

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM O MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO

TAÍS BEZERRA DA CUNHA
Matrícula: 19739

As particularidades do inquérito policial e as garantias do indiciado.

Rio de Janeiro

2023

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discorrer sobre as particularidades do inquérito policial bem como acerca das garantias do indiciado. Nesse sentido, faz-se necessário ressaltar que a investigação penal é gênero que comporta duas espécies: (i) a investigação policial (por meio de Portaria, lavratura do Auto de Prisão em Flagrante ou Termo Circunstanciado); e (ii) a investigação pelo Ministério Público, regida pela Resolução 181 do CNMP. Neste estudo, ficaremos restritos somente à investigação policial.

Nesse contexto, destrincharemos o conceito de inquérito policial, que pode ser definido desde já como um procedimento administrativo de cunho inquisitorial, formalizado privativamente pela autoridade policial, objetivando carrear justa causa à deflagração da ação penal. Busca-se apurar a autoria e a materialidade de um crime, impedindo assim acusações levianas e o constrangimento infundado de pessoas, além de reunir elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal pelo Ministério Público.

É, portanto, um importante instrumento de que se vale o Estado para dar início à persecução penal, sendo o controle externo da atividade policial atribuído ao Ministério Público. No entanto, a condução desse procedimento requer cautela a fim de garantir não só a efetividade da investigação penal, mas também a proteção das garantias constitucionais do investigado.

Dessa forma, este trabalho se propõe a analisar as principais características do inquérito policial, tais como a sua dispensabilidade, oficiosidade, inquisitorialidade, sigilo, indisponibilidade e o seu caráter unidirecional, além de discutir significativas garantias do investigado. A partir da análise desses temas, pretende-se demonstrar a importância do equilíbrio entre a efetividade da persecução penal e a proteção dos direitos fundamentais do investigado, contribuindo assim para uma reflexão crítica e aprofundada sobre o tema.

2. A INVESTIGAÇÃO PENAL

De início, cumpre destacar a diferença entre o poder de polícia administrativa e o poder de polícia judiciária. O poder de polícia administrativa possui um viés preventivo, uma vez que é exercido para evitar que danos venham a ser causados. Por sua vez, o poder de polícia judiciária possui um viés repressivo, ou seja, espera-se remediar o ocorrido. Nesse último caso, o dano já foi causado, já foi cometida uma infração penal. Busca-se, portanto, identificar a autoria, certificar a existência do fato, bem como certificar se haveria ou não alguma excludente da tipicidade, da ilicitude e da culpabilidade. Nas palavras de Magalhães Noronha, a “*polícia judiciária atua após a prática do crime, colhendo os elementos que o elucidam e evitando que desapareçam para que mais tarde possa haver lugar a ação penal*”¹.

O poder de polícia judiciária se expressa na própria investigação penal e veio delineado no art. 144 da CRFB/88, que prevê em seus §§1º, IV e 4º que, em nível federal, a investigação compete, com exclusividade, à polícia federal; enquanto, em nível estadual, o poder de polícia judiciária foi confiado à polícia civil. Ademais, com base na leitura do art. 2º e seus parágrafos da Lei 12.830/2013, conclui-se que polícia judiciária é atividade de natureza jurídica, da atribuição do delegado de polícia de carreira, sendo-lhe privativo o indiciamento.

Entende-se aqui que a nomenclatura “poder de polícia judiciária” merece superação em prol de um poder de segurança pública, justamente porque atrela indevidamente o Poder Judiciário à atividade policial, quando do juiz se espera equidistância e imparcialidade.

Portanto, o inquérito policial é realizado pela polícia judiciária, podendo ser definido como um procedimento administrativo de cunho inquisitorial, formalizado privativamente pela autoridade policial, objetivando carrear justa causa à deflagração da ação penal.

Conforme ensina Paulo Rangel, o inquérito policial pode ser entendido como “*um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – delicta facti permanentis) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal*”².

Sobre a finalidade do inquérito policial, leciona Guilherme de Souza Nucci³:

É importante repetir que sua finalidade precípua é a investigação do crime e a descoberta do seu autor, com o fito de fornecer elementos para o titular da ação penal

¹ NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 17.

² RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 152.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 321.

promovê-la em juízo, seja ele o Ministério Público, seja o particular, conforme o caso. Nota-se, pois, que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da Justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, por meio do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares suficientes para apontar, com relativa segurança, a ocorrência de um delito e o seu autor. O simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade. Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime.

Assim, conforme aponta Aury Lopes Jr., um dos fundamentos da investigação preliminar seria justamente de servir como “filtro processual”, uma vez que objetiva “evitar acusações infundadas, seja porque despidas de lastro probatório suficiente, seja porque a conduta não é aparentemente criminosa”⁴. Torna-se necessário, portanto, reunir elementos suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal, impedindo acusações levianas e o constrangimento infundado de pessoas.

Antonio Scarance Fernandes leciona: “A etapa prévia de investigação foi a maneira que o Direito Processual Penal encontrou para haver uma acusação justa e para evitar imputações apressadas”⁵.

3. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA INVESTIGAÇÃO PENAL

A seguir, serão analisadas as principais características do inquérito policial, quais sejam: dispensabilidade, oficiosidade, inquisitorialidade, sigilo, indisponibilidade e o seu caráter unidirecional.

3.1. Dispensabilidade

Uma vez que o objetivo do inquérito é carrear justa causa para o oferecimento da acusação, é intuitivo pensar que, se o Ministério Público já dispuser desta justa causa, prontamente já será deflagrada a ação penal.

Nesse sentido, estabelece o art. 39, §5º do CPP que “O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”.

Também anuncia a dispensabilidade do inquérito o art. 27 do CPP, quando prevê que “Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em

⁴ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 181.

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 103.

que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”.

Outro dispositivo nesse sentido é o art. 12 do CPP, ao afirmar que “*O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra*”, aludindo ao oferecimento da denúncia acompanhada ou não do inquérito.

Partindo dessa premissa, é certo que, se o inquérito é dispensável, não é possível pensar em uma solução de continuidade entre o inquérito e o processo. Logo, o inquérito e processo são procedimentos inconfundíveis. O inquérito tem matiz administrativa, enquanto o processo tem matiz jurisdicional, tendo como pedra inaugural a denúncia ou a queixa, que são a materialização do direito de ação, direito esse que é abstrato.

Em razão disso, potenciais nulidades verificadas no inquérito não contaminam o processo, porque não há continuidade, não existe nexos causal. Portanto, não há de se evocar aqui o princípio da causalidade em matéria de nulidades, nos termos do art. 573, § 1º do CPP, que prevê que a nulidade de um ato acarreta a nulidade de todos os demais atos que dele sejam consequência.

3.2. Oficiosidade

Não precisa a autoridade policial aguardar ser provocada para atuar, devendo ela atuar de ofício, conforme previsão do art. 5º, I do CPP. Para tanto, é fundamental que o crime lhe seja noticiado. A autoridade policial, portanto, atua através da notícia-crime, que se divide em cognição direta, indireta e coercitiva.

A notícia-crime de cognição direta se dá quando o crime lhe é comunicado pelos próprios envolvidos (vítima ou autor do fato). Por sua vez, a notícia-crime de cognição indireta é quando o crime é comunicado por terceiro estranho ao evento delitivo (também é chamada de *delatio criminis*). Por último, a notícia-crime de cognição coercitiva nada mais é do que o flagrante.

Dentro desse contexto, a notícia-crime anônima, por si só, não basta à instauração do inquérito, pois o art. 5º, IV, da CRFB/88 veda o anonimato na manifestação do pensamento. Além disso, o art. 5º, §3º do CPP estabelece que qualquer pessoa do povo poderá comunicar a ocorrência de um crime à autoridade policial, que só irá instaurar o inquérito após verificar a procedência das informações. Sendo assim, nenhum inquérito será instaurado com base em uma notícia-crime anônima, e sim com base nos elementos concretamente obtidos a partir da notícia-crime anônima.

É nesse sentido que Paulo Rangel afirma que *“é inadmissível a instauração de qualquer investigação criminal ou cível, bem como processo judicial, com base, única e exclusivamente, em delatio criminis apócrifa, por violar, expressamente, o princípio constitucional da vedação do anonimato, acarretando, por via de consequência, prova ilícita, inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro”*⁶.

Cumpra mencionar que o art. 27 da Lei 13.869/19 aponta como abuso de autoridade a conduta de requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime. Evidencia-se, ainda, o art. 30 da mesma Lei, que prevê a impossibilidade de instauração de inquérito somente com base em uma notícia-crime anônima.

É possível destacar como exceções à oficiosidade do inquérito os crimes de ação penal pública condicionada à representação e os crimes de ação penal de iniciativa privada, uma vez que só se instaura o inquérito depois de obtida a representação do ofendido ou depois de termos o requerimento do ofendido, respectivamente.

Ademais, membros da magistratura e do Ministério Público só podem ser presos em flagrante por crime inafiançável. Se for flagrante por crime afiançável, a autoridade policial terá poderes para obstar o prosseguimento da ação delitiva, mas não tem poderes de implementar a prisão em flagrante, formalizando de ofício a investigação contra o promotor ou juiz. Nesses casos, deverá se limitar a reunir, documentar todas as peças incriminatórias e encaminhá-las à presidência do Tribunal ao qual o juiz está vinculado, ou à Procuradoria Geral correspondente, em se tratando de membro do MP. Ressalta-se que essas exceções por prerrogativa da função não alcançam os membros da Defensoria Pública.

Além disso, a fim de resguardar a garantia do juiz natural, caso no curso de uma investigação surjam elementos concretos noticiando envolvimento de um agente político com prerrogativa de foro, a investigação não pode evoluir. A investigação deve ser sobrestada e deverá ser comunicado o Tribunal respectivamente competente por prerrogativa da função para que decida: (i) pela inclusão ou não do agente político com prerrogativa de foro na investigação; e (ii) se positiva a inclusão, se todos devem ser investigados conjuntamente ou se a investigação passaria a tramitar naquele Tribunal competente por prerrogativa da função tão somente em relação ao imputado com prerrogativa da função, persistindo nas instâncias ordinárias em relação aos demais. E, para que tudo isso ocorra, somente se estivermos diante de um crime que

⁶ RANGEL, Paulo. A linguagem pelo avesso: a denúncia anônima como causa (i)legitimadora da instauração de investigação criminal: inconstitucionalidade e irracionalidade. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 32. p. 188.

ele supostamente tenha cometido/tenha concorrido para implementá-lo durante e no exercício da função política ora exercida.

Por fim, não basta a menção ao agente político com prerrogativa de foro, sendo imprescindível a reunião de elementos concretos dando conta de seu envolvimento.

3.3. Inquisitorialidade

A investigação penal é um instrumento de salvaguarda do próprio Estado. É evidente que a prática de um crime gera inquietação social, assim, exige-se uma pronta resposta estatal. Nesse primeiro momento, a ideia é apurar o ocorrido, reunir justa causa que permita a deflagração da ação penal contra determinada pessoa. Tendo em vista que é preciso agilidade para uma resposta repressiva imediata, o contraditório e ampla defesa nesse momento persecutório ficam de lado. Isso porque se a investigação se desenvolvesse sob ciência e participação da defesa ao longo de todo o seu envolver, essa investigação perderia em agilidade, celeridade e efetividade. Por isso que o inquérito é um procedimento inquisitorial, diferentemente do processo, que tem no contraditório e ampla defesa alicerces imprescindíveis a sua validade, sem os quais haveria um processo absolutamente nulo. É possível, portanto, que o inquérito transcorra sem contraditório e ampla defesa porque o objetivo primeiro aqui é a repressão. Segundo Nucci⁷:

A vantagem e a praticidade de ser o inquérito inquisitivo concentram-se na agilidade que o Estado possui para investigar o crime e descobrir a autoria. Fosse contraditório, tal como o processo, poderia não apresentar resultado útil. Portanto, deve-se buscar a exata medida para considerar o inquérito inquisitivo, embora sem que possua caráter determinante ao magistrado no momento da sentença.

O art. 14 do CPP é uma manifestação da inquisitorialidade do inquérito, uma vez que prevê que *“O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”*. Nessa perspectiva, a visão tradicional doutrinária defende que, ante a ausência de contraditório e ampla defesa, qualquer requerimento dirigido ao delegado pela vítima ou pelo indiciado poderia ser apreciado com base em um mero juízo de oportunidade e conveniência, de maneira que a autoridade policial não precisaria fundamentar o seu pronunciamento. Todavia, trata-se de uma posição minoritária, porque majoritariamente se invoca o art. 5º, LXIII da CRFB/88, que prevê o direito ao silêncio, como também prevê o direito que todo indiciado tem a um advogado, a um defensor, clara manifestação do direito de defesa no inquérito.

⁷ NUCCI, 2020, p. 361.

Assim, entende-se que a característica da inquisitorialidade do inquérito ainda existe, entretanto, é interpretada de outra forma, não significando ausência de contraditório e ampla defesa – significa que contraditório e ampla defesa estão disponíveis, mas de exercício facultativo e não obrigatório.

Partindo dessa premissa, o art. 14 do CPP vai merecer uma nova leitura, porque se houver requerimento (expressão do contraditório e da ampla defesa, disponíveis e de exercício facultativo no inquérito), o pronunciamento da autoridade policial há de ser fundamentado.

Cumprido destacar, ainda, que a inquisitorialidade do inquérito tem uma repercussão probatória extremamente importante e lógica. Como a sentença é o produto final de um processo acusatório, que transcorre sob o crivo do juiz natural, contraditório e ampla defesa, não pode a sentença se satisfazer com peças estritamente inquisitoriais. Dessa forma, as peças produzidas no inquérito têm valor *obiter dictum*, ou seja, podem atuar como argumento de reforço para a condenação do acusado, mas jamais podem ser *ratio decidendi*, pois, do contrário, haverá *error in iudicando*, ensejador de apelação objetivando a reforma da sentença para absolver por insuficiência probatória. Isso porque, as peças de informação colhidas ao longo do inquérito, na realidade, são meros indícios e não prova.

Essa orientação, construída pelo STF/STJ, está positivada no art. 155, caput, CPP: “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*”.

3.4. Sigilo

De acordo com o art. 20 do CPP, “*A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*”. Tal dispositivo refere-se ao sigilo externo, antônimo de público. E assim o faz por duas razões: (i) garantir a efetividade da investigação; e (ii) preservar a intimidade, a imagem e a vida privada do indiciado e de seus familiares, considerado o estado de inocência. Isso porque nem existe ainda justa causa para a denúncia. Neutraliza-se, assim, a mídia opressiva.

O art. 20 do CPP foi plenamente recepcionado pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXIII. Isso porque, embora o dispositivo constitucional anuncie como garantia fundamental o direito à informação, prevê também que essas informações permanecerão sigilosas enquanto o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Nessa ressalva é que se encaixa o sigilo do inquérito previsto no art. 20 do CPP.

Se, na percepção da autoridade policial, determinados aspectos da investigação já podem ser publicizados porque o sigilo não mais se mostra necessário à elucidação do fato, nada impede que esses aspectos da informação já sejam divulgados. Portanto, isso não desfigura o inquérito como sendo um procedimento sigiloso, porém é correto dizer que não seria um sigilo absoluto.

Por outro lado, cumpre mencionar que é inoponível o sigilo de inquérito à defesa. Essa prerrogativa de vista compreenderá todas as diligências já realizadas, ou seja, todas as diligências que já estiverem documentadas, sem alcançar as em andamento, as que serão providenciadas nem as com sigilo específico. Nesse cenário, destaca-se a Súmula Vinculante 14 do STF: *“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”*.

O Estatuto da Advocacia também tem previsão nesse sentido, visto que em seu art. 7.º estabelece que: *“São direitos do advogado: (...) XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”*.

3.5. Indisponibilidade

Nos moldes do art. 17 do CPP, o inquérito não pode ser arquivado pela autoridade policial. Nesse contexto, o arquivamento se dá por iniciativa do Ministério Público, tendo em vista ser ele o destinatário da investigação.

Ainda sobre esse tema, discute-se se a autoridade policial poderia ou não promover o desindiciamento. Aqui entendemos que desindiciamento o não deixa de ser um arquivamento velado, em relação ao crime e/ou indiciado, logo, não seria da iniciativa da autoridade policial, sob pena de ofensa reflexa ao art. 17 do CPP.

Ressalta-se que a sistemática do arquivamento foi inteiramente alterada pela Lei nº 13.964/2019, entretanto, o art. 28 teve sua eficácia suspensa pela liminar concedida pelo Ministro Fux. O sistema antigo do CPP, em vigor hoje, determina em seu art. 28 que: *“Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público*

para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender". Acerca dessa sistemática, explica Aury Lopes Jr.⁸:

Nessa sistemática o MP não arquivava, solicita o arquivamento para o juiz que poderá concordar com o pedido do MP e então arquivar o inquérito (controle é judicial, portanto), ou divergir do entendimento do MP e - de forma inquisitória e incompatível com a matriz acusatória do CPP - determinar a remessa para o procurador-geral do MP, que poderá (inclusive através de outro promotor designado) insistir no arquivamento (e então não restará ao juiz outra opção do que arquivar) ou oferecer denúncia (que voltará para aquele mesmo juiz julgar...eis o ranço inquisitório). Essa é a sistemática do CPP desde 1941, criticada por colocar o juiz em posição incompatível com a matriz acusatória constitucional.

A nova redação do art. 28 prevê que o *“Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei”*. Assim, quando entrar em vigor, o arquivamento será ordenado pelo Ministério Público, sendo a promoção de arquivamento não mais submetida à homologação judicial em harmonia com a estrutura acusatória.

3.6. Caráter Unidirecional

O destinatário único do inquérito policial é o Ministério Público. Nesse sentido, as valorações jurídicas mais substanciais acerca do fato delituoso não competiria então à autoridade policial, competiria ao MP e ao juízo. Na medida em que o delegado é um agente da Administração Pública, ele se norteia por inteiro do princípio da legalidade. Então, na realidade, lhe compete valorar a existência e a autoria de uma conduta formalmente típica e punível. Logo, deixar de aplicar a norma penal incriminadora não compete ao delegado, integrante do Poder Executivo, mas ao Judiciário, ao examinar o arquivamento promovido pelo MP.

O reconhecimento de eventuais excludentes da tipicidade, ilicitude e culpabilidade deve obrigatoriamente ser judicializado. Logo, a margem de atuação do delegado durante a investigação policial seria reduzida, porque ele ficaria restrito à aferição da existência e da autoria de uma conduta formalmente típica. Cabe-lhe examinar se aquela conduta se enquadra em uma norma penal incriminadora, bem como se aquela conduta ainda se mostra punível (se não adveio a prescrição, decadência etc., fenômenos que demandam a mera constatação).

Em reforço a essa ponderação, evidencia-se o art. 397 do CPP que submete as excludentes à cognição judicial, mesmo quando manifestas. Há, ainda, o art. 310, §1º do CPP, deixando claro que o juiz poderá conceder a liberdade provisória mediante termos de

⁸ LOPES JR., 2020, p. 306.

comparecimento a todos os atos do processo, se ele vislumbrar uma provável excludente da ilicitude. Ou seja, essa provável excludente da ilicitude não impediu que, anteriormente, a autoridade policial lavrasse o auto de prisão em flagrante e encaminhasse ao juízo para que o juiz, e ninguém mais, decidisse quanto eventual concessão da liberdade provisória se presente provável excludente da ilicitude. Isso só reforça que o enfrentamento dessas matérias seriam casos de inafastável reserva de jurisdição. Conforme leciona Paulo Rangel⁹:

O inquérito policial tem um único escopo: apuração dos fatos objeto de investigação (cf. art. 4o, in fine, do CPP c/c art. 2o, § 1o, da Lei no 12.830/13). Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio. A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória.

4. GARANTIAS DO INDICIADO

4.1. Nomeação de curador

Nos termos do art. 15 do CPP, *“Se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador pela autoridade policial”*. Explica Guilherme de Souza Nucci que *“Tratava-se da pessoa que tinha por função proteger e orientar o menor de 21 anos, tanto no interrogatório da fase policial quanto no interrogatório prestado em juízo, suprindo-lhe as naturais deficiências trazidas pela imaturidade e zelando para que não houvesse qualquer arbítrio ou coação indevida contra sua pessoa”*.

Ocorre que não é possível aplicar mais o art. 15 na sua literalidade, tendo em vista que o atual Código Civil passou a considerar que, a partir dos 18 anos, a pessoa passa a ser plenamente capaz, prevendo em seu art. 5º que *“A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil”*. Segundo Paulo Rangel¹⁰:

No mesmo sentido, não há mais validade para que seja nomeado curador ao indiciado menor por ser ele relativamente incapaz, processualmente falando. Ou seja, ele é imputável, por ter 18 anos, mas relativamente incapaz, no processo penal, para a prática de determinados atos, razão pela qual o legislador exige a nomeação de curador. Se o Código Civil de 1916 foi o que inspirou o legislador processual penal de 1941 quando tratou da menoridade e com base naquele foi que se estabeleceu a idade entre 18 e 21 anos para os atos conjuntos do menor e do representante legal, não há mais razão, com a vigência do Código Civil, para que tais dispositivos legais estejam em vigor.

⁹ RANGEL, 2019, p. 195.

¹⁰ RANGEL, 2019, p. 440.

Vale dizer que, no âmbito do Juizado Especial Criminal, quando se tem uma captura em flagrante, desde que o capturado assuma o compromisso de comparecer ao JECRIM, não se prossegue com a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante. O conduzido é liberado, lavrando-se um Termo Circunstanciado (inteligência do art. 69, p.ú. da Lei 9099/95). Entretanto, se estivermos diante de um provável inimputável mental, ante os elementos concretos nesse sentido, a autoridade policial representa ao juiz competente pela instauração do incidente de insanidade mental (ou dependência química), nos termos do art. 149, §1º do CPP, e, simultaneamente, com base no §2º, o juiz irá: (i) nomear o responsável legal seu curador, caso já esteja interdito civilmente, invocando, por analogia, o art. 15 do CPP, comprometendo-se a apresentá-lo ao JECRIM, lavrando-se o TCO; ou (ii) nomear familiar ou responsável de fato do flagrante seu curador, comprometendo-se a apresentá-lo ao JECRIM, lavrando-se o TCO; (iii) se o capturado ninguém tiver, lavra-se o APF. Dessa forma, é nesse sentido que poderemos continuar a aplicar o art. 15 do CPP, ou seja, pensando no provável inimputável mental.

4.2. Uso de algemas

O uso de algemas deve ocorrer conforme o postulado da proporcionalidade, presente o binômio necessidade e adequação. Em outras palavras, o uso de algemas só deve ocorrer quando absolutamente necessário for a efetividade da diligência do ato ao qual ele está vinculado, evitando assim excessos e a denominada espetacularização das prisões.

Nesse sentido, destaca-se a Súmula Vinculante nº 11: *"Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado"*.

Essa excepcionalidade do uso das algemas tem que estar registrada por escrito. Em se tratando de uma captura flagrante, isso virá na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante. Se pensarmos no cumprimento de um mandado de prisão, virá no registro de ocorrência do cumprimento do mandado de prisão. E se for determinado o uso das algemas durante uma audiência, virá delimitado na assentada pertinente a referida audiência.

Na hipótese de cumprimento de mandado de prisão decorrente de uma condenação transitada em julgado, ou mandado de prisão preventiva/temporária, o uso de algemas não é formalidade essencial à constituição desse título prisional (raiz jurisdicional). Se o uso de algemas for desnecessário/abusivo, isso pode dar aso à responsabilização do Estado, do agente,

mas não há relação causal que justifique nulificar o mandado de prisão em si. Ou seja, não é formalidade inerente à constituição daquele título prisional.

A possibilidade de se ter o relaxamento da prisão por uso gratuito de algemas está adstrita às hipóteses flagranciais. Prisão em flagrante tem raiz administrativa – o agente poderá e deverá proceder em conformidade com a lei, sob pena de ofensa à legalidade. Entretanto, os precedentes neste sentido no STF são ínfimos, pois a maioria dos julgados entende que o uso de algemas não seria uma formalidade essencial à constituição do título prisional flagrancial em si.

Por outro lado, em se tratando do uso gratuito de algemas anulando o ato processual ao qual ele está vinculado, existem poucos precedentes no STF, que se referiam ao Tribunal do Júri, porque como o conselho de sentença é norteado pelo sistema da íntima convicção, não há como mensurar até onde a figura gratuita de um réu algemado teria sugestionados os jurados, não podendo mensurar, em caso de condenação, até onde esse impacto visual teria influenciado em sentença. Determina o art. 474, §3º que: *“Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”*.

Nos demais casos, essa arguição de nulidade já fica mais difícil, porque ainda que tenhamos um réu gratuitamente algemado, esse cenário em nada influenciaria o juiz sentenciante, porque por se tratar de um juiz singular/togado, ele está constitucionalmente vinculado ao dever de motivar racionalmente as suas decisões e, o simples fato de ter um réu algemado, gratuitamente ou não, é irrelevante à formação do convencimento daquele juiz. Portanto, não haveria nulidade a ser declarada.

4.3. A não identificação criminal

A não identificação criminal do indiciado civilmente identificado seria a terceira importante garantia do indiciado, que dialoga diretamente com a garantia da não autoincriminação. Nesse contexto, nos termos do art. 5º, LVIII da CRFB/88: *“o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”*.

Dessa forma, explica Aury Lopes Jr¹¹:

A identificação criminal prevista no art. 5º, LVIII, da CB, foi regulamentada pela Lei n. 12.037/2009 e constitui o gênero, do qual são espécies a identificação datiloscópica, a identificação fotográfica e a coleta de material genético (modificação introduzida pela Lei n. 12.654/2012). A regra é que o civilmente identificado não seja submetido

¹¹ LOPES JR., 2020, p. 253.

à identificação criminal (ou seja, nem datiloscópica, nem fotográfica, nem coleta de material genético), definindo a lei que a identificação civil pode ser atestada por qualquer dos seguintes documentos: carteira de identidade; carteira de trabalho; carteira profissional; passaporte; carteira de identificação funcional; outro documento público que permita a identificação do indiciado. A lei equipara aos documentos civis os de identificação militar. (...)

Não sendo apresentado qualquer desses documentos, será o suspeito submetido à identificação criminal. A lei não menciona prazo, mas se recomenda que seja concedido, pelo menos, 24 horas para apresentação do documento. Em caso de prisão em flagrante, deverá o detido identificar-se civilmente até a conclusão do auto de prisão.

Todavia, dentre as hipóteses elencadas no art. 3º, IV da Lei 12.037/2009, poderá ocorrer a identificação criminal, ainda que apresentado o documento civil, quando “*a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa*”. Critica-se, aqui, que o ato poderá ser determinado pelo juiz de ofício, de modo a atentar contra o sistema acusatório e o devido processo legal, comprometendo-se, assim, a equidistância e a imparcialidade judicial.

Evidencia-se, ainda, o princípio da titularidade da ação penal pública, estampado no art. 129, I da CRFB/88, que prevê a atuação do Ministério Público como legitimado ativo *ad causam* ordinário, tendo em vista ser ele o titular *do jus puniendi* e também da pretensão punitiva estatal. Portanto, não poderia o juiz substituir a acusação na atividade probatória.

5. CONCLUSÃO

Pode-se notar no decorrer deste trabalho que um dos fundamentos da investigação preliminar seria justamente de servir como “filtro processual”, uma vez que é preciso reunir elementos suficientes de autoria e materialidade para a deflagração da ação penal.

Acerca das características do inquérito policial, é possível destacar a sua dispensabilidade, visto que o Ministério Público poderá dispensá-lo se já dispuser de justa causa, podendo prontamente deflagrar a ação penal. Por sua vez, a oficiosidade do inquérito significa que não precisa a autoridade policial aguardar ser provocada para atuar, devendo ela atuar de ofício. Já a característica da inquisitorialidade é hoje interpretada de outra forma, não traduzindo ausência de contraditório e ampla defesa, que na verdade estão sim disponíveis, mas são de exercício facultativo. Ademais, o sigilo do inquérito refere-se ao sigilo externo, antônimo de público, que visa não somente garantir a efetividade da investigação, como também preservar a intimidade, a imagem e a vida privada do indiciado. Por último, a indisponibilidade e o caráter unidirecional do inquérito demonstram que o arquivamento se dá por iniciativa do Ministério Público, tendo em vista ser ele o destinatário único da investigação.

No âmbito das garantias do indiciado, evidencia-se a possibilidade de nomeação de curador ao inimputável mental, o uso de algemas conforme o postulado da proporcionalidade e a não identificação criminal do indiciado civilmente identificado.

Com base na avaliação desses tópicos, foi possível ilustrar a importância de se encontrar um equilíbrio entre a eficácia da investigação penal e a proteção das garantias do investigado.

6. BIBLIOGRAFIA

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RANGEL, Paulo. **A linguagem pelo avesso: a denúncia anônima como causa (i)legitimadora da instauração de investigação criminal: inconstitucionalidade e irracionalidade**. In: *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, nº 32, p. 173-190, abr./jun. 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.