

# Delegado deve efetivar a garantia de defesa na investigação criminal

Dentre os diversos feixes de atribuições decisórias[1] do delegado de Polícia no âmbito da presidência da investigação criminal está o mister de manter seu sigilo, conforme artigo 20 do Código de Processo Penal, no qual deve assegurar a eficácia da investigação, denominada de função utilitarista[2]. Ao mesmo tempo em que exerce, deve garantir na mesma toada outra função denominada garantista, cuja finalidade é resguardar a intimidade, a imagem e a honra do investigado, razão de existir do sigilo externo absoluto.

Mesmo diante da dificuldade de muitas vezes ter de conciliar as duas funções, o delegado deve, acima de tudo, com independência funcional, observar os princípios gerais do Direito, a começar pelos tratados internacionais de Direitos Humanos e do Direito Constitucional, adotando-se um marco teórico para as suas decisões, compatíveis com o Estado Democrático de Direito, como a teoria do garantismo penal[3], pelo que nem mesmo a requisição do Ministério Público poderia fazer ultrapassar a seara anterior da análise dos princípios gerais, por apego ao formalismo, cujos axiomas estão baseados em princípios anteriores aos da norma penal e processual penal.

É com base nesse sistema jurídico de marco teórico garantista que buscamos, nas lições de Luigi Ferrajoli[4], consagrar a máxima efetividade de seus axiomas também no âmbito da investigação criminal.

Dentre os elementos axiomáticos citados pelo festejado autor italiano, deverá ser efetivado pelo delegado, face à pertinência deles na investigação criminal, sob sua presidência, dentre os dez listados por ele, os seis primeiros e o último (A10), in verbis:

“Denomino de garantista, cognitivo ou de legalidade estrita o sistema penalo SG, que inclui todos os termos de nossa série, trata-se de um modelo-limite, apenas tendencialmente e jamais perfeitamente satisfável. Sua axiomatização resulta da adoção de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, não deriváveis entre si, que expressarei, seguindo uma tradição escolástica, com outras tantas máximas latina: A1 Nulla poena sine crimine; A2 Nullum crimen sine lege; A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate; A4 Nulla Necessitas dine injuria; A5 Nulla injuria sine actione; A6 Nulla actio sine culpa; A7 Nulla culpa

sine iudicio; A8 Nullum iudicium sine accusatione; A9 Nulla accusatio sine probatione; A10 Nulla probatio sine defensione.”

Para a coluna de hoje, destacamos o axioma nulla probatio sine defensione, que significa que a prova deve ser considerada nula se produzida sem defesa, ou utilizada sem o exercício do direito de defesa.

Segundo Paulo Rangel[5], o artigo 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/94, não alcança o inquérito policial, pois “o caráter da inquisitorialidade veda qualquer intromissão do advogado no curso do inquérito”. Fazemos a ressalva de que no caso do advogado com procuração do investigado, o sigilo interno não pode ser oposto.

Toda a celeuma sobre o acesso está justamente em conciliar o artigo 93, IX, segunda parte da CRFB, o artigo 20 do CPP, o artigo 133 da CRFB e o artigo 7º, XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Para conciliar essas normas, o STF, em 2/2/2009, editou a Súmula Vinculante 14, na qual garante o acesso ao investigado às peças já documentadas. Para nós, o verbete da súmula deve ser aplicado para além do acesso aos elementos probatórios da investigação, pois acima de tudo garante o direito de defesa na investigação criminal, em face da máxima efetividade ao emprego do “exercício do direito de defesa” contido na súmula.

Nas lições de Canotilho[6] (2003, p. 1224), entende-se como princípio da máxima efetividade:

“a norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”.

A jurisprudência do STJ[7] e do STF[8] ainda possuem uma visão míope do ordenamento e da súmula, limitando-se a dizer que o direito preconizado na súmula é de acesso aos autos, mas discordamos. A máxima efetividade garante que a súmula vá além do verbete e alcance a verdade, a constitucionalidade e a democraticidade.

Para nós, a súmula não garante somente acesso, mas institui um dispositivo[9] de efetivação da defesa na investigação criminal, devendo o delegado garantir esse direito.

Mas somente o delegado? E a Defensoria Pública? E a OAB?

A máxima efetividade não abrange somente o dever do delegado de garantir acesso aos elementos probatório, mas ao Estado como um todo, garantindo mecanismos à Defensoria Pública de ser notificada e poder atuar na defesa daqueles que não possuem condições de pagar um advogado particular.

Cabe ao Estado e à OAB, através de convênios ou não, garantir instalações de gabinetes para advogados nas centrais de flagrantes. Trata-se de uma garantia a ser assegurada pelas instituições, e não somente pelos seus membros no exercício de suas funções. Há necessidade de limites nas funções dos órgãos de investigação. Não porque há pessoas "boas" ou "más", mas porque, já alertou Montesquieu, "todo homem que possui poder é levado a dele abusar[10]":

"mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder."

Por isso, cabe ao Estado garantir instrumentos ao exercício da defesa na investigação criminal. Sem essas categorias elementares à democraticidade do sistema político, que vão além de um sistema acusatório, estaremos diante de uma democracia disfarçada com práticas autoritárias. Não nos deixa mentir Geraldo Prado[11]:

"o fato de vivermos em uma democracia política exige é claro o respeito a lei, mas também requisita a denúncia da presença e atualidade de elementos autoritários, mesmo em regimes democráticos, a contaminar de modo negativo a legitimidade invocada pelo Direito Penal e, conseqüentemente, o próprio sistema penal."

Não é por outro motivo que Rui Cunha Martins[12] alerta quanto ao sistema penal ser reflexo do resultado político de um ordenamento, assumindo o processo:

"o microcosmo do Estado de Direito (...) não é apenas o instrumento de composição do litígio, mas, sobretudo, um instrumento político de participação, com maior ou menor intensidade, conforme evolua o nível de democratização da sociedade, afigurando-se para tanto imprescindível a coordenação entre direito, processo e democracia, o que ocorre pelo desejável caminho da Constituição."

Nesse sentido, ao entender que a súmula como acesso somente a quem pode, mantém-se uma prática autoritária em pleno Estado Democrático

de Direito. Torna o inquérito policial um microcosmo do Estado de exceção.

Não é por outro sentido que se tomarmos emprestado os estudos de Rui Cunha Martins em seu artigo O Mapeamento Processual da Verdade[13] chegaremos obrigatoriamente à conclusão de que manter a lógica da inquisitorialidade do inquérito policial como insistem os manuais e o STF é batermos palma para um Estado de exceção:

“o sistema processual de inspiração democrático-constitucional só pode conceber um e um só ‘princípio unificador’: a democraticidade; tal como só pode conceder um e um só modelo sistêmico: o modelo democrático. Dizer ‘democrático’ é dizer contrário de ‘inquisitivo’, é dizer contrário de ‘misto’ e é dizer mais do que ‘acusatório’”.

Flávia Piovesan[14] afirma categoricamente que a função do Estado deve adotar emergencialmente um novo paradigma jurídico, saindo "da hermética pirâmide (Kelsen) centrada no state approach à permeabilidade do trapézio entrado no Human rights approach".

Por essa razão, deveríamos nos localizar, como delegados, sob o prisma do human centered approach, a lógica empregada por Norberto Bobbio[15], qual seja lente ex parte populi, que significa que o Estado serve e protege direitos.

O que vem ocorrendo é o oposto, ou seja, a lógica de que são os cidadãos (investigados) quem deve proteger os direitos dos Estados, colocando-os numa posição de subserviência absoluta, lógica imanente da lente ex parte princeps, na qual cabe ao investigado “correr atrás de seu prejuízo”.

Vivemos uma bipolaridade epistemológica, pois de um lado temos afirmativas diárias pelo Supremo de que não há devido processo legal, contraditório nem ampla defesa na investigação criminal, ou seja, um discurso que nega a incidência do artigo 5º LIV da CRFB. Por outro lado, foi editada uma súmula vinculante 14 e de precedente do STJ no sentido oposto:

“ninguém será privado de liberdade sem processo legal e a todos são assegurados o contraditório e a ampla defesa — é lícito admitir possa haver, no curso do inquérito, momentos de violência ou de coação ilegal (...) Se, tecnicamente, inexistir processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos sensíveis — do ofendido, do indiciado etc. (...) (HC-44.165, de 2007)”.

Nessa toada, teremos democraticidade quando, ao final da investigação

criminal, determinar o delegado de Polícia, de ofício, a notificação do investigado para se pronunciar sobre os elementos probatórios colhidos no caderno investigatório, por advogado nomeado por aquele, ou, não possuindo, o delegado deve notificar a Defensoria Pública.

A questão do acesso aos autos não se esgota somente na avaliação dogmática do estudo sobre o sigilo interno e externo. É possível nos depararmos com situações ainda mais complexas.

Imaginemos investigações com diversos fatos, inúmeras testemunhas e investigados. Como controlar o acesso ao inquérito a um dos investigados que estiver constituído defensor em relação aos demais que não possuem advogado? E o acesso de diversos investigados com advogados distintos?

Como resguardar o sigilo da investigação entre a reserva da intimidade de um para com o outro investigado? Como realizar juntada de quebra de sigilo fiscal de Tício e bancário de Mévio sem que um não conheça do sigilo do outro?

A investigação não é a instrução criminal na qual incide o princípio da comunhão das provas, posto que as historicidades em construção não resultarão necessariamente em uma deflagração de ação penal em face de todos os investigados. Razão pela qual a intimidade deve ser resguardada entre eles mesmos, salvo se os próprios investigados renunciaram a isso contratando o mesmo advogado.

E se forem vários investigados com interesses antagônicos patrocinados pelo mesmo órgão de execução da Defensoria Pública?

São perguntas cujas respostas o sistema de persecução criminal não está preparado para resolver. Há um problema epistemológico no sistema de investigação criminal. Há total ausência de uma teoria geral da investigação criminal.

Uma medida alternativa que vislumbramos é criar autos apartados e aplicar por analogia conforme permite o artigo 3º do CPP, o artigo 230-C, parágrafo 2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e artigo 8º da lei 9.296/96.

Vale destacar o artigo 230-C, parágrafo 2º do RISTF, dispendo que os "requerimentos de prisão, busca e apreensão, quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, e telemático, interceptação telefônica, além de outras medidas invasivas, serão processados e apreciados, em autos apartados e sob sigilo, pelo relator". Trata-se de investigação criminal em que o relator faz papel de presidente da investigação. Apesar de um flagrante

atentado ao sistema acusatório, pois "a investigação conduzida pelo Judiciário não se harmoniza com o atual sistema constitucional[16]" serve de paradigma para delinear o *modus faciendi* do delegado.

Deverá, portanto, no procedimento principal, o delegado de garantias determinar de forma expressa e fundamentada que determinado ato, por exemplo, os documentos fiscais de Tício e os documentos Bancários de Mévio, sejam autuados em apartado, como uma medida a resguardar a garantia da imagem e da honra do investigado, de cujos sigilos não estão quebrados em relação de um a outro investigado, e, portanto, não deverão ser compartilhados, em razão da função garantista de proteção da intimidade.

Diante desse quadro, não restam dúvidas de que o papel da investigação criminal, conduzida pelo delegado de Polícia, transforma-se em uma função acima de simplesmente comprovar a materialidade e os indícios de autoria. Antes de alcançar esse fim, o principal papel do delegado é garantir os meios democráticos, ou seja, buscar a democraticidade. Com isso, a construção de verdade ética.

Na democracia, são os meios que justificam seus fins, portanto, autoria e materialidade rasgando a Constituição devem ser consideradas provas ilícitas, conseqüentemente, o elemento probatório que não vier revestido do manto protetor das garantias fundamentais deve ser declarado nulo e, se for o caso, os demais atos decorrentes dele, em razão da mesma lógica da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Nesse jaez, deverá fazer parte de uma futura teoria geral da investigação criminal, um sistema eficiente de nulidades dos atos de investigação criminal, como acabamos de preconizar, através do marco teórico de Ferrajoli, diante do axioma *nulla probatio sine defensione*. A consequência disso é a invalidação dos elementos probatórios colhidos na investigação criminal, não podendo ser aproveitados como justa causa para a ação penal, diante de flagrante violação a uma garantia fundamental que é o exercício do direito de defesa.

Como já afirmamos anteriormente nesta coluna, a Polícia Judiciária é um dispositivo democrático[17], o que não mais justifica um modelo de polícia com o nomen iuris de "Polícia Judiciária", mas sim "Polícia das Garantias", presidido pela figura da "autoridade de Garantias" e ou "delegado de Garantias", e não mais "delegado de Polícia", pois não se trata mais de uma atividade "delegada" pelo Poder Judiciário, mas atividade "delegada" pela Constituição para garantir os meios democráticos de se buscar uma verdade eticamente construída. Insistimos, esse é o fim da investigação criminal.

A atividade de “polícia” deve ser entendida como um patrulhamento sobre a contenção do poder advindo, principalmente do populismo penal. Nesse sentido que se devem construir regras específicas para o desenvolvimento de um verdadeiro inquérito penal garantista[18].

O Estado hoje é Democrático de Direito, portanto, garantista. Garantismo não é modismo. Significa a emancipação de funções do Estado na busca constante de democraticidade como elemento central do exercício do poder.