

DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES¹

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de exercício do direito de defesa na primeira fase da persecução penal é algo relativamente recente na jurisprudência brasileira.

Durante mais de cinquenta anos, conviveu-se com a crença infundada de que o inquérito policial não passava de peça administrativa, meramente informativa, que ostentava unicamente atos de investigação. Em consequência, negava-se ao indiciado – ou informalmente acusado – o exercício do direito de defesa nesta fase da persecução penal

Não obstante a prática jurídica assim se ostentasse, alguns progressos legislativos foram sendo efetuados em direção ao reconhecimento do direito de defesa na persecução penal prévia: o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil prevê o direito de o advogado consultar os autos do inquérito e de entrevistar, reservadamente, o seu cliente. No Estado de São Paulo, a Portaria 18/1998, da Delegacia Geral de Polícia, trouxe importantes inovações no campo da publicidade do inquérito. E, mais que tudo, a Constituição da República, de 1988, relançou o debate, ao dispor, no artigo 5º, inciso LV, que aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

1 Doutora em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Doutora de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

Ainda assim, a prática forense quase unânime insistia em manter o acusado alheio aos atos praticados no curso do inquérito.

Há pouco mais de dez anos, porém, passou-se por um momento de inflexão na jurisprudência no que toca a este tema: depois de décadas, os Tribunais Superiores passaram a reconhecer a possibilidade de exercício do direito constitucional de defesa nessa fase, assegurando a vista dos autos de inquérito ao acusado e seu defensor, bem como a participação defensiva nessa fase. O entendimento acabou, inclusive, sufragado na edição de súmula vinculante neste sentido.

O presente texto analisa então o exercício do direito de defesa no inquérito policial, tratando do binômio ciência-reação nessa fase da persecução penal.

2. FUNÇÕES E FINALIDADES DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, visando a apurar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, bem como sua autoria, coautoria e participação, é procedimento preliminar ou prévio, cautelar, realizado pela polícia judiciária, de natureza administrativa e finalidade judiciária².

Desde a legislação processual de 1871, quando se atribuiu aos delegados de polícia, nos distritos, a incumbência de se proceder imediatamente à coleta de elementos para apuração da infração penal até a chegada dos juízes de direito, competentes para a formação da culpa, reconheceu-se a necessidade de se

2 As ideias aqui expostas, no tocante ao direito de defesa no inquérito policial, não são inéditas. Cf. SAAD, Marta, *O direito de defesa no inquérito policial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004; ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de e SAAD, Marta, *Constituição da República e exercício do direito de defesa*, In: Ana Cláudia Bastos Pinho e Marcus Alan de Melo Gomes (Org.), *Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

adotar determinadas medidas de urgência, a fim de que os vestígios da infração não desaparecessem ou se perdessem no tempo.

O inquérito policial reveste-se, então, de natureza cautelar, no sentido de preservação de eventuais elementos ou meios de prova. A cautelaridade não se confunde, todavia, com eventual provisoriedade que alguns elementos, constantes no inquérito policial, possam ostentar. Há determinados atos do inquérito que se transmitem para o bojo da futura ação penal de forma definitiva, posto que impossíveis de repetição ou renovação, tais como os exames, vistorias e avaliações, a busca e a apreensão, bem ou mal sucedida, o arresto, o sequestro de bens, ou mesmo alguma prova testemunhal que venha a se tornar irrepetível.

Assim, sem perder a natureza cautelar, de preservação do meio de prova, procedendo-se com urgência diante da dificuldade de se obter determinados elementos de prova com o passar do tempo, a cautelaridade ínsita aos atos do inquérito não se confunde com provisoriedade, visto que muitos dos atos acabam transcendendo a essa possível característica, convertendo-se de provisórios em permanentes.

Ao lado do atendimento à urgência na obtenção dos meios de prova, o inquérito policial também surge cautelar no sentido de evitar excessos que a imediatidade de eventual ação penal poderia trazer à honra e à reputação do envolvido no processo penal.

A função do inquérito policial consiste, portanto, em colher elementos tão logo chegue à autoridade policial a notícia da infração, os quais poderiam desaparecer pela ação do tempo.

O inquérito, além disso, ostenta ainda finalidades de duas ordens. A primeira delas é a de reconstruir o fato investigado, informando e instruindo a autoridade judicial e o acusador, pú-

blico ou privado. O inquérito policial não é só base para a acusação³, mas também para o arquivamento⁴, quando se constata que os meios de prova lá constantes são falhos quanto ao fato e/ou à autoria, ou porque os meios de prova demonstram que o fato apurado é inexistente ou atípico, ou, ainda, comprovam a existência de causa de exclusão da antijuridicidade ou causa de extinção da punibilidade. Por isso, a autoridade policial deve também produzir provas em favor do suspeito ou do indiciado.

A segunda finalidade do inquérito é a de ministrar elementos para que o juiz possa se convencer acerca da necessidade ou não de decretar a prisão preventiva, o arresto e sequestro de bens, a busca e a apreensão, a quebra do sigilo bancário ou telefônico. Serve, portanto, de base para decretação de medidas e provimentos cautelares, no curso do inquérito.

O inquérito policial é inquisitivo, no sentido de que a autoridade policial, que comanda o inquérito policial, possui discricionariedade, no sentido de escolher as medidas de investigação necessárias e pertinentes a fim de apurar o fato, que se apresenta como ilícito e típico. A falta de rito pré-estabelecido faz com que a sequência das investigações varie ao empuxo do resultado das diligências, que se sucedem. Este poder-dever inquisitivo não afasta, porém, a participação dos interessados, acusado ou ofendido. Ao contrário, os esforços se somam, trabalham juntos.

O inquérito não é, porém, peça meramente informativa, seus elementos se destinam a convencer quanto à viabilidade ou não da ação penal ou quanto às condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento cautelar no cur-

3 Determina o artigo 12 do Código de Processo Penal que “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

4 Artigo 18 do Código de Processo Penal: “Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”.

so do inquérito policial. Os dados ali colhidos não só informam, mas convencem, tais como as declarações de vítimas, os depoimentos de testemunhas, as declarações dos acusados, a acareação, o reconhecimento, o conteúdo de determinados documentos juntados aos autos, as perícias em geral (exames, vistorias e avaliações), a identificação dactiloscópica, o estudo da vida pregressa, a reconstituição do crime.

Em síntese: o inquérito policial é procedimento administrativo cautelar que tem por função elucidar o fato, que aparenta ser ilícito e típico, e sua autoria, coautoria e participação. Tem natureza inquisitiva e não inquisitória. Isso, de forma alguma, impede a participação e a colaboração da defesa do acusado nesta fase preliminar da persecução penal, bem assim do ofendido.

É certo, ainda, que o inquérito policial abriga não só atos de investigação, mas também atos de instrução criminal, alguns de caráter transitório e outros de caráter definitivo.

Com efeito, a partir da instauração do inquérito policial, inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ser tomados em desfavor do acusado, tais como os decretos de prisão preventiva e temporária, se o inquérito já não tiver se iniciado por meio de flagrante, em nítida restrição ao direito de liberdade.

Pode ainda ter lugar, no curso do inquérito policial, a decretação de medidas cautelares, como a busca pessoal ou domiciliar, que limita os direitos de inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da vida privada e a integridade física e moral do indivíduo; a apreensão, que pode restringir o direito à liberdade, tutela e curatela, a posse e a propriedade; a decretação do arresto ou sequestro de bens, que limitam a fruição da posse e propriedade; a quebra dos sigilos fiscal e bancário, que atinge a intimidade e a vida privada; a interceptação das comunicações

telefônicas, que restringe o sigilo das comunicações; a determinação do indiciamento, que acarreta abalo moral, familiar e econômico e, pior, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal, por meio da decisão de recebimento da denúncia, ou queixa.

Justamente por ser o inquérito etapa importante para a obtenção de meios de provas, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o acusado deve contar com assistência de defensor já nesta fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial, de conteúdo.

3. DIREITO DE DEFESA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

O direito de defesa sempre veio consagrado nas Constituições brasileiras, desde a Constituição de 1824 (artigo 179, § 8o). Na Constituição de 1891, tal direito estava previsto no artigo 72, § 16. A Constituição de 1934 previa o direito de defesa no artigo 113, nº. 24, e a Constituição de 1937, no artigo 122, nº. 11, 2a. parte.

A Constituição de 1946 previa, no artigo 141, § 25 que “é assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”.

A mesma redação foi repetida na a Constituição de 1967, no artigo 150, § 15 e § 16. Depois, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, referia-se, separadamente, à ampla defesa e à instrução contraditória, no artigo 153, § 15 e §16.

A Constituição da República, de 1988, ampliando as redações anteriores, assegurou, no artigo 5º, inciso 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”. O direito de defesa integra o devido processo e procedimento penal, nos termos do assegurado no artigo 5º, inciso LIV.

A redação atual da Constituição permite concluir que não se admite mais persecução penal preparatória ou prévia unilateral: não se admitem instruções secretas ou interrogatórios sob coação. Não se pode excluir a presença do defensor, indispensável.

A interpretação de tal dispositivo passa, então, necessariamente pela fixação do conceito da expressão “acusados em geral”, bem como pelo que se entende por processo administrativo.

Acusação, acusado, acusador, acusamento, acusante, acusar, acusativo, acusatório, acusável são todos vocábulos derivados do latino *accusare*, que significa “atribuir a alguém determinada conduta reprovável”⁵, criminar, inculpar, denunciar alguém como autor de algum delito, culpar, censurar, repreender, notar, taxar⁶.

Neste sentido lato, acusação é a atribuição a um indivíduo de um fato juridicamente ilícito. E acusado, imputado, criminado, incriminado, increpado, são todos sinônimos para a pessoa sobre quem se levanta uma acusação. A atribuição da prática de um ilícito a determinada pessoa, ainda que de maneira informal, leva então a que se tenha acusação e acusado⁷.

Em acepção técnica, porém, muitas vezes se restringe o uso do termo acusar, dando-lhe com isso o significado de “promover,

5 Verbete acusar, *Enciclopédia Saraiva do direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 4, p. 257.

6 Verbete acusar, *Encyclopedia e diccionario internacional*, Rio de Janeiro, W. M. Jackson, [s.d], p. 95.

7 FERNANDES, Antonio Scarance, *A reação defensiva à imputação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 103-104.

em Juízo, a persecução penal de alguém, imputando-lhe, de modo formal, a prática de fato penalmente relevante”⁸. Daí a denúncia e a queixa mostrarem-se como modalidades de acusação formal.

Levando-se tal acepção restrita em conta, tem-se que o acusado é apenas aquele indivíduo contra quem foi proposta ação penal e, portanto, o indiciado não pode ser considerado acusado⁹. Formalmente, então, é somente após o recebimento da denúncia ou da queixa que se tem o acusado, em sentido estrito e técnico.

Aceitar, porém, a expressão “acusados em geral” apenas em sentido estrito leva a que a pessoa envolvida em inquérito policial reste indefesa na etapa em que mais lhe é cara a produção de provas. A garantia constitucional de defesa é ampla, assegurando-a em etapas anteriores à acusação processualmente válida.

Por isso, a fim de não deixar dúvidas, a Constituição da República utilizou, no artigo 5º, inciso LV, a expressão “acusados em geral”, o que significa que há pelo menos duas espécies de acusados (o restrito e o amplo, ou o formal e o informal). Acolheu, então, o significado amplo da expressão e não o restrito, que apenas admite a acusação formal.

Com efeito, “acusados em geral” é expressão que envolve toda sorte de acusados, em juízo ou fora dele, abrangendo, então, o indiciado, o acusado e o condenado, em seus diferentes graus de incriminação, reconhecidos pelos doutrinadores.

Há, de fato, diversos graus de incriminação, passando-se por diferentes juízos, sempre em crescente de certeza jurídica acerca da autoria do delito¹⁰. As categorias de acusados (indicia-

8 Verbete acusar, *Enciclopédia Saraiva do direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, v. 4, p. 257.

9 Adotando tal acepção restrita e entendendo que o indiciado não é acusado, cf., entre outros, MARQUES, José Frederico, *Tratado de direito processual penal*, São Paulo, Saraiva, 1980, v. 2, p. 290.

10 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, *Inquérito policial: novas tendências*, Belém,

do, acusado e condenado) correspondem a sucessivas passagens de juízo até se atingir a certeza atingível.

Assim, o suspeito é aquele sobre o qual se encerra juízo do possível: tanto pode ser o autor, como pode não ser o autor da infração que se está a investigar. Supõe-se, pois o juízo ainda é neutral¹¹; não encerra acusação, porque ainda não foi formado juízo de probabilidade contra o sujeito.

O indiciado é aquele sobre o qual já se reuniram indícios suficientes¹², de modo que sobre ele recaia juízo do provável¹³. A todos eles, a defesa deve ser garantida.

Portanto, acusados em geral, expressão contemplada pela Constituição, abarca todas as formas de acusados, formais e informais, incluindo-se aí o sujeito investigado no inquérito policial.

Além disso, há que se reconhecer a possibilidade de exercício do direito de defesa no inquérito policial pelo fato de este ter natureza jurídica de procedimento administrativo, não obstante sua finalidade judiciária. É manifesto que elementos de convencimento são colhidos na fase extrajudicial do procedimento da persecução penal, ensejando acusação formal.

O inquérito policial tem natureza jurídica de procedimento. Dispõe o artigo 6o do Código de Processo Penal uma série de medidas que a autoridade policial deverá providenciar, tão logo tenha conhecimento da prática da infração penal. É certo, contudo, que tais providências variam ao empuxo da infração que se investiga e dos elementos que se vão obtendo.

CEJUP, 1987.

11 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, *Inquérito policial...*, cit., p. 38-39.

12 Art. 2º, § 6º, da Lei nº. 12.830/13: “o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

13 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, *Inquérito policial...*, cit., p. 38-39.

Assim, dadas as variantes de cada caso, não há rito pré-estabelecido e, portanto, o inquérito é só procedimento administrativo, e não processo. Não obstante, deve o inquérito ostentar perfeição lógica e formal, visto que determinadas formalidades, em especial do auto de prisão em flagrante delito, devem ser obedecidas, a fim de salvaguardar os direitos e garantias individuais.

Realizado pela polícia judiciária (artigo 4o do Código de Processo Penal) e, portanto, em âmbito administrativo, o inquérito policial ostenta natureza jurídica de procedimento administrativo quanto à forma, quanto àquele que o dirige, muito embora com finalidade judiciária.

O artigo 5o, inciso LV da Constituição da República, fala em processo administrativo, mas o processo é entidade abstrata, que se corporifica sempre em procedimento.

Além disso, o mesmo dispositivo assegura 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”. Com esta redação, a Constituição aparta não só litigantes de acusados, mas também contraditório de ampla defesa, de forma que cada qual é exercido de acordo com o instante e a natureza do procedimento que lhe seja compatível, o que não impede que, desde que possível, sejam atuados conjuntamente. Assim, se é certo que, no processo penal, não há litigantes, mas sim acusador e acusado, no inquérito policial, procedimento administrativo com fins judiciais, não há possibilidade de se estabelecer contraditório, mas sim exercício do direito de defesa¹⁴.

14 Nesse sentido, reconhecendo a necessidade do exercício da defesa no inquérito policial, cf. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, Inquérito policial: exercício do direito de defesa, *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, nº. 83, edição especial, p. 14, out. 1999.

Se, de fato, não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque se trata de oposição ou resistência à imputação informal pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão.

No mais, é de se reconhecer que já há acusação, em sentido amplo, entendida como afirmação ou atribuição de ato ou fato a pessoa autora, coatora ou partícipe, em diversos atos do inquérito policial, como na prisão em flagrante delito; na nota de culpa; no boletim de ocorrência de autoria conhecida; no requerimento, requisição e na portaria de instauração do inquérito policial; ou, ainda, no indiciamento realizado pela autoridade policial¹⁵, bem como nos diversos provimentos e medidas cautelares, determinados e realizados nessa primeira fase da persecução penal. Saliente-se que o próprio Código de Processo Penal, ao cuidar da prisão em flagrante delito, estatui, no artigo 304, que a autoridade policial procederá “ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita”. Diante de tudo isso, bem como da possibilidade de o suspeito vir a ser indiciado, deve poder se defender.

Há de se garantir ao acusado, portanto, o direito de defesa, no sentido de resistência, oposição de forças, possibilitando a ele o direito de se contrapor a todas as acusações, com a assistência de advogado, com a possibilidade de manter-se silente e a admissibilidade de produção das provas por ele requeridas, indispensáveis à demonstração de sua inocência, ou de sua culpabilidade diminuída.

15 POZZER, Benedito Roberto Garcia, *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*, São Paulo, IBCCRIM, 2001, p. 82-99.

Desta forma, o exercício do direito de defesa, eficaz e tempestivo, deve se iniciar no inquérito policial, permitindo-se então a defesa integral, contínua e unitária¹⁶.

4. CIÊNCIA DA ACUSAÇÃO COMO PRESSUPOSTO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA

Um dos pressupostos do exercício do direito de defesa é o direito fundamental de o acusado ser informado da imputação que pesa contra si¹⁷. Afastada a ciência da acusação, compromete-se o pleno exercício do direito de defesa.

Como premissa indispensável ao exercício do direito de defesa, a ciência prévia da acusação permeia toda a persecução penal, assegurando que, conhecedora dos reais termos da acusação e do material que a sustenta, possa a defesa ser garantida e plenamente exercitada a todo momento da persecução.

A Constituição da República, no artigo 5o, inciso LV, assegura o contraditório e a ampla defesa, com os *meios* e recursos a ela inerentes. Dentre tais meios, o Pacto de São José da Costa Rica prevê, no artigo 8o, 2, b, a garantia judicial da comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.

Na fase de inquérito policial, ou preliminar da persecução penal, também vigora tal regra para o investigado, tratado constitucionalmente como um acusado em geral. A partir da instauração do inquérito policial, inúmeros atos que acarretam restrição a direitos constitucionalmente assegurados podem ocorrer em desfavor do investigado, tais como os decretos de prisão preventiva e

16 SAAVEDRA ROJAS, Edgar, *Derecho a la defensa, Derecho Penal y Criminología – Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, ano 17, nº. 56,

17 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 114.

temporária, ou prisão em flagrante; busca pessoal ou domiciliar; apreensão; arresto e sequestro de bens; quebra de sigilo fiscal e bancário; interceptação das comunicações telefônicas; determinação do indiciamento e, ao fim, possível formalização da acusação, com o início da segunda fase da persecução penal.

Por isso, o exercício do direito de defesa, eficaz e tempestivo, deve se iniciar no inquérito policial, permitindo-se então uma defesa integral, contínua e unitária. E, para o exercício de defesa no curso do inquérito policial, é premissa indispensável a possibilidade de o investigado, por seu defensor, ter acesso aos autos de inquérito policial.

4.1. INOPONIBILIDADE DE SIGILO EM RELAÇÃO AO ACUSADO E SEU DEFENSOR

O sigilo, previsto no artigo 20 do Código de Processo Penal, serve à investigação do fato aparentemente criminoso e, ao mesmo tempo, tende a preservar a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra das pessoas envolvidas na apuração, e a prevenir o sensacionalismo, mas não pode ser oposto ao indiciado, ou suspeito, nem ao defensor, sobretudo no que se refere aos atos instrutórios.

Como afirmado acima, a primeira fase da persecução penal compõe-se de atos de investigação e atos de instrução. Quem investiga rastreia, pesquisa, indaga, segue vestígios e sinais, busca informações para elucidação de um fato. Depois de documentada a diligência, passa-se da investigação à instrução, que pode se dar mediante atos transitórios ou repetíveis, e, portanto, suscetíveis de renovação, ou definitivos e irrepetíveis, os quais se incorporam ao bojo de eventual ação penal¹⁸.

18 Neste sentido, o artigo 155 do Código de Processo Penal: “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”.

É a definitividade, inerente a certos atos, que exige garantia do exercício do direito de defesa já na fase preliminar da persecução penal.

Determinadas diligências devem, é certo, ser tomadas como sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental do resultado desta atividade, todavia, não pode ser subtraída ao indiciado nem a seu defensor, porque já cessada a causa do sigilo.

Assim, pode se guardar sigilo somente quanto a deliberação e prática de atos de investigação. À luz da Constituição da República, que garante aos acusados, aí incluídos o indiciado e o investigado, o direito de defesa, os atos de instrução, que são documentação dos elementos colhidos na investigação, devem estar acessíveis ao acusado e seu defensor, tão logo cessada a causa do sigilo. Se o sigilo atinge a defesa nesse ponto, tolhe gravemente seu exercício.

Note-se que, além da regra constitucional, há normas infraconstitucionais que põem o defensor a salvo do sigilo eventualmente imposto ao inquérito policial: o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com a redação dada pela Lei n.º 13.245/2016, preceitua, no artigo 7º, inciso XIV, que *“são direitos do advogado 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”*. Desta forma, quem dirige atos da primeira fase da persecução não pode vedar ao defensor do acusado vista dos autos para tomar apontamentos ou para extrair cópias. O artigo 16 do Código de Processo Penal Militar estatui que *“o inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado”*.

O acusado não pode ser mantido alheio a todo o procedimento prévio. Nada obsta a que, ciente do estado desta primeira fase da persecução, a defesa, diligente, cuide de afastar a suspeita que recai sobre o acusado, concorrendo para o escopo último das investigações e evitando acusação formal, em juízo. É, antes, até recomendável que se amplie o campo de busca de elementos para elucidação dos fatos, porque novos dados podem ser trazidos aos autos pela defesa da pessoa que se encontra na posição de suspeito.

A autoridade que conduz o inquérito pode, assim, impor-lhe sigilo, quando necessário à elucidação do fato. Mas este sigilo não pode alcançar o acusado nem seu defensor, no tocante aos atos de instrução realizados e documentados.

O sigilo, enquanto instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados em relação a terceiros, alheios ao procedimento – o chamado sigilo externo –, não pode ser instrumento utilizado para afastar ou limitar a defesa e a publicidade, enquanto direitos do acusado. Nem parece adequado invocar a intimidade dos demais investigados, para impedir o acesso do acusado e de seu defensor aos autos, porque tal expediente importa, em verdade, restrição ao direito de cada um dos envolvidos, porque impede a todos de conhecer o que, documentalmente, conste dos autos e lhes seja contrário. Para isso, a autoridade policial deve aparelhar-se, com expedientes adequados, para permitir que a defesa de cada investigado tenha acesso ao que diga respeito a seu constituinte.

A jurisprudência, todavia, não era firme em assegurar ao acusado o direito de acesso aos autos na primeira fase da persecução. Em 2004, porém, o Supremo Tribunal Federal, em importante julgamento – HC nº. 82.354¹⁹ –, garantiu à defesa do indi-

19 STF, HC nº. 82.354, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.09.2004.

ciado o direito de vista dos autos do inquérito policial antes da inquirição do acusado. Os casos se avolumaram nos Tribunais Superiores²⁰ e levaram à edição da Súmula Vinculante n.º 14, cujo verbete diz: *“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”*.

Tais precedentes, e a súmula vinculante em especial, revestem-se de especial importância, porque asseguram a premissa necessária para o exercício do direito de defesa. Isto, porém, não é tudo: é necessário que, conhecendo os fatos investigados, possa a defesa ter assegurada a sua participação na persecução penal preliminar.

5. REAÇÃO DEFENSIVA

Se a ciência da acusação e sua base é pressuposto indispensável para o exercício de defesa, a reação defensiva constitui forma de o acusado se opor à acusação, considerada em sentido *lato*.

5.1. OITIVA DO ACUSADO

O direito de ser ouvido é consequência direta do direito à informação. O interrogatório é, por excelência, o momento no qual o acusado exerce a autodefesa e, como tal, deve ser orientado pelo princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República, permitindo ao acusado refutar a imputação e trazer argumentos que justifiquem sua conduta. Deve então o acusado ser ouvido em oportunidade

20 STF, HC n.º. 88.190, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 06.10.2006; STJ, HC n.º. 67.114, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 26.02.2007; HC n.º. 64.290, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 06.08.2007; HC n.º. 45.258, Rel. p/ acórdão Min. Nilson Naves, DJ de 05.11.2007; HC n.º. 88.104, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, DJ de 19.12.2007.

anterior à eventual propositura da ação penal, antes de ser formalmente acusado em juízo.

Defender-se, usando o interrogatório a seu favor, não é apenas negar os fatos: pode o acusado defender-se confessando, com vistas a diminuir a incidência penal, ou confessando o fato e negando o direito, como nos casos em que já ocorrida a prescrição, por exemplo. O direito de defesa pode ser exercido para provar inocência, lançar dúvidas sobre a culpabilidade, apresentar fatos que a atenuem ou abonem o acusado.

Dentre as garantias do acusado durante o interrogatório, tem-se que este deve ser realizado tão logo as investigações apontem o sujeito como provável autor da infração penal. A fim de bem se defender, o acusado precisa conhecer a imputação que lhe é feita, resultante das investigações realizadas.

Há necessidade, ainda, de a autoridade que interroga o acusado a ele se identificar, de acordo com o disposto no artigo 5º, inciso LXIV, da Constituição da República. A Constituição garante também, no artigo 5º, inciso LXIII, o direito à assistência de advogado.

No auto de prisão em flagrante delito, a autoridade policial deverá proceder ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, segundo o que estabelece o artigo 304, *caput*, do Código de Processo Penal. E, ao tratar do inquérito policial, o Código de Processo Penal determina, no artigo 6º, inciso V, que a autoridade policial, ao ouvir o indiciado, deve observar, no que for aplicável, o disposto no Capítulo III, do Título VII, que disciplina o interrogatório judicial.

Para a oitiva do acusado devem, portanto, ser seguidas, naquilo que for aplicável – diz o Código – as regras sobre o interrogatório, ou seja, o disposto nos artigos 185 e 186 do Código de Processo Penal.

E o artigo 185, caput e § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei 10.792/2003, prevê a participação do advogado e a possibilidade de feitura de reperguntas pelas partes, depois de findas as indagações do juiz – artigo 188 do Código de Processo Penal.

Neste mesmo sentido, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil sofreu alteração pela Lei n.º 13.245/2016 e passou a prever, no artigo 7º, inciso XXI, que *“são direitos do advogado assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente [...]”*²¹.

Assim, o acusado deve contar, desde logo, com a assistência de advogado, podendo então entrevistar-se reservadamente com o seu patrono, antes do interrogatório policial. A presença do defensor garante o assessoramento técnico e, por outro lado, verifica o controle de legalidade do ato, zelando pelo respeito a direitos e garantias do acusado. O artigo 43, inciso LVI, da Lei 4.878, de 03.12.1965, que dispõe sobre o regime jurídico dos policiais federais, considera transgressão disciplinar *“impedir ou tornar impraticável, por qualquer meio, na fase do inquérito policial e durante o interrogatório do indiciado, mesmo ocorrendo incomunicabilidade, a presença de seu advogado”*.

Deve, ainda, o acusado, segundo o disposto no artigo 186 e parágrafo único, do Código de Processo Penal, ser informado do direito ao silêncio, podendo oferecer sua versão sobre os fatos ou calar-se, sem qualquer tipo de pressão. O acusado, ao se defender, também deve poder, a qualquer tempo, interromper o interrogatório para consultar seu defensor.

21 PIMENTEL JÚNIOR, Jaime e MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, *Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal: comentários à Lei Federal n.º 13.245, de 12 de janeiro de 2016*, 2ª. ed., São Paulo: Jus Podium, 2018.

O interrogatório, tido como um ato de defesa²², precisa ser espontâneo, sem qualquer forma de coação ou tortura, física ou psicológica²³. Deve-se permitir, ainda, ao acusado provar aquilo que afirma, por meio da indicação de elementos de prova e requerimento de diligências pertinentes ao caso, nos termos do artigo 189 do Código de Processo Penal.

E, fundamentalmente, é importante que o acusado saiba em que qualidade está depondo, se como acusado, se como testemunha.

Por fim, é preciso que se veja o interrogatório como meio de defesa, e não como simples forma de se obter a confissão do interrogado. Visto como atividade defensiva, com possibilidade de o acusado demonstrar sua inocência, afasta-se a ideia, já ultrapassada, de que o interrogatório consiste em uma série de perguntas destinadas apenas à admissão da autoria delitiva.

5.2. PROPOSIÇÃO, ADMISSÃO E PRODUÇÃO DE MEIOS DE PROVA

O artigo 14 do Código de Processo Penal consagra, na legislação ordinária, o direito de defesa no inquérito policial, atribuindo ao indiciado e ao ofendido o direito de requerer à autoridade policial a realização de diligências²⁴. Ao tempo de sua formulação, dizia-se tratar de dispositivo acertado, porque ofendido e indiciado são interessados no desfecho do inquérito policial: o ofendido quer a punição ao menos como reparação moral e o indiciado quer inocentar-se ou ao menos ver diminuída sua responsabilidade²⁵.

22 FERNANDES, Antonio Scarance, *A reação...*, cit., p. 114-115.

23 O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição da República determina que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

24 FERNANDES, Antonio Scarance, *A reação...*, cit., p. 120.

25 CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da, *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 114.

Desta forma, o indiciado, e também o ofendido, ou seu representante legal, podem requerer a realização de perícias e formular quesitos, pedir esclarecimentos ou complementação de laudos já apresentados, podem arrolar testemunhas e contestar todas as ouvidas, requerer a juntada de documentos e papéis, bem como impugnar a autenticidade de documentos já juntados aos autos²⁶. Com isso, certamente, “lucra a investigação policial e ganha a justiça, que vê carreados, precocemente, para os autos importantes subsídios de prova”²⁷.

Afirma a doutrina que os pedidos formulados pelo suspeito, indiciado ou pela vítima, ficam, contudo, sujeitos à discricionariedade da autoridade policial, exceção feita ao exame de corpo de delito. Se tal posicionamento mostrava-se válido, embora questionável, antes da promulgação da Constituição da República, tem-se que, depois dela, ele não tem razão de ser, sendo certo que o direito de defesa na fase preliminar é direito subjetivo do acusado, e a autoridade policial não pode deixar de realizar diligências importantes à elucidação dos fatos, desde que pertinentes.

De fato, a autoridade policial é também guiada em sua atividade no inquérito policial pela busca da verdade e a discricionariedade que a orienta não pode restringir qualquer direito do indiciado.

Assim, a autoridade apenas pode deixar de atender os pedidos se a diligência não for realizável, for inócua ou prejudicial à apuração dos fatos. Em recusando o pedido de diligências, tal ato deve ser devidamente motivado²⁸.

26 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto, *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 213-214.

27 TORNAGHI, Hélio, *Instituições de processo penal*, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. 2, p. 290.

28 Se o pedido não guarda vínculo probatório, se é irrealizável, se é postergatório ou se, por exemplo, o resultado da diligência já existe nos autos, deve tal razão vir explicitada

Portanto, releitura do disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal, face à garantia constitucional da ampla defesa, permite concluir que o Delegado de Polícia somente poderá negar a realização do pedido se este for inviável, sob o ponto de vista fático, ou inócuo.

Neste sentido, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 13.245/2016, prevê, no artigo 7o, inciso XXI, “a”, que é direito do advogado apresentar razões e quesitos.

Não pode a autoridade policial negar o requerimento de diligência formulado pelo acusado, desde que guarde importância e correlação com o esclarecimento dos fatos e com a defesa do acusado. Em face do disposto no artigo 5o, inciso LV, da Constituição da República, o requerimento de diligências pelo indiciado é um direito subjetivo seu, que não pode ser negado arbitrariamente pela autoridade e, na eventualidade de ser indeferido o pedido, o acusado pode fazer uso do mandado de segurança, porque ferido direito líquido e certo, ou até se valer do *habeas corpus*.

De qualquer modo, a recusa de praticar a diligência deve ser fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, a fim de se analisar o motivo e a motivação da recusa. Agindo desmesuradamente, dentro mesmo do seu poder discricionário, a autoridade policial é responsável administrativa, civil e criminalmente pelos excessos e ilegalidades que vier a cometer²⁹.

na decisão que indefere a diligência. Nesse sentido, cf. PINTO, Adilson José Vieira, O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n.º. 27, p. 251-264, jul.-set. 1999, p. 260.

29 TUCCI, Rogério Lauria, *Persecução penal, prisão e liberdade*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 48.

O defensor, portanto, deve intervir na prática de todos atos instrutórios do inquérito policial, pouco importando se a diligência tenha sido ou não proposta por ele, e ainda que tal participação se dê de forma diferida, a fim de não inviabilizar a prática de atos impostergáveis.

Com isso, assegura-se o direito de defesa na fase preliminar da persecução penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de defesa deve ser assegurado ao acusado desde o inquérito policial. Se lhe for negada, *v.g.*, a possibilidade de acesso aos autos, resta-lhe, então, como se estranho fosse, aguardar, sem que nenhuma prova seja requerida e/ou produzida em seu favor, a conclusão do inquérito policial, procedimento este que pode se estender por anos, e depois ainda a remessa dos autos a juízo para, apenas se denunciado, poder, enfim, contar com a assistência profissional de advogado, já na segunda fase do procedimento, da persecução penal. Sua defesa efetiva, contudo, porque tardia, poderá já estar comprometida.

É preciso, pois, garantir a defesa efetiva do acusado quando esta realmente importa, estendendo-se o exercício do direito de defesa ao inquérito policial. Não só a autodefesa, insuficiente em face do próprio comprometimento emocional e do desconhecimento técnico do acusado. Este deve poder contar, pois, com assistência de advogado legalmente habilitado, zeloso e competente na real defesa dos interesses de sua liberdade jurídica.

No inquérito policial, esteja o acusado preso em flagrante delito ou não, a atuação do advogado é relevante para solicitar a produção de provas, em favor do suspeito ou indiciado, de modo a garantir, posteriormente, juízo de acusação justo e equilibrado.

O tempo muitas vezes trabalha em desfavor do acusado e, em sendo assim, a pronta assistência de advogado garante a junta-
da de documentos importantes e esclarecedores, a localização de
testemunhas ou a formulação de quesitos para a prova pericial.

Se o acusado é preso em flagrante, a imediata intervenção
do advogado guarda especial importância no sentido de infor-
má-lo sobre a natureza da infração que lhe é imputada, o direito
ao silêncio ou para assegurar o direito à assistência de intérprete.

Além disso, ainda na hipótese de ser o indivíduo preso
em flagrante, a intervenção do advogado é de suma importância
a fim de pleitear o relaxamento da prisão ilegal ou a liberdade
provisória, com ou sem fiança, garantindo, por meio de instru-
mentos legais, tais como petição endereçada à autoridade judi-
ciária competente ou *habeas corpus*, o necessário insurgimento
contra a infundada supressão de liberdade.

Tudo isso, por certo, diz-se em favor da proteção efetiva
da liberdade. Mas não é só. Do ponto de vista da sociedade,
cujo fim último é a paz social e como tal interessada apenas
na condenação do sujeito efetivamente culpado, deve-se notar
que o exercício do direito de defesa por parte do indiciado e
a própria atuação do defensor, no inquérito policial, podem
contribuir para que não sejam aforadas acusações infundadas,
apressadas, temerárias e até caluniosas³⁰, ou, ainda, acusações
genéricas fadadas ao fracasso.

Pelas mesmas razões, mas em plano secundário, em de-
corrência da provável redução do número de processos criminais
em andamento, advinda do afastamento de acusações desneces-
sárias, pode-se dizer que o Poder Judiciário também poderá fun-
cionar de forma mais eficaz.

30 Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, *Inquérito policial...*, cit., p. 34.

Nestes argumentos, reside, pois, a importância do direito de defesa já na primeira fase da persecução penal, sendo premissa indispensável ao seu exercício ter assegurada a possibilidade de o suspeito, ou indiciado, bem como seu defensor, ter acesso aos autos de inquérito policial, bem como posteriormente requerer diligências.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de e SAAD, Marta. Constituição da República e exercício do direito de defesa, In: Ana Cláudia Bastos Pinho e Marcus Alan de Melo Gomes (Org.), Ciências criminais: articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1942, v. 1.

Enciclopédia Saraiva do direito. São Paulo: Saraiva, 1977. V. 4.

JACKSON, W. M. Encyclopedia e dicionario internacional. Rio de Janeiro.

FERNANDES, Antonio Scarance. A reação defensiva à imputação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 2.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. Processo penal, ação e jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

PIMENTEL JÚNIOR, Jaime e MORAES, Rafael Francisco

Marcondes de, Polícia judiciária e a atuação da defesa na investigação criminal: comentários à Lei Federal n.º 13.245, de 12 de janeiro de 2016, 2ª. ed., São Paulo: Jus Podium, 2018.

PINTO, Adilson José Vieira, O inquérito policial à luz dos direitos e garantias individuais da Constituição Federal de 1988, Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 7, n.º. 27, p. 251-264, jul.-set. 1999.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes, Inquérito policial: exercício do direito de defesa. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 7, n.º. 83, edição especial, p. 14, out. 1999.

____. Inquérito policial: novas tendências. Belém: CEJUP, 1987.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar, Derecho a la defensa. Derecho Penal y Criminología – Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, ano 17, n.º. 56, p. 25-36, mayo-ago. 1995.

TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

TUCCI, Rogério Lauria. Persecução penal, prisão e liberdade. São Paulo, Saraiva, 1980.

