

(IM)POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Lucas da Silva Rosa
Mateus Borges de Oliveira

Resumo

O Inquérito Policial foi, por muito tempo, tido como um procedimento que antecede à fase judicial e abonado como uma fase dotada de inquisitividade, recordando tenebrosos tempos em que a Soberania do Estado transpassava qualquer direito mais que fundamental. Frente a esse paradigma de retardo evolutivo, as diretrizes se modificaram, mas ainda continuam restritas. Com isso, o objetivo foi clarear a posição hodierna acerca da possibilidade ou da impossibilidade do exercício de defesa no Inquérito Policial, adentrando a posições doutrinárias e legislativas acerca do tema, com um paralelo à prática.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Procedimento Inquisitivo. Contraditório e Ampla Defesa. Exercício do direito de defesa.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo esclarecer acerca da (im)possibilidade do exercício de defesa no procedimento investigativo denominado de Inquérito Policial, tendo por orientação o fato de que, pela doutrina, esse tipo de procedimento pré-processual é dotado de inquisitorialidade, fazendo lembranças a tempos obscuros da história do mundo.

Não bastasse isso, o tema central é justificado devido ao fato de que o exercício de defesa é mais do que um direito positivado (e infelizmente restrito), mas um próprio direito natural, um pressuposto do que é correto.

Frente a esse prisma, visando ao objeto de clarificar essa questão, a incógnita por ora destacada tem base na Doutrina, na Jurisprudência e,

como algo necessário a qualquer trabalho, em uma pesquisa de campo acerca do assunto, havendo inicialmente a natureza do Inquérito Policial, abrindo alas às posições contrárias e favoráveis, que têm por base as normas, e é finalizada com uma pesquisa prática.

Eis que, diante disso, vem à tona a necessidade de responder à pergunta: é possível esse exercício?

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 NATUREZA DO INQUÉRITO POLICIAL

Inicialmente, é importante destacar que o Inquérito Policial é um procedimento inquisitivo, e significa que a atividade pré-processual de perseguição do crime fica concentrada nas mãos de uma única autoridade, não havendo a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa, que seriam a máxima do direito de defesa. Nessa fase, então, não existem partes, mas tão somente uma autoridade com poderes investigativos e um investigado, suposto autor de uma infração, sendo normalmente capitulado como indiciado. (TÁVORA; ALENCAR, p. 150).

2.2 POSIÇÕES CONTRÁRIA E FAVORÁVEIS AO EXERCÍCIO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Num primeiro momento, em linha contrária à possibilidade do exercício de defesa no Inquérito Policial, colocam Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (p. 42) que o Inquérito Policial é um procedimento investigatório em que não vigora o Princípio do Contraditório, em razão de haver, no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, a disposição de existência dessa forma de defesa tão somente após o efetivo início da ação penal, momento em que o Estado já admitiu a acusação.

Outrossim, dada sua natureza inquisitorial, o Inquérito Policial não permite ao investigado a oportunidade de propiciar sua defesa, “produzindo e indicando provas, oferecendo recursos, apresentando alegações, entre outras atividades que, como regra, possui durante a instrução judicial” (NUCCI, 2008).

Note-se que, nas palavras do autor, o investigado ou indiciado não tem qualquer margem de Contraditório e Ampla Defesa, ficando restrito a uma espera que pode ser curta ou longa, dependendo da complexidade do procedimento que está sendo instaurado pela autoridade policial.

Em linhas contrárias, existe Marta Saad (apud TÁVORA E ALENCAR, p. 151), defendendo que existe uma imputação informal, razão pela qual não é possível afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, alimentando que esse direito está em todos os lugares, e tem de ser tratado como "oposição ou resistência à imputação informal pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão".

Além dela, ainda segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alves (p. 152), existem outros doutrinadores, em posição minoritária, que sustentam a existência de Ampla Defesa no Inquérito, mencionando duas formas de exercício desse direito: 1) exercício exógeno, que significa um exercício fora do Inquérito, como a impetração de um habeas corpus trancativo; e 2) exercício endógeno, que seria dentro do procedimento investigativo, como os requerimentos feitos à autoridade policial.

Por mais que haja essas posições construtivas em que há destaques veementes à defesa, o acesso por parte do advogado no Inquérito Policial é ainda, de forma indireta, descrito no provimento que regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais, sendo o fragmento-chave do provimento descrito in verbis:

Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer. (BRASIL, 2018).

Assim, no que tange ao referido provimento, percebe-se que o indiciado ou investigado que está sob a égide da atuação de seu advogado poderá relatar a sua realidade dos fatos que estão deteriorando seu encargo social e psíquico. Ademais, no final do provimento é citado "como medida

preparatória da revisão criminal", ou seja, é o advogado e o indivíduo estarem antes de alguma propositura de ação, com os fatos e as teses de defesa – a lato sensu – preparados.

Para adocicar a questão, profere ainda, Aury Lopes Jr (p. 97) que:

O direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. Nessa valoração reside um dos maiores erros de alguma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da CB ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem "acusados" nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa.

2.3 NORMAS QUE AUXILIAM A DEFESA OU A REPULSA AO EXERCÍCIO DE DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Além de autores que fazem defesas, existem jurisprudências e leis atuais que possibilitam a presença do advogado nessa fase preliminar ao processo, tendo também normas constitucionais que geram combustível às discussões antagônicas outrora destacadas.

Em primeiro ponto, é mister destacar a Constituição Federal, a qual traz, no art. 5º, inciso LV; que, "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", abrindo alas (a quem justifica) à salvaguarda de que é possível sim ter o direito de defesa no Inquérito Policial, em razão do termo "acusados em geral".

Por mais que haja essa indicação, é fundamental destacar, usando das palavras de Guilherme de Souza Nucci (p 139), que a "finalidade precípua [do Inquérito Policial] é a investigação do crime e a descoberta do seu autor", tendo o fito de fornecer elementos para que haja a promoção da ação penal em juízo.

Além disso, é nítido que:

No curso da investigação, não se fala em acusado, mas em investigado ou, se formalmente apontado como suspeito, em indiciado, ao passo que entre o oferecimento e o recebimento da denúncia, empregam-se os termos

denunciado e imputado, reservando-se as fórmulas acusado e réu para as etapas que se seguem ao recebimento da denúncia. (REIS e GONÇALVES, 2018, págs. 301 e 302s)

Desta forma, a base de discussão de que a própria Constituição Nacional de 1988 asseguraria o exercício de defesa no Inquérito Policial é anulada em razão de nesse procedimento haver um investigado, não acusado, figura que só estará presente no momento em que a peça processual feita pelo Ministério Público for aceita pelo Magistrado competente ao julgamento daquela infração penal.

Por fim, em segundo ponto, adentrando a uma modificação feita em 2019, portanto recente, há no Código de Processo Penal, no Art. 14-A, disposições que relativizam a inquisitorialidade no curso das investigações preliminares, dizendo que, em casos de servidores que são vinculados à Segurança Pública (como Polícia Rodoviária Federal, Polícias Militares, Polícias Civis, entre outros órgãos) ou vinculados às Forças Armadas (desde que os fatos investigados tenham referência a missões para Garantia da Lei e da Ordem) figurarem em procedimentos investigativos, cujo objetivo for a investigação de uso de “força letal” no exercício profissional, incluindo as situações de causas de excludente de ilicitude previstas no Código Penal, poderá o investigado constituir, em 48 horas da citação da instauração do inquérito, defensor para sua representação.

Caso o agente não promova a nomeação de defensor, a instituição que estiver promovendo o procedimento investigativo deverá intimar a instituição a que estiver vinculado o investigado para que promova defensor para a representação do investigado, como consta no parágrafo segundo do mesmo artigo, transcrito in verbis:

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

Com isso, verifica-se que, nesse caso em específico, há uma certa relativização da questão de inquisitorialidade dos procedimentos investigativos.

2.4 UMA ANÁLISE DE LADOS OPOSTOS DENTRO DA MESMA DISPOSIÇÃO LEGAL

Indo mais além nas disposições legais, no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no art. 7º, inciso XIV, há a seguinte disposição:

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 (BRASIL, 1994).

Ocorre que, no mesmo preceito legal, se tem uma situação de mitigação do acesso por parte do advogado ao procedimento instaurado pela autoridade policial; e, no mesmo diapasão, é notória a contrariedade que se dá a uma normativa que determina tais possibilidades de acesso ao núcleo do Inquérito Policial. A fluidez da “barreira” de acesso é imposta segundo a referida lei:

No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências (BRASIL, 1994).

Para corroborar esse entendimento, existe também a Súmula Vinculante número 14, do STF, dizendo que:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Mormente, é notório que o acesso do advogado aos autos pode gerar risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das

diligências; porque, como preceitua o Ministério da Educação e Cultura em Obras completas de Rui Barbosa (p. 85), a defesa já transpassou a barreira de direitos reais e passou a ser total dos direitos pessoais, que a busca de eximir-se é presente.

2.5 UMA BREVE ANÁLISE DA QUESTÃO NA PRÁTICA

Em pesquisa a campo, foram feitas algumas perguntas tangentes ao assunto do contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial para Wesley Sousa Costa, Delegado de Polícia Civil, lotado na Delegacia de Polícia Civil de Dionísio Cerqueira, em Santa Catarina.

Questionado sobre o contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial, o Delegado faz algumas observações.

Em primeiro ponto, o que se tem é um contraditório mitigado que se dará depois, com a ação penal, mas que hoje em dia tem um pouco de flexibilização, porque o advogado já pode apontar alguns meios de defesa que achar pertinente, e também o próprio interrogatório é um meio de defesa do investigado – no Inquérito Policial se busca a verdade real (informação verbal).

Em segundo e mais contundente lugar, a súmula 14 do STF, prevê o direito do advogado, no interesse do seu representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório, digam respeito ao exercício do Direito de Defesa. Mas, nos casos em que se tenha medida cautelar, como a interceptação telefônica, busca e apreensão, entre outros, é preferível o sigilo total, para que nenhuma prova seja prejudicada. Depois que tudo já estiver documentado, nada impede que o investigado ou seu advogado tenha acesso aos autos, pois as provas já estão produzidas. (informação verbal).

3 CONCLUSÃO

O exercício do contraditório e ampla defesa, máximas do direito de defesa, no Inquérito Policial foi deixado às escuras pelo Legislador, pois tratou esse procedimento pré-processual como inquisitivo.

Por mais que outrora o Estado trouxe isso, hodiernamente as diretrizes se modificam, pois alterações mitigaram essa inquisitorialidade, abrindo possibilidade do exercício do direito de defesa, modificação mais que lógica, pois a possibilidade de demonstrar a verdade deve ser observada e ofertada por todos.

Ademais, foram notórias as contribuições decorrentes da doutrina, a qual se embasa no Direito Material e no Direito Processual. Houve indagações de que o direito de defesa é presente no Sistema Jurídico, amparado pela Constituinte de 1988, como também se fazem presentes as proposições de doutrinadores e normativas que não pactuavam com o contraditório e ampla defesa; pois, em sede de Inquérito Policial, a atuação mais ampla de defesa poderia comprometer a agilidade e eficiência do procedimento – prejudicando as investigações – e concomitantemente a futura ação penal.

O espectro de uma história marcada pelo silêncio forçado é exorbitante quando se exclui o direito de colocar a sua versão da história; e, para isso, tanto leis, quanto doutrinadores e profissionais que têm em seu cotidiano a precipitação da (im)possibilidade do contraditório e ampla defesa, enxergam nas entrelinhas as possibilidades de ter a oportunidade de mudar isso, ainda sendo um tanto quanto mitigado. É cristalina a questão de que a inquisitividade do Inquérito Policial se dará até que o necessário e completo sigilo se apresente como aberto para o direito de ampla defesa; até porque, se não fosse assim, não teria a elucidação mais verdadeira possível do fato.

É perceptível que nas proferições dos servidores da polícia judiciária, operadores do Direito, e tanto explícita quanto implicitamente nas do Estado, como guardião da devida ordem, há sim uma necessidade de direito de Contraditório e Ampla Defesa, mas que ele seja aplacado até certo momento do procedimento, pois não se trata somente do investigado no procedimento,

mas também de alguém que teve um direito lesado e até que tenha os devidos esclarecimentos que o Inquérito Policial exige – faz-se imperioso o sigilo.

Concluindo e reforçando, é perceptível que esse louvável direito é possível no Inquérito Policial, por mais que ainda seja muito restrito, mas é possível ver uma luz numa escura névoa de inobservância de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Provimento 188 de 11 de dezembro 2018. Dispões sobre o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais (CFOAB). Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>>. Acesso em: 24 março 2020.

_____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 mar 2020.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 mar 2020.

_____. Lei n. 8.906 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Lex: Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 24 março 2020.

_____. Ministério da Educação e Cultura. Fundação Casa de Rui Barbosa. Obras completas de Rui Barbosa: posse de direitos pessoais. O júri e a independência da magistratura. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1976. p. 85. vol. XXIII.

COSTA, Wesley Sousa. Contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial. Whatsapp; 24 março 2020. Produção de artigo jurídico para a Atividade Curricular Complementar III. Entrevista concedida a Mateus Borges de Oliveira.

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. DIREITO PROCESSUAL PENAL. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

Sobre o(s) autor(es)

Lucas da Silva Rosa. Acadêmico do quinto período de Direito da Univeridade do Oeste de Santa Catarina, campus de São Miguel do Oeste. E-mail: lucasabatti@hotmail.com.

Mateus Borges de Oliveira. Acadêmico do quinto período de Direito da Univesridade do Oeste de Santa Catarina, campus de São Miguel do Oeste. E-mail. mateus_oliveiraborges@hotmail.com.