® BuscaLegis.ccj.ufsc.br

(Artigos) a garantia constitucional da ampla defesa na fase de investigação preliminar

Poliana Dantas Benício *

O direito à defesa surgiu na seara penal como forma de compensar a hipossuficiência natural do acusado em relação à força estatal empregada na apuração da responsabilidade criminal.

Trata-se, na expressão de MORENO CATENA, de um "derecho-réplica" originário da agressão consistente na imputação para o sujeito passivo. [1]

Abrange duas facetas: o direito de defesa pública, técnica ou formal, e o direito de defesa privado, autodefesa ou defesa própria.

A defesa técnica, baseada na presunção de que o sujeito passivo não detém os conhecimentos jurídicos, per si, contrapor-se à pretensão estatal, impõe a assistência de um advogado. É indisponível, exatamente por ser considerada condição fundamental para assegurar o respeito à lei e à justiça e, conseqüentemente, certa condição paritária ao acusado, encontrando previsão expressa no artigo 261, caput, do Código de Processo Penal. [2]

A autodefesa, como se pode concluir da palavra em si, é a manifestação pessoal do próprio sujeito passivo para fazer valer seus interesses em face da atuação do Estado, sendo mais visível por ocasião do interrogatório. É positiva quando consiste numa atuação do imputado

e negativa quando há uma omissão por parte deste, ou seja, quando se nega a declarar algo ou a colaborar na produção de provas que eventualmente o prejudique.

Consagrado constitucionalmente pelo artigo 5º, LV, o direito à ampla defesa compõe um dos pilares do devido processo legal e, por conseguinte, da democracia.

No entanto, o mesmo dispositivo constitucional que o transforma num dos mais fundamentais princípios tem servido de fundamento para aqueles que acreditam que tal direito não se aplica ao inquérito policial.

Argumentam que se trata de um procedimento (e não processo) inquisitivo, de caráter administrativo, destinado à instrução processual, no qual só existe a figura do "suspeito" ou "indiciado". Logo, o inquérito policial não possui os elementos configuradores de um processo administrativo e a ele não se aplicam as garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Não obstante ser esse o entendimento dos juristas mais clássicos, me filio ao pensamento visionário de AURY LOPES JR. que, com muita sensatez, defende a pertinência do princípio in comento já na fase de investigação preliminar.

Primeiramente, alerta que a previsão do artigo 5º, LV, da Carta Magna, não pode ser compreendida de forma restritiva e que a confusão terminológica entre "processo" e "procedimento", bem como o alcance da expressão "acusados em geral", não devem impedir a aplicação de tal garantia no inquérito policial.

Aponta o referido autor que o legislador já empregou equivocadamente a palavra "processo" em outras oportunidades, sem gerar maiores discussões, como em "Do Processo Comum" e "Do Processo Sumário", quando seria mais técnico dizer "procedimento".

Quanto à menção a "acusados em geral" e não "indiciados", entende que da própria expressão se denota que abrange qualquer forma de imputação determinada, ou seja, se trata de acusação em sentido amplo e, assim, incluiria o indiciamento.

Ademais, defende a existência do contraditório, porém, no seu aspecto de informação, materializado na comunicação da existência e conteúdo da imputação ao sujeito passivo, o que faz nascer o exercício da defesa.

Portanto, resta claro que a imputação de um fato delitivo, ser objeto de diligências ou vigilância pessoal consiste numa ofensa ao estado de inocência e de liberdade do sujeito passivo, autorizando que este busque provas a seu favor, lute contra eventuais arbítrios do Estado e possa também auxiliar na formação da convicção do legitimado ativo da ação penal.

Partindo disso, é possível encontrar na fase pré-processual manifestações comuns do direito de defesa, como o requerimento de diligências por parte do advogado (art. 14 do CPP); o exercício do habeas corpus ou mandado de segurança; o acesso do defensor aos autos do inquérito; a presença do advogado no interrogatório; as declarações do sujeito passivo no interrogatório; a participação do indiciado em acareações; a submissão às intervenções corporais; e o direito ao silêncio.

Consubstanciando essa tendência de construção de um processo penal garantidor, o STF em decisão recente, em sede de liminar, no HC 92.599-5, permitiu que fosse juntada aos autos do inquérito policial prova pericial produzida pelo indiciado, sob o argumento de que se deve assegurar aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção dos direitos fundamentais do art. 5°, LIV e LV da CF [3] .

Observa-se, então, uma transformação da justiça criminal que deixa de pautar a eficácia do modelo repressivo no menor grau de possibilidade de manifestação da defesa e no deslocamento de princípios constitucionais para a fase processual, para um sistema de

garantias que busca inserir tais direitos dentro da investigação criminal, servindo como um "mecanismo de filtragem da plausibilidade da ação" [4] .

Por fim, é de se mencionar o brilhante pensamento de FERRAJOLI ao dizer que:

O que faz do processo uma operação distinta da justiça com as próprias mãos ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato de que ele persegue, em coerência com a dúplice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes." (FERRAJOLI, 2002, p. 483)

1. MORENO CATENA, Victor. La Defensa en el Proceso Penal. Madri: Civitas, 1982. p. 105.

2. Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

3. MATSUURA, Lílian. Direito Fundamental – O réu tem direito de se defender mesmo na fase de inquérito. In: Consultor Jurídico, 08 nov. 2007. Disponível em: . Acesso em: 08 nov. 2007.

4. CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na Investigação Criminal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 131.

REFERÊNCIAS

CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na Investigação Criminal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006. p. 131.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES Jr., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MATSUURA, Lílian. Direito Fundamental – O réu tem direito de se defender mesmo na fase de inquérito. In: Consultor Jurídico, 08 nov. 2007. Disponível em: . Acesso em: 08 nov. 2007.

MORENO CATENA, Victor. La Defensa en el Proceso Penal. Madri: Civitas, 1982. p. 105.

* Advogada. Pós-graduanda em "Direito Processual: Grandes Transformações" e "Limites Constitucionais da Investigação no Brasil"

Disponível em:
http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=20080310173414650 .
Acesso em: 27 mar. 2008.