimento, e conseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios que forem inerentes dele, direta ou indiretamente, podendo inclusive, no curso da apuração, apresentar razões e quesitos.

O princípio do contraditório se mostra extremamente importante. Vale ressaltar que são os princípios que fazem com que as partes que tenham que ser ouvidas, possam se manifestar em igualdade de condições, com paridade de armas com a acusação, já que conversam em igualdade de condições, tendo consciência bilateral dos atos processuais, bem como oportunidade para produzir prova em sentido contrário.³⁴

Assim, pode se concluir que o princípio do contraditório é muito importante para a garantia do princípio do devido processo legal, tendo em vista que somente dessa forma, é possível se falar em um processo justo, já que não se pode se conceber um processo justo, sem que haja a presença do contraditório.³⁵

Passando para o princípio da ampla defesa, esse está, também, consagrado pela Constituição Federal, possuindo previsão legal no mesmo dispositivo do contraditório, no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, e assim como o contraditório, a ampla defesa também está prevista no Pacto de São José da Costa Rica.

Assim como o princípio do contraditório, a ampla defesa, está intimamente ligada ao devido processo legal, sendo, também, inerente ao contraditório.

Porém, cabe ressaltar, que o princípio do contraditório não se confunde com a ampla defesa. O primeiro assegura às partes o direito de se defender no processo e o segundo, é a concretização do contraditório, ou seja, é na ampla defesa que o contraditório se manifesta, tendo como característica um destinatário certo, o acusado.³⁶

³⁴ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Processo Penal*. 23.ed. São Paulo, Saraiva, 2019.

³⁵ BEDÉ JÚNIOR, Américo; SENNA GUSTAVO. *Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

A ampla defesa é a segurança dada ao acusado em condições que lhe permitam trazer ao procedimento criminal todos os elementos e provas que sirvam para o esclarecimento da verdade ou que permita que o réu possa usufruir de seu direito ao silêncio. Já o contraditório, é considerado a exteriorização da ampla defesa, servindo como a dialética do processo. Todo ato produzido pela acusação cabe igual direito de defesa, de dar sua versão dos fatos ou interpretação jurídica diversa da apresentada pelo órgão acusatório.³⁷

Por haver diferenças entre os princípios, é possível que o contraditório seja violado sem que haja lesão da ampla defesa. O princípio do contraditório é destinado às duas partes, devendo ser observado até pelo juiz. Se deixarem de comunicar algum ato processual ao réu ou impedir que ele se manifeste acerca de alguma prova, ou exerça sua defesa, embora não viole a ampla defesa, viola o contraditório.³⁸

Apesar da importância dos princípios, eles ainda não se encontram respeitados em fase investigatória. Essa situação se justifica pelo fato de grande parte da doutrina possuir o entendimento de que a fase de instrução do inquérito policial é inquisitorial. Porém, esse entendimento não é o de melhor aplicação, considerando que a investigação criminal defensiva, é positivada no ordenamento onde é previsto a garantia da paridade de armas e a concretização da ampla defesa e do contraditório, conforme será observado no próximo tópico.

4 A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Após o estudo inicial acerca do inquérito policial e seus principais elementos e logo após, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pode se verificar que a inaplicabilidade desses princípios durante o inquérito policial pode causar prejuízos, conforme será demonstrado nesse tópico. Para isso, será considerado teorias da doutrina e posicionamentos de autores.

³⁷ DE MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 36. ed. São Paulo: Editora Forense, 2019

³⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. Vol. único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

Algumas doutrinas afirmam que não há direito de defesa e contraditório no inquérito policial, sendo essa afirmação errada, pecando por reducionismo.³⁹

Lopes Jr.⁴⁰ entende que a melhor forma de se explicar a aplicação dos princípios, é com a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial a autodefesa positiva, dando a sua versão dos fatos, ou podendo agir de forma negativa, usando o direito de permanecer em silêncio. Além do mais, pode existir uma defesa técnica pelo advogado, onde ele poderá acompanhar diligências e intervir ao final do interrogatório, podendo até mesmo postular diligências e juntar documentos, podendo ser considerada como uma das atribuições do contraditório e ampla defesa em fase de inquérito policial.

Um grande motivo para posicionamentos divergentes na doutrina acerca do assunto é pelo entendimento do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal onde traz a expressão “Do processo comum”, “Do processo sumário”, quando na verdade se queria dizer “procedimento”, alegando que o fato de se mencionar “acusado” e não “indiciado”, não seria aplicado o contraditório no inquérito.⁴¹

Porém, essa expressão deve ser entendida como não sendo apenas acusados, mas sim considerar os acusados no geral, devendo ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada, por não deixarem de ser imputação em sentido amplo. Dessa forma, qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em sentido amplo. Por isso o legislador teria empregado os acusados em geral, para abranger várias situações, tendo um sentido mais amplo do que apenas com uma acusação formal.⁴²

Outro posicionamento é o de que o inquérito policial deve encontrar respaldo no contraditório e na ampla defesa, por ser um mecanismo importante de investigação criminal no Estado, sendo o inquérito policial tratado pela doutrina de

³⁹ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016

⁴⁰ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016

⁴¹ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016

⁴² LOPES JR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016

forma desleixada e sendo pouco tratada a abordagem dos direitos fundamentais do investigado, sem que gere importantes repercussões na persecução penal.⁴³

Deve se considerar, também, que no inquérito policial estão presentes importantes bens jurídicos, que podem vir a ser restringidos, tais como, a liberdade, a intimidade e o patrimônio, tendo como base o que ocorrer na investigação policial, podendo haver um sucesso ou não do processo penal, a depender de um inquérito policial bem estruturado e baseado em provas colhidas de acordo com todas as partes da relação jurídica.⁴⁴

Além do mais, deve haver uma ampliação de acesso aos autos de investigação preliminar pelo advogado, considerando que as disposições que asseguram esse direito, assim como de outras investigações criminais pelo advogado, não são suficientes para conter abusos e para isso, é necessária a observância da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, que garantiu a proscrição de procedimentos que pretendem ser sigilosos ao defensor do investigado.⁴⁵

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil trouxe importantes alterações de novos incisos que ampliaram e efetivaram o direito ao acesso dos autos na fase de investigação pelo advogado do investigado, sendo um importante avanço, considerando que não se poderia tolerar a negativa de acesso aos autos de processo penal instaurado pelo advogado. Havendo necessidade de sigilo, não deve ter abrangência que retire o direito ao contraditório e ampla defesa.⁴⁶ Nesse sentido:

Com efeito, entendemos que a lei nova não aboliu a natureza inquisitiva do inquérito, mas trouxe a possibilidade de incidência regrada de porção do contraditório e da defesa (sem ser ampla) assegurando a essencial "paridade de armas" à defesa técnica. A previsão para intervenção do advogado na

⁴³ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. São Paulo: Consultor Jurídico. Publicado em 1 nov. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>.

⁴⁴ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. São Paulo: Consultor Jurídico. Publicado em 1 nov. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>.

⁴⁵ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Processo Penal. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 143.

⁴⁶ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Processo Penal. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 143.

produção dos elementos de informação das investigações é similar a uma investigação defensiva, no bojo dos próprios autos do inquérito ou de outra apuração. Essa possibilidade está descrita na previsão do advogado "apresentar razões e quesitos" no curso da investigação (art. 7º, XXI, 'a': Estatuto da OAB).⁴⁷

Deve se considerar a relevância da investigação defensiva, sendo uma teoria que traz uma forma de obrigação de aprimoramento da fase de investigação criminal ou policial, pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, tendo o objetivo de o defensor do investigado, atuar na oposição da investigação, produção ou métodos utilizados durante o inquérito policial, devendo ser utilizado o contraditório e ampla defesa nessa fase.⁴⁸

Cabe lembrar que, o inquérito policial é um procedimento que deveria obrigar o Estado a respeitar as liberdades e as garantias que são fundamentais e destacadas na Constituição Federal, devendo haver a defesa da dignidade da pessoa humana por meio de uma instrução processual justa, incluindo o procedimento inquisitorial, como exigência para a garantia de um Estado Democrático de Direito.⁴⁹

Deve se destacar que seria benéfica a aplicação da investigação defensiva, havendo um intuito de fomentar o desenvolvimento das ciências jurídicas penalistas, como a criminologia, a criminalística e a medicina forense, cabendo destacar, outra vantagem dessa investigação, com a atuação do advogado para a constituição de prova criminal, que antes seria apenas um espectador passivo, passando a ser o produtor atuante principal na constituição dos elementos de provas ou informativos para a acusação.⁵⁰

Outro argumento favorável acerca do contraditório no inquérito é o de que, se vale na preservação do equilíbrio entre as partes, ou da paridade de armas entre os

⁴⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. Curso de Processo Penal. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 144.

⁴⁸ BALDAN, Édson Luis. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 64, v. 15, 2007, p. 270.

⁴⁹ BALDAN, Edson Luis. AZEVEDO, André Boiani e. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). Teresina: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8220/a-preservacao-do-devido-processo-legal-pela-investigacao-defensiva>.

⁵⁰ BALDAN, Édson Luis. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 64, v. 15, 2007, p. 270

sujeitos parciais do procedimento penal. Um processo penal democrático exige que exista um equilíbrio de forças, uma paridade de armas entre a acusação e a defesa, de modo que as partes possam de forma igualitária influir na formação do convencimento do juiz. Por mais que a polícia judiciária tenha sempre exercido a função de investigação com certa independência, pode ser observado que na atualidade existe uma forte tendência a se consolidar um modelo de investigação unilateral, voltado aos interesses da acusação e em detrimento do acusado e sua defesa, quando na verdade, a busca da prova deve ser tanto tutelada e favorecida, quanto da contraprova.⁵¹

Dessa forma, pode se entender que o contraditório e a ampla defesa se tornam mecanismos necessários para se garantir o devido processo penal das partes, devendo haver um confronto probatório entre a acusação e a defesa técnica, sendo assim, assegurados de forma efetiva, por meio da defesa, desde o início da persecução penal.

Com essas considerações, se mostra necessário que desde o inquérito policial, o investigado tenha conhecimento dos fatos de forma clara, devendo ter a possibilidade de apresentar proteção e defesa, contra imputações formuladas no procedimento investigatório, podendo acompanhar a produção de provas, arcando com a produção de contraprovas, e possuindo a oportunidade de defesa técnica de um advogado, para poder impugnar os atos instrutórios, verificando a licitude ou ilicitude do ato pela autoridade policial.⁵²

Com esse estudo, pode se entender a importância de aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa em sede de inquérito policial, como forma de garantia dos direitos do indiciado, do devido processo legal, da paridade de armas e do Estado Democrático de Direito.

⁵¹ BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Rio Grande do Sul: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, vol. 3, n. 1, jan/jun 2011, p. 80-81. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416>.

⁵² BARBOSA, Emerson Silva. O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. Rio Grande do Sul: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, vol. 3, n. 1, jan/jun 2011, p. 80-81. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416>.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve como objetivo analisar a possibilidade de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em fase de inquérito policial, entendendo que essa possibilidade, visa garantir a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, assim como, garantir o devido processo legal, a paridade de armas e o Estado Democrático de Direito.

Para isso foram trazidos os conceitos principais acerca de o que é o inquérito policial e seus principais elementos, assim como, sua função e finalidade, passando, logo após, pelo estudo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, entendendo a importância desses princípios constitucionais, considerados como Direitos Fundamentais pela Constituição Federal, que visam garantir a proteção da pessoa que está sendo processada.

Por fim, pôde se observar os entendimentos de alguns autores, acerca da importância desses princípios, mesmo em fase pré processual, como forma de garantir a defesa do indiciado, pelo advogado, tendo sido abordado, também, o entendimento de alguns autores sobre a necessidade de se colocar uma investigação defensiva nessa fase, para que houvesse uma melhor oportunidade de defesa e produção de provas, também, por parte da defesa, garantindo a paridade de armas.

Em suma, essa importância pode ser alcançada com a inserção da defesa técnica no procedimento, de forma que melhore a defesa do indiciado em fase de colhimento de provas, possibilitando, também a sua defesa e até produção de provas favoráveis, evitando que a defesa seja colocada em segundo plano em fase de investigação preliminar.

Diante do que se foi estudado, pode se concluir que o contraditório e a ampla defesa devem ser exercidos na fase de investigação como forma de garantia constitucional do investigado ou indiciado se utilizar de todos os meios necessários para se defender da imputação de um crime. Sendo, dessa forma, um direito que todos os cidadãos possuem, considerando que é um direito constitucional fundamental, independentemente de ser aplicado no processo judicial ou em uma investigação preliminar. Por mais que os princípios não sejam aplicados de forma

plena, o investigado ou indiciado devem se valer de todos os meios necessários para garantir sua defesa, inclusive se utilizando dos direitos fundamentais de contraditório e ampla defesa.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal**. Salvador: Ed. Juspodivm, 12ª Ed., 2017, p. 143.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed., 2015, p. 117.

BALDAN, Edson Luis. AZEVEDO, André Boiani e. **A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva** (ou do direito de defender-se provando). Teresina: Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/8220/a-preservacao-do-devido-processo-legal-pelainvestigacao-defensiva>.

BALDAN, Édson Luis. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 64, v. 15, 2007, p. 270.

BARBOSA, Emerson Silva. **O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial**. Rio Grande do Sul: Sistema Penal & Violência – Revista Eletrônica da Faculdade de Direito, vol. 3, n. 1, jan/jun 2011, p. 80-81. Disponível em <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/download/7942/6416>.

BECHARA, Fábio Ramazzini; CAMPOS, Pedro Franco de. Princípios constitucionais do processo penal. Questões polêmicas. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 593, 21 fev. 2010;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

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

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA GUSTAVO. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial**. São Paulo: Consultor Jurídico. Publicado em 1 nov. 2016. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-nov01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>.

_____. Decreto n.º 27, de 26 de maio de 1992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional. 36. ed. São Paulo**: Editora Forense, 2019

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JR, A. U. R. Y. **Investigação preliminar no processo penal**. Saraiva Educação SA, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo Penal. 23.ed. São Paulo**. Saraiva, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal. 11. ed. São Paulo**: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. Saraiva Educação SA, 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 13ªEd., 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal. Vol. único. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador**: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Processo Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro**: Lumen Juris, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal. 25. ed. rev. e atual. São Paulo**: Atlas, 2017.

ROVEGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas: Bookseller, 2005;

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Princípios penais constitucionais. Direito e processo penal à luz da Constituição Federal**. Recife: Editora Podivm, 2007;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal. 11. ed. Salvador**: JusPODIVM, 2016.

ZANOTTI, Bruno Taufner. **Inquérito Policial**. In: SANTOS, Cleopas Isaías (Leonardo de Medeiros Garcia). **Delegado de Polícia em Ação. Teoria e Prática no Estado Democrático de Direito. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador**: JusPodivm, 2016.