



VINÍCIUS FERNANDO DOS REIS SANTOS

**OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA E O INQUÉRITO POLICIAL**

Brasília – DF

Agosto/2013

**OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA E O INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia de Conclusão de Curso para
a obtenção do título de pós-graduação
em Direito Constitucional pelo Instituto
Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília – DF

Agosto/2013

**OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA
DEFESA E O INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia de Conclusão de Curso para a obtenção do título de pós-graduação em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador (a):

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente Prof.

Integrante Prof.

Integrante Prof.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 BREVE ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO A DA AMPLA DEFESA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.....	9
3 O DESPACHO DE INDICIAMENTO E A FIGURA DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL.....	13
4 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS GARANTIDORES DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO POLICIAL.....	16
5 O ACESSO DO DEFENSOR DO INDICIADO AOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL.....	18
6 O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO INQUÉRITO POLICIAL E A ASSISTÊNCIA POR ADVOGADO.....	23
7 INTERROGATÓRIO EM SEDE POLICIAL E CRIME DE FALSA IDENTIDADE.....	26
8 A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NA INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS DO FATO.....	28
9 A POSSIBILIDADE DE O INDICIADO REQUERER DILIGÊNCIAS À AUTORIDADE POLICIAL.....	28
10 DA INCOMUNICABILIDADE DO INDICIADO NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	29
11 DA REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS E DO DIREITO DO INDICIADO DE NÃO PARTICIPAR DA DILIGÊNCIA.....	31
12 INQUÉRITO POLICIAL E CONTRADITÓRIO DIFERIDO.....	32
13 DA NECESSIDADE DA EXCLUSÃO FÍSICA DAS PEÇAS DO INQUÉRITO POLICIAL.....	34

14 DA UTILIZAÇÃO IRRESTRITA DOS ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE DE INQUÉRITO NO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DO JÚRI.....	35
15 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E COISAS NO ÂMBITO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	36
16 DA DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA OU TEMPORÁRIA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO E DA NECESSIDADE DE VISTAS À DEFESA PARA MANIFESTAÇÃO.....	39
17 INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR E LEI MARIA DA PENHA: AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.....	43
18 CONCLUSÃO.....	43
19 REFERÊNCIAS.....	45

1 Introdução

A Constituição da República dispõe, em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em tal dispositivo, a Carta Magna fez referência expressa ao direito à ampla defesa, não indicando, todavia, o seu exato significado e fazendo breve referência ao seu âmbito de aplicação.

Ao tratarmos do princípio da ampla defesa, devemos observá-lo como instrumento de contenção do poder punitivo, eis que a todos deve ser conferida a oportunidade de defender-se de fatos que lhe são imputados e que possam gerar prejuízo a seus direitos fundamentais, notadamente o de liberdade. Conforme o ensino de Aury Lopes Júnior, **“a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal”**.¹

São inúmeras as expressões constitucionais e legais da ampla defesa, dentre elas, a obrigatoriedade de atuação de defensor em qualquer processo criminal (art. 261 do CPP), o direito do réu ao interrogatório (art. 185 do CPP) e, inclusive, os direitos ao silêncio (art. 186 do CPP) e o de não produzir prova contra si mesmo (art. 5º, LXIII da Constituição da República e art. 8º.2.“g” do Pacto de São José da Costa Rica).

Entretanto, deve-se chamar a atenção, numa primeira análise da norma do art. 5º, LV da Constituição da República, para o fato de que a Carta Política assegurou a incidência do princípio, com conotação de obrigatoriedade, em relação aos processos judiciais e administrativos. Verifica-se, porém, que ao se

¹ JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.78.

garantir a incidência do princípio em tais situações, não houve vedação expressa quanto à possibilidade de aplicação em circunstâncias distintas dos processos judiciais e administrativos, ainda que com menor amplitude.

Neste sentido, é importante que se analise em que medida poderá o princípio da ampla defesa incidir na fase inquisitiva, na fase investigatória, notadamente naquela que diz respeito ao procedimento administrativo do inquérito policial. A indagação é de suma relevância, eis que o inquérito não pode ser definido como um processo, ante a ausência de uma decisão de mérito quando do seu encerramento, limitando-se a autoridade policial, ao final da investigação, a escrever um minucioso relatório, sem realizar qualquer juízo de valor sobre a culpabilidade do indiciado.

A incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial tem implicações de natureza política, jurídica e social. Em âmbito político, a obrigatoriedade da incidência traria a imposição para que o Estado se aparelhasse, fornecendo profissionais habilitados, que velariam pela aplicação de tais princípios constitucionais.

Para tanto, nada mais salutar do que o melhor aparelhamento da Defensoria Pública, que hoje praticamente restringe a sua atuação ao âmbito processual, o que faz com o que os indiciados em inquérito policial fiquem a mercê das inúmeras arbitrariedades cometidas entre as quatro paredes das delegacias espalhadas pelo país. O ideal seria, inclusive, a obrigatoriedade da existência de salas reservadas para a atuação dos advogados e Defensores Públicos em todas as delegacias de polícia civis e federais. Esta medida ensejaria ainda, por consequência, a diminuição vertiginosa do número de torturas ocorridas durante a investigação preliminar, pois certamente a presença de profissional da advocacia no distrito policial, fiscalizando a aplicação da lei, inibiria esta prática nefasta, porém ainda comum nas delegacias, apesar das vedações constitucionais e dos Tratados internacionais assinados pelo Brasil.

Aliás, garantir a atuação dos advogados no inquérito (não como mera faculdade, mas sim como obrigatoriedade) não seria mais do que dar efetividade ao

disposto no ar. 5º, LXIII da CF, que expressamente indica que “o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do seu advogado”. O festejado jurista Jacinto Néelson de Miranda Coutinho, ao comentar o referido dispositivo, fez a seguinte indagação: “O que seria, enfim, essa assistência de advogado referida no texto? Por certo que aí não está para ser letra morta”.²

No que tange às consequências jurídicas, também estas são relevantíssimas. Inevitavelmente, o juiz é influenciado pela prova colhida no curso do inquérito, produzida sem qualquer submissão ao contraditório influenciando na prolação de sentença condenatória. A situação é agravada no procedimento do Tribunal do Júri, pois não raramente o Ministério Público abusa das provas produzidas em fase inquisitorial para o convencimento dos jurados, que sem formação técnica, acabam por não diferenciar os elementos colhidos no curso da investigação daqueles produzidos no curso do contraditório judicial.

Em relação às consequências sociais, tem-se que a obrigatoriedade de incidência da ampla defesa e do contraditório no inquérito permite maior isonomia entre ricos e pobres, pois em relação aos primeiros, é improvável que compareçam à delegacia para qualquer ato sem a assistência de um advogado. Em relação aos indiciados pobres, a incidência apenas facultativa dos mencionados princípios constitucionais no inquérito, faz com que na quase totalidade dos indiciamentos não haja assistência de advogado, o que tem enorme repercussão quanto a aumentar a já enorme disparidade entre o número de ricos e pobres nos presídios brasileiros.

Portanto, a assistência de advogado no curso do inquérito policial diminui consideravelmente as chances de ajuizamento de ações penais temerárias.

² NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas Essenciais: Processo Penal. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, vol. II, p. 241.

Ratificamos a necessidade de estruturação da Defensoria Pública para que este órgão tenha atuação ostensiva no âmbito da investigação preliminar.

2 Breve análise dos princípios do contraditório e da ampla defesa na Constituição da República

A Constituição Federal de 1988 consagrou no ordenamento jurídico brasileiro, em relação aos processos judiciais e administrativos e aos acusados em geral, os princípios do contraditório e da ampla defesa. A norma prevista no art. 5º, LV da Constituição cidadã teve o condão de permitir a paridade de armas entre as partes em todos os processos com trâmite no Poder Judiciário e em âmbito administrativo, além de fazer referência aos acusados em geral, em nítida contenção do poder do Estado quanto às pessoas acusadas da suposta prática de infrações, de natureza penal ou não.

Ao se mencionar processos administrativos e judiciais como o campo de incidência dos referidos princípios, a maioria dos estudiosos do Direito Processual Penal afirma não haver razão para a exigência de tais postulados no âmbito da investigação preliminar.

Paradoxalmente, o Supremo Tribunal Federal, nas duas últimas décadas, acabou por alargar o campo de incidência da ampla defesa no inquérito policial. Após inúmeras discussões no âmbito do Pretório Excelso, a atuação do advogado na fase preliminar passou a ter importância indiscutível, culminando na Súmula Vinculante nº 14, que de forma categórica afirma ser ***“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”***.

A assertiva constante da Súmula é a mais evidente constatação do incontestável benefício da atuação de advogado para o indiciado no inquérito. Se tal possibilidade consiste em maior garantia para o direito fundamental à liberdade de

locomoção e se há viabilidade de sua amplitude por meio da Defensoria Pública, não há porque se negar a obrigatoriedade de incidência.

Afinal, diante do disposto nos arts. 5º, LV e LXIII da Constituição da República, a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial é obrigatória, facultativa ou inadmissível?

Ao definirmos inquérito policial como um procedimento administrativo, e não como um processo, estamos admitindo, à primeira vista, que a ampla defesa não deveria ser assegurada em seu âmbito, pois a Carta Magna fez referência tão somente à expressão “processos administrativos” na redação do art. 5º, LV.

Ademais, na segunda parte da norma, a incidência do princípio é garantida aos “acusados em geral”, o que também, de acordo com o entendimento majoritário, não obrigaria a aplicação da ampla defesa no inquérito, uma vez que não teríamos, nesta etapa da persecução criminal, a figura de um acusado, mas, no máximo, de um mero indiciado.

Afirmar, todavia, que a inexistência de uma acusação formal constitui um obstáculo intransponível à admissibilidade da ampla defesa e do contraditório no inquérito não nos parece convincente. Salientamos as palavras utilizadas pelo legislador constituinte ao referir-se aos acusados “em geral”, pois no nosso entender, esta “sobra” na expressão advinda do poder constituinte originário permite a interpretação no sentido de que a ampla defesa está assegurada, também, ao indiciado no inquérito, posto que a expressão “em geral” abrange todo e qualquer indivíduo que esteja, em alguma medida, sofrendo qualquer tipo de constrangimento advindo da persecução criminal.

Nessa toada, Aury Lopes Júnior tem entendimento de que o art. 5º, LV da Constituição da República não pode ser objeto de leitura restritiva, devendo a expressão “acusados em geral” compreender também o indiciamento e qualquer imputação determinada, como as decorrentes de *notitia criminis* ou representação, que não deixam de ser imputação em sentido amplo.

Sucedde que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim **acusados em geral**, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada (como a que pode ser feita numa notícia-crime ou representação), pois não deixam de ser *imputação em sentido amplo*. Em outras palavras, qualquer forma de imputação determinada representa uma *acusação em sentido amplo*. Por isso o legislador empregou *acusados em geral*, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal (vinculada ao exercício da ação penal) e com um claro intuito de proteger o sujeito passivo.³

Portanto, não há justificativa para que se continue difundindo a mofada ideia da mera atuação facultativa da defesa técnica no inquérito policial. Inclusive, outros sistemas democráticos já têm dado o devido exemplo, como se pode extrair do art. 118 da Lecrim espanhola, que adota na investigação o sistema do juizado de instrução, no qual a investigação é conduzida não por uma autoridade policial, mas sim por um juiz togado. Neste sistema, a assistência por advogado na fase preliminar é obrigatória. Se o investigado não indicar um defensor de sua preferência, deverá algum ser nomeado para a realização da defesa.

Artículo 118. Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados.

Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio o cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombre de oficio, si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.

³ Id., 2007, p.314

No Direito Processual Penal pátrio, ainda não há sequer disposição normativa parecida, embora nos pareça que a assistência por advogado seja decorrência lógica do princípio da isonomia (pois os ricos, obviamente, estarão sempre assistidos). Mas não são poucas as vozes entre os autores brasileiros que ecoam no sentido de defender uma atuação ostensiva da defesa técnica na fase preliminar. É o entendimento de Rogério Lauria Tucci, citado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

A assistência de advogado, por sua vez, não há ser concebida como assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas sim, assistência técnica, na acepção jurídica do termo, qual seja a de atuação profissional de advogado. (...) O mais que se pode admitir, na exegese do preceito constitucional focado, é a dispositividade da determinação da atuação de defensor do indiciado (que não pode ser confundida, à evidência, com a contraditoriedade real, ínsita à sua efetiva assistência), no transcorrer da *informatio delicti*. (...) Já agora, consubstanciada a atuação espontânea do defensor num direito subjetivo do seu constituinte, a atividade defensiva prévia ganha bem maior dimensão, a ponto de propiciar, sem qualquer sofisma, a contraditoriedade no inquérito policial.⁴

E em relação à necessidade de observância do princípio da isonomia, concordamos em gênero, número e grau com Gabriel de Rezende Filho, citado por Aduino Suannes.

Delicado é o problema da impotência econômica do pobre quando necessita do amparo da justiça.

A Justiça deve estar ao alcance de todos, ricos e poderosos, pobres e desprotegidos, mesmo porque o Estado reservou-se o direito de administrá-la, não consentindo que ninguém faça justiça por suas próprias mãos.

Comparecendo em juízo um litigante desprovido completamente de meios de arcar com despesas processuais, inclusive honorários de advogado, é justo seja dispensado do pagamento de quaisquer custas, emolumentos e selos, concendo-se-lhe ainda um advogado

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas Essenciais: Processo Penal. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, vol. II, p. 239.

para defender gratuitamente seus direitos. A isso se chama o benefício da assistência judiciária.⁵

3 O despacho de indiciamento e a figura do indiciado no inquérito policial

Iniciadas as investigações no inquérito policial, resta à autoridade policial ater-se a duas vertentes dentro de uma mesma linha investigativa. São elas a elucidação da materialidade e da autoria delitiva. Elucidar a materialidade significa descobrir se um crime efetivamente ocorreu, pois a investigação de um fato delituoso não tem sentido sem a certeza da existência do fato.

De outro lado, cabe à autoridade descobrir quem foi o autor da infração, pois a investigação só terá progresso, evoluindo para uma ação penal, se houver indícios que recaiam sobre o suposto autor do delito. A reunião de indícios permitirá à autoridade policial a prolação de um ato denominado de despacho de indiciamento, pelo qual se delimita quem é a pessoa ou o grupo de pessoas que passarão a ser o foco da investigação. O indiciado não pode ser confundido com o suspeito. Sobre este recaem meras conjecturas e sobre aquele já há elementos concretos indicativos de sua contribuição para a empreitada delitiva.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo traz excelente elucidação ao diferenciar o indiciado do mero suspeito.

O indiciar alguém como parece claro, não há de surgir qual ato arbitrário da autoridade, mas legítimo. Não se funda, também, no uso de poder discricionário, visto que inexiste a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade do ato.

O suspeito, sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem que ser indiciado. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se como ele é: suspeito.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas Essenciais: Processo Penal. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, vol. II, p. 596.

A mera suspeita não vai além da conjectura, fundada em entendimento desfavorável a respeito de alguém. As suspeitas, por si sós, não são mais que sombras; não possuem estrutura para dar corpo à prova da autoria. Nada aproveitam para a instrução criminal, apenas importam à simples investigação policial.⁶

Não é à toa que o Supremo Tribunal Federal tem conferido grande importância ao despacho de indiciamento no inquérito policial, que é o ato privativo do delegado e que exige fundamentação idônea. Para tanto, deverá haver, necessariamente, indícios mínimos de autoria, sendo certo que a inexistência de elementos mínimos que apontem a autoria delitiva implicará na ilegalidade do ato, o que é passível de impugnação pela via do *habeas corpus*.

EMENTA: INQUÉRITO POLICIAL. Indiciamento. Ato penalmente relevante. Lesividade téorica. Indeferimento. Inexistência de fatos capazes de justificar o registro. Constrangimento ilegal caracterizado. Liminar confirmada. Concessão parcial de habeas corpus para esse fim. Precedentes. Não havendo elementos que o justifiquem, constitui constrangimento ilegal o ato de indiciamento em inquérito policial.⁷

Esta orientação do STF é digna de aplausos, pois minimizar os efeitos deletérios de um indiciamento é necessário, haja vista que a sua realização de forma arbitrária constitui flagrante violação à dignidade humana, porquanto são inúmeros os prejuízos ao indivíduo decorrentes de uma investigação criminal, dentre os quais a estigmatização social, danos patrimoniais com contratação de advogado, gasto de tempo para provar a própria inocência, dificuldade de ingresso em cargos públicos, dentre outros. Por isso, indiciamentos irresponsáveis, fundados em boatos, em reportagens jornalísticas de conteúdo duvidoso ou decorrentes de interesses pessoais devem ser rechaçados, com a devida punição de seus responsáveis em âmbito administrativo e criminal.

Nem se argumente que o sigilo do inquérito policial preservaria a dignidade do indiciado, pois a regra do art. 20 do Código de Processo Penal, em

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas Essenciais: Processo Penal. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, vol. II, p. 477.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 85.541-GO, Rel. Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 22 de abril de 2008. ACESSO em : www.stf.jus.br.

regra, só é cumprida em relação àquelas investigações que não despertam maior interesse midiático, pois quanto aos fatos que trazem repercussão social, a regra é a publicidade, a auto-promoção, a divulgação pelos veículos de imprensa, enfim, todo o espetáculo de pirotecnia já conhecido de todos nós, dando-se pouca ou nenhuma atenção à possibilidade sempre existente da inocência do indiciado.

Ademais, o sigilo é inoponível a algumas pessoas, como à própria autoridade policial, ao Ministério Público e à autoridade judiciária, o que já enseja natural constrangimento para a pessoa indiciada.

Evidenciados os efeitos negativos do indiciamento, resta indicar quais são as garantias inerentes àquele que detém o *status* de indiciado. E para tanto, é salutar que se traga à baila a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que no seu art. 8º, item 2, dispõe sobre garantias fundamentais de natureza processual. Entre elas interessam ao inquérito policial:

- a) Presunção de inocência;
- b) Ser ouvido com as devidas garantias, em um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial;
- c) Ser assistido por tradutor ou intérprete, se não compreende o idioma;
- d) Ser comunicado, de forma prévia e pormenorizada, dos fatos que lhe são imputados;
- e) Defender-se pessoalmente ou eleger um defensor para assisti-lo;
- f) Entrevistar-se livremente e de forma reservada com o seu defensor;
- g) Ser defendido por um advogado do Estado (dativo) quando não tenha condições de constituir, ou ainda, caso não indique, deverá ser-lhe nomeado um defensor dativo;

- h) Perguntar às testemunhas e também solicitar a declaração de outras testemunhas ou peritos que possam auxiliar na comprovação do fato;
- i) Não declarar contra si mesmo nem se declarar culpado.

4 Remédios constitucionais garantidores da ampla defesa e do contraditório no inquérito policial

Partindo-se da premissa da possibilidade de incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial e considerando-se ainda uma possível interpretação extensiva do art. 5º, LV da Constituição da República no sentido da obrigatoriedade de incidência, resta indicar quais seriam os instrumentos adequados a garanti-la.

No Código de Processo Penal não há qualquer previsão de recurso ou ação cabíveis estritamente vinculadas ao inquérito policial. Todas elas são, em regra, utilizadas na fase de instrução e, de forma excepcional, manejadas na investigação preliminar para a tutela dos direitos do indiciado.

Como medida de destaque, o *habeas corpus* é o remédio constitucional ordinariamente utilizado em relação às questões que possam, de alguma forma, trazer prejuízos ao indiciado. As hipóteses de utilização deste remédio heróico são infinitas, conforme haja ameaça ou restrição efetiva da liberdade de locomoção. São situações comuns de utilização de *habeas corpus* a ausência de justa causa para a instauração do inquérito, tendo-se como exemplo situações de atipicidade do fato relacionadas aos princípios da insignificância ou da adequação social da conduta.

Situações de ausência de materialidade também desafiam a impetração do writ, como a instauração de inquérito para a apuração de crime de sonegação fiscal, quando não houver prévio lançamento definitivo do tributo em âmbito administrativo, conforme o exigido na Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal que dispõe que “***não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo***”.

Conforme já mencionado anteriormente, hipótese de vasta utilização do *habeas corpus* tem ocorrido em situações de indiciamento arbitrário, quando a autoridade policial, mesmo sem indícios concretos da autoria delitiva, aponta determinada pessoa como foco da investigação por meio de despacho nos autos, surgindo para o indiciado todo o constrangimento decorrente de uma investigação preliminar. Não são raros os indiciamentos com estas características.

Em situações que tais, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que o *habeas corpus* deve ser o instrumento utilizado, quando não houver indícios mínimos de autoria. A discricionariedade da autoridade policial quando da condução das investigações não pode se transformar em arbitrariedade. O indiciamento arbitrário implica sério risco à liberdade de locomoção, eis que futuramente pode ensejar temerário ajuizamento de ação penal.

EMENTA *HABEAS CORPUS* . DIREITO PROCESSUAL PENAL. TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. FALTA DE JUSTA CAUSA.

1. A imputação que, afora indubitavelmente genérica e ajustada às espécies típicas de pejejas políticas, não vem acompanhada de um mínimo de prova, quanto ao fato e a sua autoria, não pode fundar a indicição de quem quer que seja, à moda do autoritarismo, forte em queas apurações são subseqüentes à indicição.

2. "*Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações , mandará instaurar inquérito.*" (Código de Processo Penal, artigo 5º, parágrafo 3º - nossos os grifos). 3. Evidenciando-se que, ao invés de se desenvolver o procedimento inquisitorial na forma da lei, foi-se à determinação de apurações no âmbito da administração pública, com resultantes auditorias ordinária e extraordinária, e sindicância em que se culminou por recomendar a instauração de processo administrativo em relação a pessoas diversas do indiciado, cabe ***habeas corpus*** para sanar o constrangimento instaurado, mormente porque se cuida de inquérito instaurado nos idos de 2003.4. Ordem concedida.⁸

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 74.581-CE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 10 de março de 2008. ACESSO em : www.stj.jus.br.

Além das já situações já mencionadas, desafiadoras do *habeas corpus*, inúmeras outras podem também ser mencionadas, como a utilização do *writ* no caso de revogação ou relaxamento de prisão preventiva ou temporária, esta última cabível tão somente na fase de investigação, a negativa de realização de exames periciais obrigatórios, como o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, diligência esta que a autoridade policial não pode se negar a cumprir, etc.

É inegável, portanto, a importância do *habeas corpus* como o remédio adequado e eficaz à garantia dos direitos do indiciado no curso do inquérito policial. Frise-se que sua impetração independe de capacidade postulatória, podendo o próprio indiciado manejá-lo, independente de efetiva restrição à liberdade de locomoção, bastando que este direito fundamental esteja ameaçado, sendo possível, no último caso, a impetração de *habeas corpus* preventivo.

5 O acesso do defensor do indiciado aos autos do inquérito policial

Por expressa previsão legal, o inquérito policial é um procedimento sigiloso. A sigilosidade é de inegável importância para o sucesso da investigação, eis que a elucidação de um fato restaria prejudicada acaso de antemão já houvesse publicidade das ações investigativas. Assim, o art. 20 do Código de Processo Penal é expresso no sentido de que “a autoridade policial assegurará o sigilo necessário para a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Em nenhum momento, a lei previu a possibilidade de que este sigilo fosse inoponível ao defensor do indiciado. Ao contrário, o ranço inquisitivo do Código de Processo Penal faz presumir que o legislador não teve qualquer intenção de dar ao defensor acesso aos autos do inquérito policial.

Todavia, à luz da Constituição da República de 1988, não há mais espaço para outra interpretação senão a de que ao defensor ou indiciado deve ser garantido o acesso aos autos do inquérito policial. Neste sentido, é de se dizer que a ampla defesa preponderou sobre o sigilo. A primeira disposição legal expressa, neste sentido, foi o art. 7º, XIV da lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). O dispositivo previu amplo acesso aos autos de inquérito policial pelo advogado, sem a necessidade de procuração.

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

A aplicação da lei, no entanto, foi bastante dificultada pelas autoridades policiais, que enxergavam o dispositivo como uma afronta à atividade policial. Mesmo após o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a concessão de acesso aos autos do inquérito ao advogado sempre foi dificultada. Nas delegacias em que se era permitido, estar munido de procuração do indiciado era considerado como imprescindível, com ignorância do que disposto em lei.

As arbitrariedades cometidas, relacionadas à negativa de acesso, foram, gradativamente, objeto de milhares de impugnações judiciais. Como forma de se pacificar a questão, o Supremo Tribunal Federal acabou por criar a Súmula Vinculante de nº 14, nos seguintes termos: *“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”*.

Não obstante a redação da súmula não indique nada de significativo se comparada com aquilo que já estava previsto em lei, é bem verdade que seu caráter vinculante teve por consequência a adoção de outra postura por parte das autoridades policiais no que tange à permissão do acesso dos advogados. Os casos de negativa de acesso, que eram frequentes, passaram a ser excepcionais, embora ainda existam.

É bom que se diga, entretanto, que a redação da súmula vinculante é expressa no sentido de que o acesso pelo advogado só é assegurado em relação aos elementos de prova já documentados, isto é, àqueles que digam respeito a diligências já concluídas pela autoridade policial. Não está assegurado o acesso do advogado a elementos relacionados a diligências pendentes de conclusão. Quanto a estes, deverá o defensor ou advogado aguardar a conclusão da diligência. Exemplo prático seria no procedimento de interceptação telefônica, quando o acesso do

advogado só restaria garantido após a realização de todas as transcrições dos diálogos, o que pode durar meses. Estando a diligência em curso, sem conclusão, poderá a autoridade policial negar o acesso do advogado sem a possibilidade de utilização eficaz dos remédios acima mencionados para a garantia do acesso.

Não obstante a lei 8.906/94 bem como a Súmula vinculante de nº 14 garantam o acesso aos autos por parte do advogado sem procuração, é bem dizer que o Supremo Tribunal Federal, em alguns casos, quando o inquérito tramite sob sigilo de justiça por força de lei, não haverá a possibilidade de acesso sem o respectivo mandato outorgado pelo indiciado. Em situações que tais, deverá o advogado apresentar a procuração para a obtenção do acesso. Exemplo prático é a apuração de delitos contra a dignidade sexual ou mesmo a interceptação telefônica, nos quais a lei é expressa acerca do sigilo de justiça. Percebe-se que o STF apenas condicionou o acesso neste caso à apresentação da procuração, mas em nenhum momento o negou.

Ainda no que tange ao acesso dos advogados aos autos de investigação preliminar, deve-se, igualmente, permitir que tal direito seja exercido no âmbito de qualquer procedimento investigatório anterior à instauração, o que abrange as investigações realizadas no âmbito do Ministério Público ou nas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), conforme já ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. ADVOGADO. DIREITO DE VER RESPEITADAS AS PRERROGATIVAS DE ORDEM PROFISSIONAL INSTITUÍDAS PELA LEI Nº 8.906/94. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. A Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo Advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei nº 8.906/94. O desrespeito às prerrogativas - que asseguram, ao Advogado, o exercício livre e independente de sua atividade profissional - constitui inaceitável ofensa ao estatuto jurídico da Advocacia, pois representa,

na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inadmissível afronta ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado. Medida liminar deferida.⁹

Não obstante o avanço permitido pela Súmula Vinculante nº 14, ainda há muito a se conquistar em tema de participação da defesa técnica no inquérito policial. Considerando que ao final do seu prazo de conclusão, o inquérito é remetido ao Ministério Público para que o *parquet* ofereça a denúncia, requisite novas diligências ou requeira o arquivamento, é de se questionar a total ausência da participação da defesa neste procedimento. Resta evidente que se, a título de exemplo, o Ministério Público requisitar a realização de novas diligências à autoridade policial, nada mais justo do que, após o despacho ministerial de requisição, a defesa técnica também tenha vista dos autos para se manifestar, podendo fiscalizar a legalidade da requisição, bem como requisitar diligências que entenda favoráveis ao indiciado. Embora o art. 14 do CPP já permita o requerimento de diligências pelo indiciado, tal dispositivo não prevê a obrigatoriedade de vistas à defesa, tendo direito ao requerimento de diligências somente aqueles indiciados assistidos por advogado.

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

Na maioria das vezes, entretanto, o art. 14 será letra morta, eis que são pouquíssimos os inquéritos policiais em que há advogado constituído.

Mais uma vez, ratificamos a necessidade da presença da Defensoria Pública em todas as delegacias de polícia, com salas próprias e bem estruturadas, fiscalizando, juntamente com o Ministério Público, a atuação policial no âmbito do

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 23.576-DF, Rel. Min. Celso de Mello. Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999. ACESSO em : www.stf.jus.br.

inquérito. Tal presença, inclusive, inibiria os inúmeros abusos sabidamente cometidos, evitando-se coações ou torturas quando da realização de interrogatórios ou inquirição de testemunhas. É de se dizer que a LC 80/94, que traça normas gerais para a atuação da Defensoria Pública, prevê que este órgão terá a atribuição de atuar no curso do inquérito policial bem como fiscalizar a atividade policial, nos seguintes termos:

Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:

XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;

XVII – atuar nos estabelecimentos policiais, penitenciários e de internação de adolescentes, visando a assegurar às pessoas, sob quaisquer circunstâncias, o exercício pleno de seus direitos e garantias fundamentais;

6 O interrogatório do acusado no inquérito policial e a assistência por advogado

Questão de suma relevância referente à incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial diz respeito ao interrogatório do acusado e a assistência por advogado.

Entendemos que a presença de advogado no interrogatório realizado no curso do inquérito policial é imperativa e decorre do princípio constitucional da isonomia. É inegável a imensa disparidade entre ricos e pobres em relação ao tratamento que recebem em sede policial, notadamente pelo fato de os primeiros sempre estarem acompanhados de bons e caros advogados, enquanto os últimos têm suas inquirições realizadas sem qualquer orientação, restando vulneráveis às mais variadas espécies de coação.

É ainda perfeitamente possível que o advogado possa participar ativamente da inquirição do indiciado, elaborando as perguntas que entender pertinentes. Não obstante nesta etapa o Ministério Público não esteja presente durante a colheita da prova, nada obsta à realização de contraditório diferido, pois poderá, posteriormente, no curso da ação penal, contraditar aquilo que fora

perguntado pelo advogado quando da realização da oitiva. É perfeitamente legal e adequada aos ditames constitucionais a participação do advogado na elaboração de perguntas ao indiciado no interrogatório realizado em sede policial.

Também é preciso que se esclareça que a disposição constitucional referente ao direito ao silêncio é absolutamente aplicável ao interrogatório realizado no inquérito policial, eis que a Carta Magna não o restringiu ao depoimento prestado em juízo.

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

Interrogado na fase inquisitorial, poderá o indiciado permanecer calado, sem que isto implique confissão. Poderá também mentir em sua própria defesa, sem que isto acarrete qualquer sanção. O direito ao silêncio, além de expressar o direito fundamental à inexigibilidade de autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), consagrado no art. 8º, item 2, alínea “g” do Pacto de São José da Costa Rica, constitui expressão da ampla defesa, eis que permanecer em silêncio também configura uma forma de defesa, na modalidade autodefesa.

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

Entretanto, são raríssimas, quase inexistentes, as oportunidades em que a autoridade policial ou os escrivães de polícia informam o interrogando em sede policial acerca do direito ao silêncio. Ao contrário, o que comumente ocorre é a existência de coação, tanto física quanto moral, no sentido de que o acusado fale a verdade, desde que esta verdade seja confessar a autoria delitiva. A respeito do tema, Maria Elizabeth Queijo teceu brilhante comentário, citada por Mariângela Gama de Magalhães Gomes.

De forma específica, Maria Elizabeth Queijo aponta que é nos interrogatórios policiais que o respeito ao direito ao silêncio apresenta-se ainda mais imprescindível, uma vez que, nas dependências policiais, o indivíduo fica mais vulnerável – não apenas levando-se em consideração o ambiente e a provável ausência de defensor, mas principalmente a proximidade temporal em relação ao fato, quando se trata, por exemplo, de prisão em flagrante. E sobre isso, Grevi destaca que no interrogatório conduzido de maneira febril no clima de alarme ocasionado pelo delito, é mais fácil se vislumbrar o perigo de abusos no sentido de coação da liberdade moral do acusado.¹⁰

Deve-se concluir que a imposição da advertência relativa ao direito ao silêncio demonstra a vontade do legislador de evitar a autoincriminação involuntária devido ao desconhecimento da lei. A pessoa interrogada também deve ser avisada de que o exercício do direito ao silêncio não importará confissão, nem lhe acarretará prejuízo, conforme o disposto no art. 198 do Código de Processo Penal.

Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Infelizmente, não obstante as disposições constitucionais ou legais a respeito do direito ao silêncio, o cumprimento efetivo do que disposto na lei ainda é uma realidade distante nas delegacias espalhadas pelo país. E o Brasil não é o único país onde o problema persiste. Ao contrário, a questão é recorrente nos países que adotam o modelo inquisitorial de investigação preliminar. Conforme lembrado por Mariângela Gama de Magalhães Gomes, na Argentina, chegou-se a vedar os interrogatórios policiais como forma de prevenção das arbitrariedades.

Em alguns ordenamentos, como o argentino, tentando-se evitar a utilização desses expedientes, chegou-se a vedar legalmente a realização de interrogatório pelos órgãos policiais e os agentes, por sua vez, sustentam que não realizam interrogatórios, mas apenas a tomada de dados de identificação do suspeito, o que lhes é consentido fazer legalmente.¹¹

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas Essenciais: Processo Penal. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, vol. II, p. 1192.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas Essenciais: Processo Penal. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, vol. II, p. 1201.

Todavia, há excelentes exemplos de ordenamentos jurídicos que garantem expressamente a informação quanto ao direito ao silêncio e a assistência por advogado desde o primeiro interrogatório. É o caso de Portugal, onde o interrogatório, no caso de prisão em flagrante, deve ser realizado em no máximo 48 (quarenta e oito) horas após a detenção, sempre com a assistência de advogado. Tais disposições se extraem dos arts. 61, 141 e 144 do Código de Processo Penal português.

7 Interrogatório em sede policial e crime de falsa identidade

Questão polêmica referente à incidência do princípio da ampla defesa na fase do inquérito diz respeito à situação do indiciado ou ainda suspeito, que inquirido pela autoridade policial, informa dados qualificativos falsos visando a se esquivar da imputação. A informação de nome falso com esta finalidade é fato corriqueiro nas delegacias, sendo de praxe que a autoridade policial, ao verificar a fraude, realize a prisão em flagrante.

Todavia, há divergências acerca da tipicidade da conduta acima mencionada. É que se discute se falsear a verdade na primeira etapa do interrogatório, quando o indiciado é perguntado acerca de sua pessoa, seria conduta abarcada pelo princípio da ampla defesa.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, manifestou entendimento no sentido de que aquele que fornece à autoridade policial dados qualificativos falsos, visando a se esquivar da ação penal, pratica o delito de falsa identidade, previsto no art. 307 do Código Penal. A questão é tão polêmica que manifestou-se o Pretório Excelso em repercussão geral, reafirmando a tipicidade da conduta.

EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade

policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes.¹²

Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça, em diversos precedentes, considerou como atípica a conduta daquele que, falseando a verdade sobre sua qualificação, busca se esquivar da ação penal. Trata-se de expressão da autodefesa, eis que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo.

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. FALSA IDENTIDADE ATRIBUÍDA PERANTE POLICIAL. ATIPICIDADE. Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade para evitar sua prisão (Precedentes). Ordem concedida.¹³

Temos posição intermediária, no sentido de que o crime somente se configura quando a conduta traz efetivo prejuízo para a investigação. Se a autoridade policial, de imediato, verifica a fraude, entendemos pela configuração de crime impossível. É de praxe que após a informação de nome falso a autoridade desconfie da verdadeira identidade do suspeito ou indiciado e proceda, de imediato, à identificação mediante processo datiloscópico. Verificado de imediato que a verdade foi falseada para fugir da aplicação da lei, o prejuízo para a investigação é inexistente, restando configurada a hipótese de crime impossível, que constitui causa de atipicidade da conduta.

8 A participação do advogado na inquirição das testemunhas do fato

Superada a análise acerca da participação do advogado no interrogatório, deve ser verificada ainda a possibilidade de sua participação ativa na inquirição das testemunhas. Também, neste caso, não há qualquer impedimento a que o advogado formule perguntas às testemunhas ouvidas pela autoridade policial.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 640.139-DF, Rel. Min. Dias Toffoli. Brasília-DF, 13 de outubro de 2011. ACESSO em : www.stf.jus.br.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 46.747-MS, Rel. Min. Felix Fischer. Brasília-DF, 20 de fevereiro de 2006. ACESSO em : www.stj.jus.br.

Frise-se que no momento da inquirição a autoridade policial representa o Estado-acusador, sendo a participação do advogado na oitiva, inclusive com a elaboração de perguntas, uma forma de se buscar a paridade de armas ínsita ao princípio do contraditório.

É legítima, portanto, a participação da defesa para a busca do equilíbrio, pois o simples oferecimento de denúncia com base em prova colhida na fase preliminar enseja efeitos demasiadamente prejudiciais ao indiciado.

9 A possibilidade de o indiciado requerer diligências à autoridade policial

O art. 14 do Código de Processo Penal permite, por exemplo, que o indiciado, no curso da investigação, requeira a realização de diligências pela autoridade policial, o que nada mais é do que uma expressão da ampla defesa. Assim, poderá o indiciado requerer a colheita de prova testemunhal que lhe seja favorável ou a realização de perícia que possa demonstrar a sua inocência.

É bem dizer que o art. 14 do Código de Processo Penal indica haver discricionariedade por parte da autoridade policial quanto a realizar ou não as diligências requeridas pelo indiciado, conforme um juízo de oportunidade e conveniência. Logo, o requerimento não vincula a autoridade policial, que poderá indeferir o pedido. Em relação ao despacho de indeferimento, caberá recurso administrativo para o Chefe de Polícia, utilizando-se, por analogia, a regra do art. 5º do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a possibilidade de interposição de tal recurso em situações de requerimento de instauração de inquérito pelo ofendido ou por seu representante legal.

Entendemos que o recurso administrativo tem seu cabimento sem prejuízo de eventual medida judicial, como o *habeas corpus*. O indeferimento do pedido de realização de diligências, evidentemente, constitui risco à liberdade de locomoção do indiciado. Tal indeferimento será eivado de ilegalidade em casos de diligências obrigatórias que, requeridas pelo indiciado, não forem realizadas pela autoridade policial, tendo-se como exemplo maior o exame de corpo de delito nas

infrações que deixam vestígios, haja vista a obrigatoriedade indicada no art. 158 do Código de Processo Penal.

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Em relação à participação nas diligências realizadas, seria possível que o advogado formulasse quesitos ao perito em exame pericial realizado na fase de investigação preliminar?

Entendemos ser possível. Além de não haver qualquer vedação legal, as perguntas formuladas pelo advogado servirão para uma melhor elucidação dos fatos o que, na realidade, constitui o verdadeiro objetivo do inquérito policial. Frise-se que é facultado ao Ministério Público elaborar quesitos ao perito na fase de investigação, eis que tem o papel constitucional de requisitar diligências à autoridade policial. Em havendo possibilidade de que o *parquet* formule perguntas ao perito, nada obsta a que, como uma forma de se buscar a paridade de armas, a defesa também esteja munida de tal prerrogativa o que, mais uma vez, somente contribui para a elucidação do fato.

Do indeferimento dos quesitos eventualmente formulados pelo advogado aos peritos caberá, mais uma vez, recurso administrativo para o Chefe de Polícia, sem prejuízo do remédio heróico do *habeas corpus*.

10 Da incomunicabilidade do indiciado no curso do inquérito policial

No que tange à incomunicabilidade do indiciado no curso do inquérito policial, há previsão expressa sobre tal possibilidade no art. 21 do Código de Processo Penal, que prevê que o indiciado preso poderá ficar incomunicável pelo prazo máximo de 3 dias, quando houver interesse da sociedade ou conveniência da investigação.

Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963) (Redação dada pela Lei nº 5.010, de 30.5.1966).

A abstração das hipóteses que permitem a incomunicabilidade (interesse da sociedade ou conveniência da investigação) revela manifesta inconstitucionalidade, eis que dá margem à prática de arbitrariedades. Na prática, a lei autoriza que o juiz irá decretar a incomunicabilidade quando achar que deve decretar. É de se dizer que a incomunicabilidade será decretada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público.

Entretanto, o Código de Processo Penal foi categórico ao indicar que durante a incomunicabilidade o advogado terá acesso ao indiciado, o que expressa a incidência do princípio da ampla defesa à hipótese.

Não obstante a concessão de acesso do advogado ao preso, prevista no art. 21 do Código de Processo Penal, é praticamente unânime na doutrina pátria o entendimento de que a regra da incomunicabilidade não foi recepcionada pela Constituição da República, haja vista a manifesta violação do que disposto no art. 136, §3º, IV da Constituição da República. Tal dispositivo veda a incomunicabilidade do preso durante o Estado de Defesa, quando seria natural a possibilidade de restrição de direitos fundamentais.

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

(...)§ 3º - Na vigência do estado de defesa:

(...)IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

Todavia, se mesmo no curso do Estado de Defesa preocupou-se o legislador constituinte em não permitir a incomunicabilidade do preso, muito menos este poderá ficar incomunicável durante um estado de normalidade. Assim, ocorrendo qualquer conduta dos agentes estatais no sentido de determinar a

incomunicabilidade do indiciado, seja no curso do Estado de Defesa, seja durante um estado de normalidade, o *habeas corpus* será o remédio adequado a sanar a ilegalidade.¹⁴

É bem verdade que apesar dos inúmeros posicionamentos da doutrina acerca da inconstitucionalidade do art. 21 do CPP, nunca houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Também é verdade que a regra da incomunicabilidade esvaziou-se após a entrada em vigor da lei 7.960/89 (lei de prisão temporária), eis que, nas hipóteses em que a lei autoriza a incomunicabilidade do indiciado têm a autoridade policial ou o Ministério Público se valido do requerimento de prisão temporária, que também deve ser decretada pelo juiz.

11 Da reprodução simulada dos fatos e do direito do indiciado de não participar da diligência

O art. 7º do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de realização da diligência de reprodução simulada dos fatos (reconstituição do crime) com a finalidade de verificar se um fato ocorreu de determinado modo. Trata-se de diligência que busca verificar eventuais contradições entre o que dito pelo indiciado, ofendido e testemunhas e que é passível de ter ocorrido no mundo fático. Configura um eficaz meio de prova destinado à elucidação do fato.

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

Nesta diligência, é facultada ao indiciado a participação, no sentido de auxiliar a polícia a reproduzir o cenário da prática do crime. A participação do indiciado não é obrigatória, haja vista a incidência do princípio da inexigibilidade de

¹⁴ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal. 32ª edição. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), disposto no art. 5º, LXIII da Constituição Federal, quando versa sobre o direito ao silêncio, além de previsão expressa no art. 8º, item 2, “g” do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Tampouco a presença do indiciado no local da reconstituição é obrigatória, em virtude do princípio mencionado.¹⁵

12 Inquérito policial e contraditório diferido

Difundiu-se na doutrina a ideia de que os elementos colhidos na fase de inquérito, por não serem colhidos sob o crivo do contraditório, não constituem provas, mas meros elementos informativos necessários ao ajuizamento da ação penal. Tal assertiva não significa que o contraditório não incidirá, pois sua aplicação será possível em momento posterior, sob o denominado contraditório diferido.

Significa dizer que há elementos informativos, como as provas cautelares e não-repetíveis, que embora colhidos na fase de investigação, podem ser considerados provas, desde haja possibilidade de posterior debate pelas partes acerca do que foi produzido.

Em relação à prova cautelar, tem-se que consiste na colheita urgente de elemento informativo que, acaso não colhido de imediato, poderá perecer, trazendo prejuízo irreversível para a investigação. É o caso do procedimento de interceptação telefônica, que configura prova de natureza cautelar, que precisa ser produzida de imediato para que tenha alguma efetividade. A busca domiciliar também configura medida de natureza cautelar, já que a apreensão da coisa, via de regra, precisa ser realizada imediatamente, sob pena do seu desaparecimento. As partes, posteriormente, terão a oportunidade de debater acerca da diligência realizada, efetivando-se o contraditório.

De igual modo, a prova não-repetível também se submeterá ao contraditório diferido, eis que colhida sem contraditório, mas submetida a ele posteriormente. É espécie de prova que, uma vez produzida, não poderá ser

¹⁵ FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal. 32ª edição. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 307.

repetida, em virtude de sua própria natureza. Como exemplo tem-se o exame do etilômetro, conhecido popularmente como bafômetro, no qual a prova colhida não poderá ser repetida posteriormente, haja vista o seu manifesto perecimento. Outros exames, como o exame de local num crime de homicídio se inserem na mesma categoria.

Em relação a estas duas espécies de prova, em virtude da submissão ao contraditório diferido, o art. 155 do Código de Processo Penal, categoricamente, afirma que podem servir exclusivamente para a formação da convicção do magistrado, ainda que a colheita tenha ocorrido na fase de investigação.

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

O referido dispositivo legal também menciona que no caso de provas antecipadas, ainda que produzidas na fase preliminar, poderão servir, em caráter de exclusividade, para a formação da convicção do magistrado. Em tal situação, todavia, não pode falar em contraditório diferido, pois a prova antecipada terá a incidência do contraditório quando da sua própria colheita, como se judicializada fosse. Exemplo típico é a decretação da produção antecipada de provas em fase preliminar, quando houver a necessidade urgente de produção de prova testemunhal, eis que a testemunha padece de grave doença, podendo falecer a qualquer momento. Poderá o magistrado, ainda na fase de investigação, colher o seu depoimento na presença do Ministério Público, da Defesa e do próprio indiciado, garantindo-se a aplicação do princípio do contraditório.

13 Da necessidade da exclusão física das peças do inquérito policial

Conforme expressa previsão no art. 12 do Código de Processo Penal, “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa sempre que servir de base para uma ou outra”. A regra é clara no sentido de que os autos do inquérito policial deverão constar dos autos do processo, evidenciando a possibilidade de que os elementos ali presentes possam ser utilizados para a formação da convicção do juiz.

Ocorre que o fim precípua da colheita de elementos na fase preliminar é a formação da justa causa (suporte probatório mínimo) para o oferecimento da denúncia, não havendo razão lógica para que, após o seu recebimento pelo juiz, os elementos informativos do inquérito, colhidos sem o crivo do contraditório, possam permanecer incólumes e aptos a serem utilizados pelo magistrado para fundamentar as decisões, inclusive a sentença condenatória.

Somos favoráveis à exclusão das peças do inquérito policial dos autos após o recebimento da denúncia, eis que, a partir dali, toda a persecução é voltada para a produção de provas sob o crivo do contraditório, não tendo mais aqueles elementos informativos qualquer força probatória. A formalidade do processo criminal em relação ao inquérito, bem como a fiscalização das partes e do juiz no que tange à produção da prova, levarão a uma apuração do fato dotada de muito maior credibilidade do que aquela ocorrida na fase preliminar.

Todavia, deve-se observar a ressalva feita pelo art. 155 do CPP no que tange às provas cautelares, não-repetíveis e antecipadas. Estas devem sim acompanhar a ação penal, na medida em que nelas, via de regra, preponderam elementos probatórios de ordem técnica, sendo provas na maioria das vezes irrepetíveis em virtude das circunstâncias em que foram produzidas. O laudo de exame cadavérico, por exemplo, embora elaborado na fase de inquérito, jamais pode ser descartado dos autos.

A problemática, portanto, diz respeito às provas repetíveis, como bem salienta Aury Lopes Júnior, pois é comum que o magistrado conjugue os elementos da instrução com os da investigação preliminar, muitas vezes convencido pelos últimos, mas utilizando os primeiros para a fundamentação, unicamente para simular o cumprimento da regra do art. 155 do CPP.

Não menos grave está a versão dissimulada, que anda muito em voga, de “**condenar com base na prova judicial cotejada com a do inquérito**”. Na verdade, essa fórmula jurídica deve ser lida da seguinte forma: não existe prova no processo para sustentar a

condenação, de modo que vou me socorrer do que está no inquérito. Isso é violar a garantia da própria jurisdição.¹⁶

Tal prática é prejudicial ao acusado, notadamente se considerarmos que, via de regra, o juiz que atuou no curso da investigação será o mesmo a proferir a sentença, havendo evidente afetação de sua imparcialidade.

14 Da utilização irrestrita dos elementos colhidos na fase de inquérito no Plenário do Tribunal do Júri

Previsto no art. 5º, XXXVII da Constituição da República, o Tribunal do Júri tem sua competência delineada para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, dentre os quais incluem-se o homicídio, o infanticídio, o aborto e o induzimento, auxílio ou instigação ao suicídio.

Considerando-se que a competência do júri é voltada para o bem jurídico de maior importância para a sociedade, a vida humana, resta evidenciado que os delitos apreciados pelo júri são tratados de forma rigorosa pela lei penal, mormente o homicídio qualificado, delito equiparado a hediondo. Os efeitos de uma condenação pelo Tribunal do Júri, portanto, podem trazer consequências graves e irreversíveis.

Não obstante a seriedade da questão, é corriqueira a utilização pelo Ministério Público de elementos colhidos na fase de investigação, sem o crivo do contraditório, sem qualquer controle judicial, como argumento de autoridade para o convencimento dos jurados. Estes, que são pessoas leigas em Direito Penal ou Direito Processual Penal, não possuem o discernimento suficiente para entender a necessidade do contraditório para a elucidação de um fato. Depoimentos colhidos entre as quatro paredes de delegacias são apresentados aos jurados como verdades absolutas, ainda que em sede judicial a prova tenha se apresentado de maneira diversa, utilizando-se o Ministério Público das contradições como um meio

¹⁶ Ibidem., 2007, p. 297.

de convencimento, mas muitas vezes sem esclarecer os inúmeros vícios possíveis insitos às provas colhidas na fase inquisitorial.

Somos contrários à possibilidade de utilização de elementos de prova colhidos na fase de inquérito como argumento de autoridade para o convencimento dos jurados no Tribunal do Júri. A obscuridade do procedimento de colheita da prova é campo fértil para possíveis injustiças, que por vezes não são detectadas pelos jurados, mormente nos dias atuais, quando existe todo um aparato midiático voltado para o combate à criminalidade a qualquer custo, ainda que suprimindo direitos e garantias fundamentais.

15 O reconhecimento de pessoas e coisas no âmbito da investigação preliminar

A regra do art. 226 do Código de Processo Penal prevê o reconhecimento de pessoas e coisas, nos seguintes termos:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Trata-se de procedimento de suma importância para a elucidação da autoria delitiva, sendo, em algumas situações, a única prova produzida no curso da persecução penal com esta finalidade.

Tal ato, de relevância extrema, possui carga de inquisitividade que destoia da tutela dos direitos fundamentais do cidadão. Em grande parte das vezes, o procedimento do art. 226 é negligenciado, não se cumprindo o previsto na norma no sentido de que outras pessoas com características físicas semelhantes sejam colocadas ao lado do indiciado para o reconhecimento. Na maioria dos casos, o indiciado é colocado sozinho na sala de reconhecimento, levando-se à mais evidente indução da vítima ou testemunha a reconhecê-lo, eis que não há qualquer outra pessoa com característica semelhante para comparação.

Em outras situações, o reconhecimento é realizado mediante a colocação lado a lado de pessoas com características físicas distintas, o que também favorece o induzimento a reconhecer e o indiciado como o autor da infração. Também é prática corriqueira, para simulação do que disposto no art. 226 a colocação dos próprios agentes de polícia ao lado do indiciado, sendo esses já conhecidos das vítimas e das testemunhas, que obviamente nunca os apontarão como autor do delito, mas sim o único que traja pobres vestimentas e tem o estereótipo do criminoso.

Apesar da aparente formalidade do ato quando sua documentação é juntada aos autos do inquérito, resta evidente que a credibilidade da informação é reduzidíssima, pois não há, via de regra, qualquer participação do Ministério Público ou da defesa fiscalizando a diligência. Isto sem contar que em inúmeras ocasiões sequer o delegado de polícia presencia o ato, eis que normalmente a diligência é executada pelo escrivão ou agente de polícia.

Não obstante a manifesta problemática gerada por esta espécie de diligência, é impressionante o valor a ela atribuído pela autoridade judiciária, que forma a sua convicção com fundamento em prova produzida sem a incidência do contraditório judicial, em manifesta violação ao art. 155 do Código de Processo Penal.

Questiona-se, inclusive, se tal ato merece a denominação de prova, pois a total ausência de contraditório, no máximo, lhe dá o *status* de elemento

informativo, com o fim único e exclusivo de dar suporte mínimo à denúncia formulada.

Frise-se que a natureza do ato lhe permite a repetição em juízo, sendo, portanto, prova repetível e não podendo, de acordo com o que se extrai da redação do art. 155 do Código de Processo Penal, servir exclusivamente para a formação da convicção do juiz.

Mais uma vez, a solução para o problema passa pela ostensiva atuação da Defensoria Pública no âmbito do inquérito policial, fiscalizando a atividade policial. Sua presença no ato de reconhecimento deve ser dotada de imperatividade, devendo ser considerado nulo o ato praticado sem a devida fiscalização. Resta evidenciado que também o Ministério Público deve ter obrigatória participação em tal ato, para que desde então o contraditório seja exercido.

Não obstante a nossa opinião acerca da atuação das partes quando da realização do ato de reconhecimento de pessoas e coisas, é de se ressaltar que, inevitavelmente, virá à tona o velho e odioso argumento da inviabilidade de se montar uma estrutura estatal aparelhada e apta à fiscalização desta diligência e de inúmeras outras.

É de se dizer que a natureza da referida prova é repetível, eis que, uma vez produzida na fase de investigação, pode ser repetida em juízo, com sua colheita, nesta situação, sendo realizada sob o crivo do contraditório. Assim, quando tal prova é realizada única e exclusivamente em sede policial, não tendo as partes requerido sua realização na fase de instrução, não resta outra alternativa senão a de considerá-la inapta a servir de base para a formação da convicção do juiz de forma exclusiva.

É comum, entretanto, a prolação de sentenças condenatórias tendo por fundamento fático tão somente o reconhecimento pessoal realizado em delegacia, sem repetição em juízo. A questão se mostra ainda mais preocupante quando, no curso da instrução, a pessoa que realizou o reconhecimento em sede policial se retrata e manifesta o equívoco do reconhecimento naquela ocasião. Não são poucas

as decisões judiciais em que o magistrado, diante da retratação, afirma ser provável que o reconhecedor tenha sofrido algum tipo de represália por parte do reconhecido, considerando tão somente o reconhecimento realizado em sede policial em detrimento daquele realizado sob o crivo do contraditório.

Portanto, entendemos que o reconhecimento de pessoas e coisas que pode ser considerado apto à formação da convicção do juiz deve consistir somente naquele realizado sob o crivo do contraditório, seja na fase de investigação preliminar, com a participação das partes, seja no curso da ação penal, quando é presumido que a prova seja colhida sob o crivo do contraditório.

16 Da decretação de prisão preventiva ou temporária na fase de investigação e da necessidade de vistas à defesa para manifestação

Questão de grande relevo na fase de investigação diz respeito à possibilidade de decretação de prisão preventiva ou prisão temporária pelo juiz. No caso de prisão preventiva, incide o art. 311 do Código de Processo Penal, com a nova redação trazida pela lei 12.403/11, que dispõe que o juiz poderá decretar a prisão preventiva na fase de investigação ou no curso da ação penal.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

A redação do artigo indica que a decretação da prisão de ofício está restrita à fase de instrução, devendo a prisão preventiva decretada na fase de investigação ocorrer mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial. É vedada, portanto, a decretação da prisão preventiva de ofício na fase de investigação.

No que tange à prisão temporária, a lei 7.960/89 é expressa no sentido de que sua decretação pelo juiz somente ocorrerá na fase de inquérito policial, conforme a regra constante do art. 1º, I.

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

Na doutrina, entretanto, há vozes no sentido de que a prisão temporária também tem espaço em procedimento investigatório preliminar distinto do inquérito policial, como no caso de investigações realizadas no âmbito do Ministério Público. É o entendimento de Renato Brasileiro de Lima:

(...) No entanto, sendo o inquérito policial peça dispensável ao oferecimento da peça acusatória, desde que a justa causa necessária à deflagração da ação penal esteja respaldada por outros elementos de convicção (CPP, art. 39, §5º), não sendo a função investigatória uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária (CPP, art. 4º, parágrafo único), queremos crer que a existência de inquérito policial em andamento não é indispensável para a decretação da temporária. Há, sim, necessidade de que haja uma investigação preliminar em curso (v.g., comissão parlamentar de inquérito, procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público etc.), que demande a prisão do investigado para a melhor apuração do fato delituoso.

Impõe-se, pois, uma interpretação extensiva do art. 1º, I da lei 7.960/89, adequando-o á nova realidade investigatória.¹⁷

Entendemos, todavia, que em se tratando de norma restritiva de direitos fundamentais, que versa diretamente sobre o direito de liberdade, não há que se permitir o uso de analogia *in malam partem*, devendo a medida extrema da prisão temporária ater-se tão somente ao que estritamente previsto em lei, que a prevê tão somente no inquérito policial e não em outros procedimentos investigatórios pré-processuais diversos.

Considerando que a prisão temporária é instituto de grande aplicabilidade, haja vista o grande número de delitos que a comportam e da notória abstração de suas hipóteses de incidência (vide art. 1º da lei 7.960/89), seria salutar que a própria lei de prisão temporária trouxesse disposição expressa no sentido de que fosse dada à defesa a oportunidade de manifestação acerca da legalidade da custódia, ainda que após a decretação. Entretanto, o que resta evidenciado é que não houve nenhuma preocupação do legislador quanto a garantir qualquer tipo de

¹⁷ DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume 1. Niterói: Impetus, 2012, p. 1.390.

manifestação do preso, por meio de sua defesa técnica, acerca de possível vício formal ou material relativo à prisão.

Considerando a já mencionada ineficiência estatal quanto a estruturar a Defensoria Pública de modo que esta instituição possa atuar de forma ostensiva na fase de investigação, a prisão temporária torna-se uma das mais arbitrárias formas de restrição da liberdade individual. Isto porque jamais as decisões judiciais que determinam a prisão temporária são comunicadas ao defensor público, dependendo o profissional de que algum familiar ou amigo da pessoa presa lhe dê ciência da situação. No caso do preso possuir condição financeira suficiente para a contratação de advogado particular, este tomará ciência da prisão, podendo proceder às medidas cabíveis.

A arbitrariedade é manifesta, eis que são inúmeros os vícios possíveis num decreto de prisão temporária. Deve-se atentar para vícios formais decorrentes de possíveis decretações da prisão de ofício pelo juiz, decretação por juízo incompetente ou a pedido de autoridade policial ou membro do Ministério Público sem atribuição prevista em lei. Percebe-se que tais situações podem ocorrer corriqueiramente, sem que a lei tenha previsto o exercício da ampla defesa para eventuais impugnações.

Quanto aos vícios materiais, também não são poucas as possibilidades. A decretação da prisão pode não preencher o requisito da extrema e comprovada necessidade ou o delito que ensejou a decretação pode não constar do rol taxativo previsto no art. 1º, III da lei 7.960/89. Exemplo de ilegalidade seria a decretação de prisão temporária em relação ao delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) quando a lei 7.960/89 previu a possibilidade de prisão somente para o estupro que está previsto no art. 213 do Código Penal. O uso da analogia, neste caso, feriria de morte o princípio da legalidade.

Verifica-se, portanto, que no caso da prisão temporária, a necessidade da ampla defesa e do contraditório é inconteste. A existência do *habeas corpus* como instrumento hábil a sanar eventuais vícios não é suficiente para a satisfação dos princípios constitucionais, eis que é inexistente na lei de prisão temporária

qualquer previsão acerca da necessidade de que a defesa técnica da pessoa presa seja cientificada da decretação da custódia. O prejuízo é ainda mais evidente se considerarmos a exiguidade do prazo da prisão temporária (5 dias, prorrogáveis por mais 5, em regra, e 30 dias, prorrogáveis por mais 30, no caso de crimes hediondos e assemelhados).

Portanto, ainda que a família do preso tome alguma providência no sentido de acionar a Defensoria Pública ou contratar advogado particular, uma pequena demora poderá provocar danos irreversíveis e que, evidentemente, não serão reparados voluntariamente pelo Estado, mesmo que constatada alguma ilegalidade na prisão.

17 Investigação preliminar e Lei Maria da Penha: ausência de contraditório e ampla defesa em relação às medidas protetivas de urgência

Questão interessante sobre a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa diz respeito à aplicação das medidas protetivas de urgência no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher. A lei Maria da Penha (lei 11.340/06) permite que o juiz decrete as medidas protetivas previstas na lei sem a necessidade de ouvir o agressor ou o Ministério Público, bastando que haja requerimento da ofendida ou representação da autoridade policial. Tem o magistrado o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a decretação da medida, após receber o pedido.

Nesta etapa, anterior ao oferecimento da denúncia, a palavra da vítima tem relevância extrema, eis que é determinante para o cerceamento da liberdade do suposto agressor, seja por meio de medidas cautelares diversas da prisão, como a proibição de manter contato ou a obrigação de manter uma distância mínima da vítima ou dos seus familiares, seja por meio da própria prisão cautelar, que geralmente ocorre quando a mulher comunica o juízo ou a autoridade policial acerca do descumprimento da medida protetiva anteriormente decretada. Não tem o suposto agressor a possibilidade de manifestar-se antes que a medida seja efetivamente decretada, a não ser em situações excepcionais, quando o magistrado, desconfiado da palavra da ofendida, designa audiência de justificação sob o

contraditório, na qual ouvirá a mulher bem como o suposto agressor para, ao final, decidir ou não pela decretação da medida protetiva ou, em último caso, a prisão cautelar. Tal audiência será realizada com a presença do Ministério Público e do advogado do suposto agressor.

18 Conclusão

Após navegar no sistema de investigação preliminar vigente no Direito brasileiro, verifica-se a existência de um sistema obsoleto, inadequado aos princípios democráticos e essencialmente inquisitorial. Quando se permite uma pitada do exercício da ampla defesa e contraditório, tal permissão se dá somente em relação aos mais abastados.

A omissão estatal quanto ao aparelhamento da Defensoria Pública acarreta um enorme abismo entre ricos e pobres no que tange ao direito de defesa. Não se vê nenhum indiciado pobre assistido por advogado, ao passo que o indiciado rico jamais comparecerá a uma delegacia desacompanhado de profissional habilitado.

Continuam positivadas no nosso Direito Processual Penal normas atentatórias da dignidade, sendo exemplos a incomunicabilidade do indiciado no inquérito policial ou a decretação de prisão temporária sem previsão de vistas à defesa para manifestação, podendo o indiciado restar segregado por até 60 (sessenta) dias, como no caso de inquérito relativo a crime hediondos e equiparados, sem o exercício de qualquer direito de defesa que possa questionar os motivos muitas vezes arbitrários da custódia cautelar.

É preciso salientar que a ausência de contraditório e ampla defesa no inquérito policial acaba por macular a credibilidade dos principais elementos informativos elucidativos do crime, notadamente no que tange à autoria delitiva. Frequentemente, são inobservadas as regras referentes ao direito ao silêncio do indiciado, o qual raramente é informado do seu direito constitucional de permanecer calado. Isso sem contar os interrogatórios realizados sob coação, costumeiros nas nossas delegacias. Os depoimentos das testemunhas são colhidos com o enfoque

preponderante de se buscar elementos para a imputação do indiciado acerca dos crimes em apuração, mas não para a busca de eventuais excludentes de ilicitude ou culpabilidade, que já poderiam, desde logo, ficar evidenciadas acaso houvesse a participação de advogado ou defensor público quando das inquirições.

Para a solução do problema, vemos como possível a manutenção do sistema do inquérito policial, desde que se viabilize de forma progressiva a atuação da Defensoria Pública nas delegacias, reduzindo-se a disparidade entre ricos e pobres e as arbitrariedades cometidas pela autoridade policial quando da realização das inquirições, seja em relação ao indiciado ou às testemunhas.

Vige ainda no nosso sistema um ranço inquisitório inaceitável, com uma acentuada participação do magistrado na investigação criminal, com normas que permitem-lhe a concentração de poderes instrutórios que, quando praticados na fase de inquérito, revelam-se ainda mais abomináveis. Avanços têm sido alcançados, como recentes alterações no Código de Processo Penal, cujo art. 311 agora não mais permite que o juiz possa, na fase inquisitorial, decretar a prisão preventiva de ofício. Também resta vedada a oficiosidade judicial no que tange à decretação das medidas cautelares diversas da prisão, que assim como a prisão cautelar, só pode ser decretada, na fase inquisitorial, mediante representação da autoridade policial ou a requerimento do Ministério Público.

Porém, anomalias violadoras do princípio acusatório ainda vigem, como a possibilidade de que o juiz requisite diligências à autoridade policial ou requisite ainda a própria instauração do inquérito policial. É como se o magistrado fosse um verdadeiro interessado na investigação, o que macula seriamente o princípio da imparcialidade do juiz.

E o art. 3º da lei 9.296/96, que regula a interceptação telefônica, também permite que o juiz atue de ofício no que tange à decretação de instauração do procedimento de interceptação, na contramão dos avanços, a passos lentos diga-se de passagem, da legislação processual penal pátria no sentido de não mais permitir uma atuação ostensiva do magistrado, mediante decisões de ofício, em manifesta violação ao princípio acusatório.

Conclui-se que o inquérito policial tem regras anacrônicas e antidemocráticas que necessitam de urgente reforma para adequação a uma Constituição Federal que consagra o Estado Democrático de Direito.

19 Referências

JÚNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza (org.). Doutrinas Essenciais: Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal. 32ª edição. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Volume 1. Niterói: Impetus, 2012.