

AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

BREUNIG, Alex Erno¹

breunig@pm.pr.gov.br

ROCHA, Guilherme Teider²

teiderrocha@ig.com.br

RESUMO

Os Oficiais das Polícias Militares possuem como uma de suas atribuições a presidência dos trabalhos investigatórios de crimes militares, levada a efeito, em regra, pelo Inquérito Policial Militar, que se constitui em uma etapa administrativa, anterior à provocação da atuação do Poder Judiciário, por isso é conhecido por fase pré-processual. Uma questão recorrente quando da instrução pré-processual é o direito à ampla defesa e contraditório nesta fase. Para lançar luzes sobre essa interrogação é que se propõe, por meio de discussão teórica, a confrontar legislação, doutrina e jurisprudência - militar e comum -, para subsidiar nossas conclusões e permitir ao leitor formar as suas. Para tanto trar-se-á as características do Inquérito Policial Militar que guardam relação com o tema e explanar-se-á acerca dos conceitos de ampla defesa e de contraditório, no fito de identificar as manifestações desses institutos constitucionais no procedimento administrativo em estudo. Feito o cuidadoso cotejo das informações colacionadas, verifica-se que essas garantias estão presentes sim, mesmo que de maneira mitigada, bem como que sua aplicabilidade vem ganhando espaço, tanto na doutrina como em jurisprudência.

Palavras-chave: Inquérito. Ampla Defesa. Contraditório.

¹ Policial Militar, bacharel em Direito, Oficial-aluno do Curso Superior de Polícia na Academia Policial-Militar do Guatupê, junto à Polícia Militar do Paraná.

² Policial Militar, Assessor Policial-Militar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

ABSTRACT

The Military Police Officers have as one of their duties the presidency of the investigative work of military crimes, carried out, as a rule, by the Military Police Inquiry, which constitutes an administrative stage, prior to the provocation of the Judiciary Power, so is known as the preprocedural phase. A recurring issue in the pre-judicial inquiry is the right to ample and contradictory defense at this stage. To shed light on this question, we propose, through theoretical discussion, to confront legislation, doctrine and jurisprudence - military and common - to subsidize our conclusions and allow the reader to form his own. To do so, we will bring the characteristics of the Military Police Inquiry that are related to the subject and we will explain about the concepts of ample defense and contradictory, in order to identify the manifestations of these constitutional institutes in the administrative procedure under study. Once the collated information has been carefully collated, we find that these guarantees are present, albeit in a mitigated way, as well as that their applicability has gained space, both doctrine and jurisprudence.

Keywords: Inquiry. Right to ample. Contradictory.

1 INTRODUÇÃO

Não é nova a discussão em torno da aplicação dos princípios constitucionais e processuais penais da ampla defesa e do contraditório durante a fase pré-processual, assim compreendidos os trabalhos do Inquérito Policial Militar. Acerca dessa discussão é que dedicar-se-á neste estudo e sobre o quê se pretende fornecer subsídios aos leitores.

Para o presente estudo, realizar-se-á discussão teórica e serão concentrados esforços na análise de dispositivos relativos ao Direito Processual Penal Militar, sendo forçoso, no entanto, traçar paralelos com a legislação, jurisprudência e doutrina do Direito Processual Penal comum - aplicável àquele por disposição expressa, no escopo de lhe conferir completude -, especialmente pela grave amnésia legislativa existente em termos de legislação penal militar e processual penal militar. Entende-se haver amnésia pelas raras alterações promovidas no Código de Processo Penal Militar; fruto, em nossa visão, de medo, desconhecimento e discriminação em desfavor do direito militar.

O inquérito - nos mesmos moldes e estrutura conhecidos atualmente - foi concebido em Portugal, e no Brasil remonta ao Império, século XIX, a partir do momento em que as atividades de polícia judiciária cindiram do Poder Judiciário.

Com o fito de ambientar o leitor, explanar-se-á a respeito da natureza jurídica do Inquérito Policial Militar e das suas características que possuem importância para nosso estudo.

Será narrado acerca da ampla defesa e do contraditório, colacionando doutrina e jurisprudência, para então tratar desses direitos no âmbito do Inquérito Policial Militar.

Por derradeiro, serão trazidas considerações e opiniões, no intuito de possibilitar ao leitor deliberar e formar suas próprias ideias e conclusões.

2 NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

O Código de Processo Penal Militar (CPPM) estabelece como finalidade do Inquérito Policial Militar (IPM), *in verbis*:

art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal.

parágrafo único. São, porém, efetivamente instrutórios da ação penal os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas neste Código. (sem grifo no original)

Côncio dessa finalidade, pode-se conceituar o Inquérito Policial Militar (IPM) como o conjunto de diligências realizadas para a apuração fática penal e de sua autoria, a fim de possibilitar ao titular da ação penal formar sua opinião sobre os fatos. Tem natureza administrativa, sendo realizado anteriormente à provocação da atuação do Poder Judiciário, perpetrada através da ação penal e do processo. Destina-se à formação da *opinio delicti* pelo órgão da acusação.

Vale ressaltar que o inquérito não é forma, mas conteúdo. É procedimento persecutório. Assim, não há que se falar em nulidade de inquérito, embora possa existir nulidade de determinado ato, como por exemplo, um exame pericial.

Os trabalhos do IPM devem ser realizados em busca da verdade processual, ou seja, a autoridade encarregada não pode laborar com o escopo de comprovar ou negar a uma autoria ou materialidade, devendo sim, envidar todos os esforços no intuito de colacionar todas as circunstâncias, indícios e provas atinentes ao fato pretensamente típico, com total isenção e sem se deixar impulsionar por qualquer opinião, preconceito ou pré-conhecimento.

As atividades desempenhadas durante os trabalhos do IPM, que são preparatórias do processo penal e que se prestam para o esclarecimento de fatos penalmente relevantes, recebem diversas denominações doutrinárias, dentre as quais: investigação criminal; investigação preliminar; atividade policial judiciária, instrução preliminar e instrução extraprocessual preparatória.

Acerca dessas denominações, primeiramente destaca-se que, conforme lições de (DE OLIVEIRA, p. 21, 2014), o termo investigação não abrange toda a gama de atividades desenvolvidas em um IPM, visto que indica apenas pesquisa, indagação, deixando de contemplar os trabalhos tendentes à condução de dados fáticos e elementos de convicção que contribuam para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público.

A expressão que parece melhor contemplar as atividades desenvolvidas num IPM é “instrução extraprocessual preparatória”. Instrução por ser mais ampla do que investigação, extraprocessual pois nessa fase ainda não existe relação processual - que somente será formada após aceitação da denúncia ou queixa - e preparatória por visar a busca de um mínimo de elementos para a sustentação de uma causa penal ou de um pedido de arquivamento.

a instrução extraprocessual preparatória pode ser definida como: conjunto de atividades prévias que caracterizam a busca e coleta de informações de relevância penal, pela autoridade competente, capazes e suficientes para uma cognição convergente para um juízo de probabilidade necessário à propositura da ação penal, ou arquivamento como contraponto. (Oliveira, p.22, 2014).

3 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

O direito processual penal militar guarda estreita relação com diversos ramos do direito e com outras ciências. É com o direito processual penal comum, no entanto, que possui maior vinculação, seja por previsão expressa do CPPM - que no artigo 3º, alínea “a”, determina que os casos omissos na legislação processual castrense sejam supridos pela legislação comum -, seja pela robustez de sua doutrina e jurisprudência ou ainda pela já citada amnésia legislativa militar pátria.

Por esse relacionamento com o processo penal comum, serão trazidas a seguir características que são comuns entre os institutos, militar e comum, utilizando-se de doutrina, jurisprudência e legislação de ambos, quando cabível. As características a seguir possuem importância para o tema em estudo e prestar-se-ão para a formação da opinião do leitor e para o delineamento das conclusões deste trabalho.

3.1 OBRIGATORIEDADE

Característica extraída do art. 10, alíneas “a” e “f” do CPPM. O IPM será instaurado pela autoridade militar com jurisdição ou comando no local da infração penal militar, assim que essa autoridade tiver ciência da ocorrência de fato com contornos típicos de ilícito penal militar.

Não necessita de provocação para ser instaurado, sendo ato obrigatório diante da notícia de uma infração penal militar.

Quanto à instauração não tem a autoridade policial militar nenhuma discricionariedade, o poder nesse momento é vinculado, ou seja, não se levarão em consideração aspectos de conveniência ou de oportunidade.

3.2 FACULTATIVIDADE

Esta característica, em sede de início de persecução penal, é de análise necessariamente anterior à obrigatoriedade, pois é causa de não incidência desta.

Por disposição dos art. 27 e 28 do CPPM, o IPM é facultativo ou dispensável, desde que existam elementos de convicção que permitam ao Ministério Público formar sua opinião acerca dos fatos, a fim de subsidiar a denúncia ou propor o arquivamento dos documentos. Essa Convicção pode ser trazida por elementos produzidos pelo auto de prisão em flagrante delito ou por documentos e dados fornecidos por outros meios, desde que lícitos.

Destarte, o IPM não é fase obrigatória da persecução penal, no entanto, o Ministério Público, em grande parte das vezes, dele se vale para extrair elementos de prova para formar sua convicção sobre o ilícito em estudo e, quando convencido da justa causa, oferecer a denúncia.

Apesar de dispensável, quando for realizado deverá produzir o máximo de resultados possível, atendendo assim aos princípios de economicidade e eficiência, questão que será tratada novamente ao final deste trabalho.

3.3 INDISPONIBILIDADE

A autoridade policial militar não pode abandonar a investigação ou determinar o arquivamento do IPM, lhe sendo lícito apenas sugerir esta providência.

Por mais que no curso da instrução extraprocessual preparatória comprove-se a inexistência do ilícito ou que este não é de natureza militar, a autoridade policial militar deverá dar curso ao feito, relatando suas convicções, não podendo determinar seu arquivamento, sendo esta incumbência privativa do judiciário, sob

proposição do Ministério Público.

3.4 PROCEDIMENTO ESCRITO

Deve ser escrito em um só processado, conforme disposto no art. 21 do CPPM, apesar de não estar sujeito a formalidades indeclináveis, no que segue o prescrito na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal comum, item XVII “um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos. (...) É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação e defesa”.

Essa característica atualmente deve ser interpretada como a obrigatoriedade de que os atos do inquérito sejam registrados por processo perene, seja por meio de digitação e impressão ou por meio magnético, consoante se depreende do § 1º, do art. 405 do CPP, que após a alteração promovida pela Lei nº 11.719/08, determina que, sempre que possível, os depoimentos serão registrados por meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar.

3.5 OFICIALIDADE

O inquérito policial militar é uma atividade exclusivamente realizada por órgão oficial, não podendo ficar a cargo do particular, em face da exclusividade conferida ao Estado quanto ao uso da força.

Não há na legislação processual penal, militar ou comum, causas expressas de impedimento ou suspeição da autoridade policial. A única previsão, art. 142 CPPM e 107 CPP, é quanto à suspeição do encarregado, que deverá declarar-se suspeito quando ocorrer motivo legal, que lhe seja aplicável.

A despeito do silêncio da lei, em havendo motivos relevantes para que o encarregado seja considerado suspeito, mesmo este não se declarando como tal, poderá o indiciado manejar *Habeas Corpus*, com base nos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência, visando afastar aquela autoridade.

3.6 SIGILOSO

Regra geral é que os trabalhos do IPM sejam sigilosos - menos por disposição do art. 16 do CPPM do que pela deontologia. Este preceito visa garantir a elucidação dos fatos e resguardar a imagem e a honra de todos os envolvidos na apuração, sendo essas suas únicas justificativas plausíveis.

Esse princípio somente poderá ser flexibilizado para atender a interesse público - como a divulgação por meio da imprensa de informação, foto ou vídeo que contribua para a descoberta de fato ou indivíduo -, ou para garantir o exercício de direito de investigado ou indiciado.

A legislação processual penal, militar e comum, originariamente não fez a devida distinção entre investigado e indiciado. No entanto, com a Lei nº 11.719/08, pela qual se alterou o art. 405 § 1º do CPP, distinguiu-se tecnicamente indiciado e investigado no plano legal.

Investigado é o indivíduo objeto de apuração que não se enquadra à condição de testemunha ou vítima, tampouco podendo ser considerado indiciado por não haver constatação de indício suficiente de sua autoria delitiva, sendo um suspeito cuja autoria delitiva cogita-se apenas por meio de um juízo de possibilidade, não de probabilidade, caso em que figuraria com indiciado.

Não é lícita a divulgação de informações para satisfazer interesse pessoal, midiático ou comercial, de quem quer que seja.

O necessário sigilo do IPM deve se adequar à Constituição Federal de 1988 (CF/88), art. 5º XXXIII - que estabelece o direito ao acesso à informação - e art. 37, sob pena de a autoridade policial responder por abuso de autoridade.

O sigilo é exceção ao art. 5º, XXXIII CF/88. Visa garantir os direitos dos cidadãos e da coletividade, posto que no IPM está se averiguando uma conduta antagônica à lei. A norma tem por objetivo a retributividade social e a ressocialização do delinquente; ao frustrar o acesso do indiciado a determinadas informações, quando justificada a necessidade, atende ao interesse coletivo, visando a aplicação da sanção ao autor do ilícito.

Guarda estreita relação com a Lei nº 8.906, de 4 de Julho de 1994 - Estatuto da OAB -, art. 7º, XIV, que teve a redação alterada pela Lei nº 13.245/16, estabelecendo ser direito dos advogados examinar o IPM, mesmo sem procuração

para tal.

O Supremo Tribunal Federal (STF) se manifestou a respeito por meio da Súmula Vinculante nº 14, aprovada em sessão plenária em 2 de fevereiro de 2009, nos termos seguintes:

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.

A respeito dessa Súmula, o mesmo STF se manifestou a fim de dar-lhe aplicação sem comprometer os objetivos do sigilo, quando necessário, nos termos a seguir, sendo importante trazer o contido no Manual de Formação em Direitos Humanos para as Forças Policiais, editado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas, pelo qual entre os princípios norteadores da atividade investigativa policial verifica-se: “a informação sensível deverá ser sempre tratada com cuidado e o seu caráter confidencial respeitado em todas as ocasiões;” (GRECO, p. 57, 2009).

o acesso amplo aos elementos de prova, ao qual respeita a Súmula Vinculante nº 14, há de ser assegurado, sim, porém não de modo a comprometer o regular e fluente andamento do inquérito policial. Os Trâmites procedimentais referentes às investigações policiais não de ser atendidos, sem antecipações de vista das quais resulte a ampliação de prazos, da defesa, estabelecidos em lei. (STF. Rcl nº 8.173. Ministro Eros Grau).

Pelo desrespeito ao direito de acesso aos elementos de prova já documentados, resta ao advogado manejar ação de Reclamação ao STF, cumulativamente com representação de investigação de crime de abuso de autoridade, podendo subsumir-se a negativa ao art. 3º, alínea “j”, da Lei 4.898/65.

3.7 VALOR PROBATÓRIO REDUZIDO

O processo penal pátrio, militar e comum, é regido pelo princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, conforme se depreende do art. 297 CPPM e 155 CPP.

O dispositivo do CPP foi reformulado pela Lei nº 11.690/08, no qual se verifica *in verbis*:

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. (sem grifos no original)

Se não é permitido ao juiz formar sua convicção, exclusivamente, nos elementos trazidos pelo IPM, é patente que pode se valer desses elementos para formar sua convicção, sob pena de a nova lei conter termos inúteis ou sem sentido, o que contrariaria a técnica de redação de leis, estabelecida pela Lei Complementar 95/98, que deu aplicação ao art. 59 da CF/88.

A técnica redacional no tocante a elaboração legislativa encontra sua primeira normatização na Constituição Federal, nos seguintes termos:

art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:
(...)
III - leis ordinárias;
(...)
parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

A normatização determinada no parágrafo único do artigo constitucional supracitado, foi realizada por meio da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, conforme se segue:

art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:
I - para a obtenção de clareza:
a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;
II - para a obtenção de precisão:
b) expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;
c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

Assim, essa característica, apesar de vigente, não o é de forma absoluta, pois já no IPM deve haver coleta efetiva de provas que tenham o condão de serem aproveitadas em juízo.

3.8 DISCRICIONARIEDADE NA CONDUÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES

A autoridade que o presida o IPM deverá escolher as diligências que irão ser realizadas para a elucidação do ilícito, sendo viável aos envolvidos requerer diligências, que poderão ou não ser atendidas, a juízo do Encarregado.

A autoridade policial tem poder discricionário para escolher as diligências que irá realizar no IPM, dentro de uma margem de atuação, havendo diligências de cunho vinculado, a exemplo do exame de corpo de delito, que é obrigatório nos delitos que deixem vestígios.

A despeito dessa discricionariedade, é certo que a autoridade policial deverá, em obediência ao art. 37 CF/88, motivar todo e qualquer ato de indeferimento de produção de diligência requerida. A mera menção ao entendimento de que a providência requerida é procrastinatória ou que o IPM é ato inquisitivo - portanto sem previsão de contraditório -, não nos parece cabível, devendo haver motivação justa para o indeferimento.

Assim, ao contrário do que se propala, as diligências não ficam ao exclusivo talante da autoridade policial, especialmente quanto a solicitações que envolvam provas perecíveis, de difícil repetição ou que sua falta ou insuficiência possa comprometer a busca pela verdade processual.

Um dos atos de maior repercussão no IPM é o indiciamento, compreendido como a imputação a alguém da provável prática de crime de natureza militar. Pela importância do ato, deve ser motivado, não estando, portanto, circunscrito ao poder discricionário, sendo ato vinculado; se houver justo motivo, o indiciamento tem que ser feito, se não houver, não pode ser feito. Contra o ato jurídico do indiciamento cabe *Habeas Corpus*.

3.9 INQUISITORIEDADE

As atividades persecutórias concentram-se nas mãos do Encarregado, não existindo, pela doutrina majoritária, contraditório ou ampla defesa, tendo em vista que todas as funções estatais estão concentradas na figura da autoridade policial, não havendo, desse modo, acusação formada, nem defesa técnica obrigatória.

No IPM não há lide, posto não existir conflito de interesses, assim, não

haveria, para a doutrina majoritária, contraditório e ampla defesa, previstos constitucionalmente no art. 5º, LV.

No entanto, tem ganhado espaço o movimento doutrinário no sentido de que esses princípios constitucionais se aplicam também na fase pré-processual, quando houver compatibilidade, sendo esses os temas centrais do presente estudo.

O entendimento vigente majoritariamente é de que, muito embora o interrogatório do indiciado seja peça de defesa, o advogado deste não tem direito a se manifestar durante o ato, não podendo interferir; solicitando o direito de fazer perguntas, estas serão realizadas a critério da autoridade policial.

A doutrina prevalente entende que o inquérito é inquisitivo, “pois nele não existe a figura do contraditório, e a autoridade dirige as investigações como bem quiser, isto é, sem um procedimento prévio a ser obedecido”. (TOURINHO FILHO, p. 3, 2009).

4 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

A despeito dos fortes laços entre si, os princípios do contraditório e ampla defesa - art. 5º, LV CF/88 “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” - são autônomos, conforme doutrina a seguir:

ampla defesa, embora tratada constitucionalmente junto com o contraditório, com ele não se confunde. Aquele se refere à garantia da efetiva participação no processo, em nível da ação ou da defesa; essa à amplitude do exercício dessa participação. No texto da norma que prevê ambas as garantias, há inclusive um trecho que se refere apenas à ampla defesa e que está na sua parte final, após a vírgula. A utilização do pronome ela (feminino) indica claramente essa situação. (RODRIGUES, p. 47, 2013).

Ampla defesa e contraditório têm relação com os direitos e garantias fundamentais, originados no ano de 1213, na Inglaterra, durante o reinado de João Sem Terra, em virtude das ofensas aos direitos e liberdades individuais, culminando na Revolução Francesa e com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Após a segunda guerra mundial, com a criação da Organização das Nações

Unidas, os direitos humanos ganharam maior adesão e repercussão mundial, contribuindo para os esforços pelo convívio harmônico e pacífico em diversas regiões do planeta.

No estado democrático de direito é proibida a autotutela, ou ação de direito material. Sendo assim, o Estado avocou para si o direito/obrigação da persecução penal, do julgamento e do cumprimento da pena. Se concentrou essa atividade em si, tem por obrigação fazê-lo com eficiência, no fito de que os administrados se satisfaçam com a prestação de serviço e não sejam levados a procurar vias transversas de “justiça”.

Para bem atender a esse mister, deve o Estado prover o investigado ou indiciado de instrumentos para contribuir na busca da verdade processual, franqueando-lhe os meios de ampla defesa e contraditório, exceção feita a atos que comprometam a elucidação do ilícito ou procrastinem o feito.

4.1 CONTRADITÓRIO

Havendo uma tese, obrigatoriamente deve haver uma antítese. Contraditório, na fase processual, é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega algo, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe oportunidade de resposta. Pressupõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e seu direito de resposta ou de reação. Sendo compreendido como:

a garantia de participação no processo como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz e, assim, para o provimento final almejado, a doutrina moderna, sobretudo a partir do italiano Elio Fazzalari, caminha a passos largos no sentido de uma nova formulação do instituto, para nele incluir, também, o princípio da *par conditio* ou paridade de armas, na busca de uma efetiva igualdade processual. O contraditório, então não só passaria a garantir o direito à informação de qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos - vistos, assim, como garantia de participação -, mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade. (DE OLIVEIRA, p. 33, 2009).

Ou ainda, quando se estuda o instituto em face do direito constitucional,

aplicável a todos os ramos do direito pátrio, em especial em termos de *ultima ratio*:

contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*) pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (DE MORAES, p. 109, 2009).

4.2 AMPLA DEFESA

“Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário.” (DE MORAES, p. 106, 2009).

Dessa feita, o princípio da ampla defesa tem como fundamento o direito de alegar fatos relevantes juridicamente e a possibilidade de comprová-los por quaisquer meios de prova em direito admitidos.

“Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”. (DE OLIVEIRA, p. 36, 2009).

Este princípio, é de tão sorte significativa, que podem ser encontradas referências a ele até nos evangelhos, João (7,51), quando perquire: “Por ventura condena a nossa lei um homem sem primeiro o ouvir e ter conhecimento do que faz?”

A ampla defesa abrange, pela doutrina majoritária, os seguintes direitos:

1- Direito de Informação, em que nos deparamos com a obrigação para o Estado de informar à parte contrária os atos que vierem a ser praticados e sobre os elementos ali constantes, exteriorizando, assim, o princípio do contraditório.

2- Direito de Manifestação, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se, seja na forma oral ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes.

3- Direito de ver os seus argumentos considerados, exigindo do julgador a capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas.

5 CONTRADITÓRIO NO IPM

Como antecipado neste trabalho, é majoritária a concepção doutrinária de que o contraditório é descabido no IPM, conforme excerto a seguir:

o contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigativa é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público. (DE MORAES, p. 108, 2009).

Há, no entanto, jurisprudência que contempla esse direito já na fase pré-processual - mesmo que de forma mitigada -, a despeito de o julgado se referir a inquérito comum, tem exata aplicação ao inquérito castrense:

o inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade. Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente - sequer de forma concomitante - os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão. Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório. Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal. Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado. (Inq 2266, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno - STF, julgamento em 26.5.2011, DJe de 13.3.2012)

Reitera-se que majoritariamente a doutrina nacional entende descabido o contraditório em sede de fase pré-processual, no entanto, já existem autores que o defendem, fazendo-o com base em princípios constitucionais, de direitos humanos e sociológicos.

é histórica a dificuldade que sociedade tem em compreender a missão do advogado criminal. Especialmente nos casos que abalam a opinião pública, não se compreende que o advogado seja não um defensor do crime, mas porta-voz dos direitos e das garantias do acusado. Aliás, direitos e garantias que são de todos, inocentes ou culpados. E mais, caso tais garantias venham a ser violadas em um caso concreto, poderão sê-lo em

quaisquer outros, independentemente de culpa. (DE OLIVEIRA, p. 7, 2010)

A mitigação do contraditório e da ampla defesa no IPM tem por objetivos principais evitar o tumulto nos trabalhos - pois a concessão plena dos direitos levaria a uma extensa busca de provas, causando uma indevida perpetuação do feito na fase administrativa -, e garantir o sigilo necessário às investigações.

Entende-se que paulatinamente o conceito restritivo de contraditório na fase pré-processual vem sendo enfraquecido e já identificam-se manifestações desse princípio, mesmo antes da formação do processo.

O indiciamento, compreendido como ato administrativo de grande importância, necessita de justa causa para ser realizado, não estando sujeito ao alvedrio da autoridade policial. (TJ-PI, HC 2012200010022356 PI, Rel. Dês. Sebastião Ribeiro Martins, 2ª Câmara Especializada Criminal, Julg. em 05.06.12). Portanto, a falta de motivação justa pode ensejar a impetração de *Habeas Corpus*, que aqui seria expressão do contraditório.

O acusado, salvo motivo cabalmente motivado, tem direito a fazer juntar aos autos do IPM documentos que entenda importantes para a elucidação dos fatos, contribuindo para a formação da opinião do Ministério Público, conforme se depreende do voto do HC 92.599 - STF. 6.11.2007, no qual o ministro Gilmar Mendes aceitou pedido de liminar, ao assessor de um ex-ministro de Minas e Energia, para garantir seu direito de juntar laudo pericial em sua defesa no inquérito policial da Polícia Federal.

A Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 - identificação criminal -, que teve por objetivo adequar os critérios da identificação criminal ao texto da CF/88, art. 5º LVIII, estabelece que esta pode ser feita por requerimento da Defesa; esse pedido tem que ser deferido pela autoridade policial, podendo prestar-se, por exemplo, para comprovar negativa de autoria, contraditando, com isso, imputação a ele feita.

A autoridade policial poderá, no curso do IPM, conforme disposição do art. 254 do CPPM, representar pela decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública, com base na gravidade em concreto do crime, não bastando simples alusão a uma gravidade abstrata. Essa gravidade concreta, por seu turno, por afetar o direito material do indiciado, traz a este o interesse em reagir, portanto o direito de manifestação para impedir ou reverter essa prisão.

6 AMPLA DEFESA NO IPM

Há jurisprudência conferindo este direito ao indiciado, mesmo que o seja de maneira minoritária e mitigada.

a situação de ser indiciado gera interesse de agir, que autoriza se constitua, entre ele e o Juízo, a relação processual, desde que espontaneamente intente requerer no processo ainda que em fase de inquérito policial. A instauração de inquérito policial, com indiciados nele configurados, faz incidir nestes a garantia constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. (STF, RT 444:409)

A extensão desse direito na fase pré-processual tem ganhado terreno também na doutrina.

assegurar o direito de defesa é defender a sociedade. A nova lei nº 13.245/16 deixa claro que o direito de defesa e o contraditório devem ser assegurados também no curso do inquérito policial ou de qualquer outro procedimento administrativo que vise à apuração de infrações, sendo certo que o cerceamento desse direito acarretará a nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento, bem como de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente. (Maciel Filho, 2016. p, 56)

A Súmula Vinculante nº 14, STF, já colacionada e comentada, que estabelece o direito ao acesso pelo advogado do indiciado ou investigado às peças e termos já juntados ao inquérito, é nítida demonstração desse instituto.

O indiciado ao ser ouvido tem direito de dar sua versão dos fatos ou mesmo permanecer em silêncio, sendo estas expressões de defesa pessoal; ao estudar o Art. 306 CPPM, que faz referência ao processo e não ao IPM, verificamos: “O interrogatório deixou de ser apenas meio de prova para tornar-se, principalmente, meio de defesa do acusado, permitindo que este apresente sua versão sobre os fatos (autodefesa), sem ser constrangido a fazê-lo. (DE ASSIS, p. 154, 2008).

Quanto ao direito de permanecer calado, não é descabido lembrar que esse direito é cabível desde a prisão em flagrante delito - quando houver -, momento em que o preso deverá ser alertado sobre essa garantia, dentre outras. Esse direito representa a aplicação dos conhecidos “Avisos de Miranda” no direito brasileiro, ao qual devem ser adaptados.

Quanto à necessidade de advertência sobre o direito de permanecer calado, destaca-se a seguinte decisão:

ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. (...) O direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio (...) e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la. (STF – HC 78.708-1 – Rel. Sepúlveda Pertence).

A presença de advogado durante todas as fases do IPM, mesmo que com atuação limitada, é direito potestativo do indiciado, e visa ao exercício de direitos, inclusive à ampla defesa.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A despeito do entendimento ainda em vigência para a maioria da doutrina e jurisprudência, pelo qual na fase pré-processual inexistente ampla defesa ou contraditório - opinião centrada na necessidade de se garantir o andamento célere e sem percalços dos trabalhos e na necessidade de se garantir o sigilo das investigações -, mesmo para esses juristas não há inquisitorialidade absoluta no IPM, vez que é lícito ao indiciado requerer qualquer diligência, que será ou não realizada pela autoridade, a seu juízo.

Para a parcela da doutrina com entendimento diverso, já nessa fase o investigado ou indiciado tem direito a iniciar sua defesa “a violação aos direitos e garantias processuais é uma ofensa direta ao acesso à justiça, tema muito caro ao Processo Constitucional atual.” (PIMENTEL, p. 25, 2015).

Correto é afirmar que no interrogatório policial não existe uma relação dialética entre acusador e acusado, não havendo perguntas das partes. No entanto, a nosso aviso, essa peculiaridade no IPM tende a ser modificada.

O art. 212 do CPP - com redação dada pela Lei 11.719/08 -, determina que, em juízo, as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha. Temos a expectativa que esse direito, a pedido dos advogados dos indiciados ou investigados, em breve possa ser estendido a estes pela jurisprudência.

No interrogatório é lícito ao indiciado permanecer em silêncio, podendo também, se preferir, apresentar sua versão para os fatos, o que se afigura como verdadeira defesa oral em relação à imputação. O indiciado possui inclusive o direito de não participar de nenhum ato do IPM nem de colaborar com eles:

em princípio, se não houver flagrante ou ordem judicial para a condução do indiciado à Delegacia de Polícia, e se este (qualquer indiciado), devidamente intimado do dia e local para tanto, não comparecer, sua atitude deve ser entendida como a de quem preferiu calar-se (HC nº 80.592-PR, ainda que o acórdão se refira a parlamentar). Não seria crível a simples condução daquele que pode, constitucionalmente assegurado, exercer o direito de permanecer calado ou de somente falar em juízo. O não comparecimento do indiciado para ser interrogado não impede a qualificação indireta, nem obsta o regular andamento do inquérito policial ou inquérito policial militar. (DE ASSIS, p. 54, 2014)

Como visto, os defensores constituídos por indiciados e investigados em IPM, têm direito de consultar em qualquer repartição policial as diligências já documentadas nos respectivos autos, inclusive aqueles iniciados mediante auto de prisão em flagrante, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

Tem-se que modernamente, mesmo que paulatinamente, a concepção de que no IPM não há contraditório e ampla defesa está sendo abrandada. Essa flexibilização se deve em muito pela consciência de que, embora não possuindo caráter condenatório, pode, sem sombra de dúvida, provocar consequências na esfera privada do indiciado. Portanto, se passível de sofrer danos, nada mais justo que lhe seja franqueado o acesso ao direito de se defender ainda na fase pré-processual.

A Lei 8.906, de 4 de Julho de 1994 - Estatuto da OAB -, art. 7º XIV, estabelece ser prerrogativa dos Advogados consultar os autos de IPM, mesmo que ainda não findos. Assim, embora a participação de advogado não seja obrigatória no curso do IPM, em sendo decidido pelo indiciado ou acusado que este profissional o acompanhará, passa a ser obrigatório à autoridade policial lhe dar acesso aos autos correspondentes.

O IPM por certo se presta para a formação da opinião do Ministério Público acerca dos fatos, e para ao final do processo contribuir para a fundamentação da sentença, obedecendo ao livre convencimento do Juiz, exigência do art. 93, IX, da CF/88.

Na sentença, se condenatória, o Juiz deverá promover a dosimetria da pena, para o que considerará a personalidade do agente criminoso, art. 69 do Código Penal Militar e art. 59 Código Penal comum. A personalidade, por sua vez, está vinculada às qualidades morais, às distorções de caráter, à índole do sujeito, que são extraídos de sua forma habitual de ser, agir e reagir.

Para subsidiar a formação desse convencimento do Juiz, o IPM é instrumento dos mais valiosos, visto que coteja os indícios, provas e também informações referentes à pessoa do então indiciado, que podem demonstrar traços de personalidade, dentre os que se seguem:

podemos citar como aspectos negativos da personalidade que demonstram o modo de ser de um determinado indivíduo: “agressividade, frieza emocional, insensibilidade acentuada, passionalidade exacerbada, maldade, irresponsabilidade no cumprimento das obrigações, ambição desenfreada, insinceridade, desonestidade, covardia, hostilidade no trato, individualismo exagerado, intolerância, xenofobia, racismo, homofobia, perversidade, dentre outros. (NUCCI, p. 207, 2005).

Admitir que o IPM não contribuirá para a formação da *opinio delicti* pelo órgão da acusação, e que não se prestará para formar o convencimento do Juiz ou para seu raciocínio, que levará à compreensão da personalidade do condenado, é concluir que a fase pré-processual não possui prestabilidade ou eficácia jurídica, portanto configura-se como um labor inútil, que apenas consome grandes somas do erário.

Raciocínio inverso, de que o IPM se presta aos fins acima, leva à conclusão de que sua condução deva ser o mais hábil e completa possível, portanto tem que evitar produzir peças imprestáveis juridicamente. “A partir do momento em que o Estado monopoliza o direito de punir, inclusive definindo como crime o exercício arbitrário das próprias razões, passa a ter o dever de exercitá-lo com eficiência.” (PIMENTEL, p. 43, 2015).

Destarte, no IPM estão presentes sim a ampla defesa e contraditório, mesmo que de maneira mitigada, diferente destes direitos em juízo, quando deles não se pode dispor. Isso não retira do IPM sua característica inquisitorial, que para ser invocada quando da motivação da denegação dos pedidos do indiciado ou investigado, obrigatoriamente terá que lastrear-se em outros fundamentos de fato e de direito, não apenas na rasa e restritiva interpretação literal da inquisitorialidade

absoluta.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11/12/2016.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11/12/2016.

BRASIL. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em: 11/12/2016.

BRASIL. **Lei nº 4.898**, 9 de dezembro de 1995. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 11/12/2016.

BRASIL. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 11/12/2016.

BRASIL. **Lei nº 12.037**, de 1º de outubro de 2009. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em: 11/12/2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 95**, 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm>. Acesso em: 11/12/2016.

DE ASSIS, Jorge Cesar. **CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR ANOTADO**. Vol. 2. Curitiba: Juruá, 2008.

DE ASSIS, Jorge Cesar. **REVISTA JURÍDICA CONSULEX**. nº 417. Brasília: 2014.

DE MORAES, Alexandre. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DE OLIVEIRA, Alessandro José Fernandes. **ESTUDOS AVANÇADOS DE DIREITO APLICADO A ATIVIDADE POLICIAL**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris / Direito, 2014.

DE OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz. **REVISTA JURÍDICA CONSULEX**. nº 328. Brasília: 2010.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **CURSO DE PROCESSO PENAL**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GRECO, Rogério. **ATIVIDADE POLICIAL**. Niterói/RJ: Impetus, 2009.

MACIEL FILHO, Euro Bento. **REVISTA JURÍDICA CONSULEX**. nº 456. Brasília: 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA**. São Paulo: RT, 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **REVISTA PRÁTICA JURÍDICA**. nº 134. Brasília: 2013.

PIMENTEL, Fabiano. **APONTAMENTOS DE PROCESSO PENAL GARANTISTA**. Brasília: Consulex, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **PRÁTICA DE PROCESSO PENAL**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.