

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA
CURSO DE DIREITO

NICOLAI DA CUNHA CARDOSO

**A LEI 13.245/2016 E A INCIDÊNCIA DA AMPLA DEFESA E
CONTRADITÓRIO NA FASE PRÉ PROCESSUAL DO PROCESSO
CRIMINAL.**

CARANGOLA
2016

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA
CURSO DE DIREITO

NICOLAI DA CUNHA CARDOSO

**A LEI 13.245/2016 E A INCIDÊNCIA DA AMPLA DEFESA E
CONTRADITÓRIO NA FASE PRÉ PROCESSUAL DO PROCESSO
CRIMINAL.**

Monografia apresentado ao Curso de
Direito das Faculdades Doctum de
Carangola, como requisito à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual
Penal

Orientadora: Danielle Alves Ribeiro

CARANGOLA

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: **A LEI 13.245/2016 E A INCIDÊNCIA DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NA FASE PRÉ PROCESSUAL DO PROCESSO CRIMINAL.**

Elaborada pelo Aluno: **Nicolai da Cunha Cardoso**

Foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, Unidade Doctum de Carangola, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Carangola _____ de _____ de _____

Dra. Danielle Alves Ribeiro

Orientadora

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

A Deus, por permitir minha presença nesse mundo, por ter me dado oportunidades e colocado em minha vida todos os demais motivos de meus agradecimentos.

A vida, por ter sido boa comigo, até mesmo nas horas ruins e por me abrir uma janela a cada porta que se fecha.

Agradeço a minha saudosa mãe Edna, minha heroína, que apesar de ter feito a passagem para outro mundo há 12 anos, está sempre presente espiritualmente comigo, em todos os momentos.

Ao meu pai Hamilton, por ser o meu apoiador incontestável em tudo que resolvi fazer em minha vida, apesar de nossas diferenças de pensamento, esteve sempre a meu lado.

A minha madrastra Gessy, que foi e é minha mãe de coração e de criação, me mostrou que é possível conquistar o impossível, e me deu todo apoio que precisei.

Aos meus irmãos Phelipe, Ranieri, Polyana, Gabriela e Nádia, que apesar de não estarmos tão próximos em todos os momentos de minha vida, são e serão sempre meus eternos amigos.

A minha amada companheira Walkíria, meu porto seguro, por estar presente nesta árdua caminhada, me apoiando incondicionalmente, que me mostrou que é possível perdoar quando se ama de verdade, me dando suporte e propiciando um ambiente excelente para a vida acadêmica.

Agradeço a todos os professores por me proporcionarem o conhecimento não apenas racional, mas a manifestação do caráter e afetividade da educação no processo de formação profissional, por tanto que se dedicaram a mim, não somente por terem me ensinado, mas por terem me feito aprender. A palavra mestre, nunca fará justiça aos professores dedicados, os quais, sem nominar, terão os meus eternos agradecimentos.

Meus agradecimentos aos meus colegas de classe, companheiros de trabalhos e irmãos na amizade, que fizeram parte da minha formação e que vão continuar presentes em minha vida com toda certeza.

Agradeço ainda, a minha querida mestre e, se Deus permitir, futura colega de profissão, Dra. Danielle Alves Ribeiro, por ter contribuído de maneira imensurável para minha vida acadêmica e no âmbito do direito.

DEDICATÓRIA

Dedico essa monografia a todos os servidores das polícias judiciárias brasileiras, que envidam imensuráveis esforços para trazer segurança para todas as pessoas, arriscando suas vidas cotidianamente, por amor a profissão, mesmo sendo pouco valorizados pelo Governo e quase nunca reconhecidos como dignos de respeito pela mídia e pela população em geral. Força e Honra guerreiros!

“A Polícia Civil segue avante

A virtude se torna o dever

A coragem é o lema constante

Tua lei é a Lei defender”.

(Trecho do hino da Polícia Civil de MG)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo tratar da importância dos elementos informativos colhidos durante a investigação policial para a produção de provas no processo criminal. A pesquisa baseou-se inicialmente na questão da ampla defesa e contraditório, comumente invocada pela doutrina, no que tange ao fato do inquérito policial ter como principal característica ser inquisitivo e sigiloso. Com o sancionamento da Lei n. 13.245/2016, abriu-se uma lacuna jurídica pois, tanto a natureza inquisitorial do inquérito policial, quanto a ampla defesa e contraditório, passaram a ser questionados pelos doutrinadores durante a fase pré-processual da apuração de crimes. A discussão doutrinária acerca da possibilidade de a autoridade policial conduzir a investigação policial com cunho inquisitorial é vasta, tendo recebido críticas daqueles que acreditam que o advogado deve estar presente também nesta fase pré-processual. Desta feita, tem-se que a questão deve ser debatida com mais afinco, para que se consiga trazer à baila da doutrina maiores esclarecimentos acerca deste tema.

Palavras-chave: investigação preliminar; Lei 13.245/2016; elementos informativos; inquérito policial; ampla defesa e contraditório.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- CPP** Código de Processo Penal;
- MP** Ministério Público;
- IP** Inquérito Policial;
- CRFB** Constituição da República Federativa do Brasil;
- CADH** Convenção Americana de Direitos Humanos;
- IMEI** *International Mobile Equipment Identity* (Identificação Internacional de Equipamento Móvel);
- OAB** Ordem dos Advogados do Brasil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 INQUÉRITO POLICIAL	12
1.1 Considerações gerais	12
1.2 Características do Inquérito Policial.....	14
1.2.1 Discricionariedade.....	14
1.2.2 Escrito.....	14
1.2.3 Sigiloso.....	15
1.2.4 Oficialidade.....	15
1.2.5 Oficiosidade.....	15
1.2.6 Indisponibilidade.....	16
1.2.7 Inquisitivo.....	16
1.2.8 Autoritariedade.....	17
1.2.9 Dispensabilidade.....	17
1.3 Formas de iniciar um Inquérito Policial.....	18
1.4 Valor probatório dos elementos informativos.....	18
CAPÍTULO 2 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO	20
2.1 Conceito de ampla defesa e contraditório.....	20
2.2 Entendimentos doutrinários acerca a aplicabilidade dos princípios à fase pré-processual	21
CAPÍTULO 3 A LEI 13.245/2016 E SEUS DESDOBRAMENTOS NA DOUTRINA PROCESSUAL PENAL.....	26
3.1 A Lei 13.245/2016, breves considerações.....	26
3.2 Comentários sobre a Lei 13.245/2016.....	28
3.3 A aplicabilidade da ampla defesa e contraditório no inquérito policial em virtude da vigência da Lei 13.245/2016	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
REFERÊNCIAS	37

INTRODUÇÃO

A presente Monografia tem como objeto a análise da incidência dos princípios da ampla defesa e contraditório durante a fase pré-processual do processo criminal, a saber, durante a produção dos elementos informativos no inquérito policial, em decorrência da vigência da Lei n. 13.245/2016, que alterou a Lei n. 8.906/1994 – Estatuto da OAB, possibilitando aos advogados maior interferência nas diligências que são realizadas no inquérito policial.

O objetivo geral da presente Monografia é tentar estabelecer uma conexão entre o que está previsto na Lei n. 13.245/2016 e a possibilidade de incidir, de forma direta, os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório durante a fase do inquérito policial.

Tem ainda como objetivos específicos trazer ao estudo posições doutrinárias diversas a respeito do tema; Estabelecer uma relação entre as fases pré-processual e processual no que concerne à questão da tomada de depoimentos, haja vista que a nova lei estabelece que em caso de não assistência de advogado durante interrogatórios na fase investigatória poderá acarretar ao inquérito nulidade absoluta dos atos produzidos; e ainda tratar a questão da possibilidade dos elementos informativos poderem ser convertidos em prova durante o processo, levando em consideração que a presença do advogado passou a ser indispensável também na fase pré-processual.

Quanto a metodologia empregada, registra-se que, a aludida pesquisa tem natureza teórico-dogmática e jurídico exploratório, pois visa o conhecimento de caráter doutrinário bem como as jurisprudências referentes a aplicabilidade dos princípios da ampla defesa e contraditório na fase inquisitiva do processo penal, em decorrência do leque ampliado de influência do advogado nesta fase, que foi concedida pela promulgação da Lei n. 13.245/2016, em 12 de janeiro do presente ano.

O estudo teve como fontes primárias as normas constitucionais e as infraconstitucionais relacionadas ao inquérito policial, ao processo penal, além de análise doutrinária e jurisprudencial. Foram utilizadas fontes secundárias relacionadas à produção doutrinária (livros, artigos científicos, etc.).

O interesse pelo tema deu-se em razão da necessidade de se estabelecer premissas básicas de um estudo teórico destinado a analisar a efetivação de normas previstas na Lei n. 13.245/2016, diante do impasse doutrinário que está atualmente sendo analisado pelos mais renomados doutrinadores do direito processual penal, sendo que é preciso analisar

a esfera do alcance que será dado ao processo penal em si, pois tem-se que a Lei é muito atual, e seu reflexo no mundo jurídico começa a aparecer agora.

É essencial tal apreciação, pois abriu-se uma grande lacuna jurídica e doutrinária acerca do alcance dos princípios da ampla defesa e contraditório com a promulgação da Lei n. 13.245/2016, surgindo assim a necessidade de mais estudos a respeito de tal inovação jurídica.

O tema é juridicamente relevante, pois tem por objetivo analisar a efetividade de tais alterações no alcance do advogado ao inquérito policial, que passa atuar como peça fundamental nesta fase da persecução penal, sendo certo que antes era tido como dispensável a esta fase investigatório, da forma que sua ausência em nada comprometia o trabalho do delegado e investigadores da polícia judiciária.

A pesquisa foi desenvolvida tendo como base o seguinte problema:

- É possível haver durante o inquérito policial a incidência dos princípios da ampla defesa e contraditório em virtude da vigência da Lei n. 13.245/2016?

Diretamente relacionada ao problema apresentado, foi formulada a seguinte hipótese:

- Em se tratando de Processo Penal e Inquérito Policial, em que construções doutrinárias são fundamentais para o entendimento acerca de tais temas por todos os estudiosos do direito, acredita-se que o acesso irrestrito do advogado aos autos do Inquérito Policial, na forma como prevê a Lei n. 13.245/2016, poderá desnaturar o caráter inquisitivo da fase pré-processual, o que acarretará mudanças significativas para uma nova visão doutrinária quando se refere às características do Inquérito Policial, bem como ao aproveitamento dos elementos informativos colhidos nesta fase e sua possível conversão em provas, as quais serão utilizadas para o convencimento motivado do magistrado ao proferir sentença penal.

Para uma melhor abordagem destas questões pertinentes ao alcance da ampla defesa e contraditório na fase do Inquérito Policial na vigência da Lei n. 13.245/2016, o presente trabalho foi dividido em 3 capítulos.

Principia-se, portanto, no Capítulo 1, que trata do Inquérito Policial em si, bem como a apresentação de suas peculiaridades e características, destacando neste a análise dos doutrinadores mais respeitados no Direito Processual Penal brasileiro, tais como Nucci, Távora, Lopes Jr, Brasileiro de Lima, Capez, Avena, dentre os demais que foram apresentados neste estudo.

No Capítulo 2, aborda-se os princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, de modo a conceituá-los de modo geral e apresentar também o posicionamento dos doutrinadores acima descritos acerca da aplicabilidade e incidência dos princípios durante a fase pré-processual do processo criminal.

No Capítulo 3, tem-se a apresentação da Lei n. 13.245/2016, na íntegra, bem como a análise do impacto que esta Lei teria no Inquérito Policial, proposta por alguns estudiosos do Direito. Analisa-se os conceitos doutrinários aqui suscitados, de forma a tentar estabelecer uma conexão entre o entendimento doutrinário e a efetividade da inovação legislativa, acerca da possibilidade dos princípios constitucionais da Ampla Defesa e Contraditório alcançarem a esfera do Inquérito Policial, em decorrência do maior envolvimento do advogado nesta fase. Haverá uma tentativa de diagnosticar o efeito prático desta Lei na atividade policial e processual brasileira.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, estabelecendo uma breve síntese de cada capítulo e demonstrando-se a hipótese básica da pesquisa de modo a verificar se a mesma restou ou não confirmada.

CAPÍTULO 1 INQUÉRITO POLICIAL

1.1- Considerações gerais

O direito à segurança pública é garantido mediante implementação de políticas públicas e assegurado pela CRFB/1988, conforme preceitua seu art. 144, senão vejamos:

Art. 144. A segurança pública, *dever do Estado*, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Tal garantia constitucional significa dizer que o Estado tem o dever de manter e utilizar mecanismos para oferecer segurança pública. Assim como citado por Guilherme Nucci, cabe aos órgãos constituídos das polícias federal e civil conduzir as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal (NUCCI, 2016, p.55).

Isso significa que a persecução penal se inicia por intermédio dessa investigação criminal, por meio do Inquérito, momento em que o Estado junta elementos para acusar e punir. Nesse sentido, Paulo Rangel esclarece que Inquérito Policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios - *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal (RANGEL, 2015, p. 71).

É a partir do IP, portanto, que se tem a possibilidade de iniciar a ação penal, além de evitá-la toda vez que não se comprovem os indícios de autoria e materialidade. Ademais, cabe às polícias civil e federal a tarefa de elaborar o inquérito em sua determinada competência, estadual ou federal – conforme estabelecido pela Lei n. 12.830/2013, assim como se percebe em seus artigos 1º e 2º:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.
(...)

Para esclarecer ainda mais o tema, vale citar as lições de Norberto Avena, quando diz que infere-se que aos órgãos constituídos pelas polícias federal e civil, no aspecto relativo à polícia judiciária, cabe a condução das investigações necessárias, obtendo elementos de convicção e formando, com isso, o inquérito que servirá de base à instauração de uma futura ação penal (AVENA, 2014, p.178).

Em síntese, o Estado se vale do inquérito policial, por meio da atuação da polícia, para iniciar a persecução penal, pois o IP nada mais é do que a primeira fase da *persecutio criminis*, sendo certo que a fase seguinte, por lógica, é a ação penal em si.

Portanto, o IP nada mais é do que o pontapé inicial do processo penal, pois presta-se ao MP para basear sua denúncia, bem como ao juiz, para que possa decretar medidas cautelares. Nestes termos, temos as afirmações de Fernando Capez, que afirma que o IP trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CRFB, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares (CAPEZ, 2016, p.148).

Com relação à natureza jurídica do Inquérito Policial, a doutrina é um tanto unânime, pode-se assim afirmar, esta é determinada pelo autor do fato delituoso, bem como pela natureza da infração penal que cometera. Para uma boa conceituação acerca da natureza jurídica vale citar o doutrinador Aury Lopes Jr:

“Quanto à natureza jurídica do inquérito policial, vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré processual. A atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo”. (LOPES JR, 2016, p. 97)

Lopes Jr afirma também que a tarefa de conduzir o inquérito policial é da polícia judiciária, seja na esfera federal ou estadual, em sua visão trata-se de um modelo de investigação preliminar policial, de modo que a polícia judiciária leva a cabo o inquérito policial com autonomia e controle. Contudo, depende da intervenção judicial para a

adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. A polícia brasileira desempenha dois papéis (nem sempre) distintos: a polícia judiciária e a polícia preventiva. A polícia judiciária está encarregada da investigação preliminar, sendo desempenhada nos estados pela Polícia Civil e, no âmbito federal, pela Polícia Federal. Em regra, nenhum problema existe no fato de a polícia civil estadual investigar um delito de competência da Justiça Federal (como o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e demais delitos previstos no art.109 da Constituição); ou de a polícia federal realizar um inquérito para apuração de um delito de competência da Justiça Estadual. Contudo, em geral, a atuação de cada polícia tende a limitar-se ao âmbito de atuação da respectiva Justiça (Federal ou Estadual) (LOPES JR. 2016, p. 98)

1.2 Características do Inquérito Policial

Dentre as características inerentes ao inquérito policial, temos ao menos nove destas tratadas pela doutrina, assim como exposto nos itens a seguir:

1.2.1 Discricionariedade

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Alencar, a fase pré-processual não tem o rigor procedimental da persecução em juízo. O delegado de polícia conduz as investigações da forma que melhor lhe aprouver. O rumo das diligências está a cargo do delegado, e os arts. 6º e 7º do CPP indicam as diligências que podem ou devem ser desenvolvidas por ele (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 136).

Insta salientar que a autoridade policial pode atender ou não aos requerimentos patrocinados pelo indiciado ou pela própria vítima (art. 14 do CPP), fazendo um juízo de conveniência e oportunidade quanto à relevância daquilo que lhe foi solicitado.

1.2.2 Escrito

Tendo em vista que o IP é procedimento administrativo destinado a fornecer elementos ao titular da ação penal, o inquérito, por exigência legal, deve ser escrito, prescrevendo o art. 9º do CPP:

Art. 9º - todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Vale citar também, que tal premissa é válida para os atos produzidos oralmente, que serão reduzidos a termo.

1.2.3 Sigiloso

De forma contrária ao que ocorre no processo, o inquérito não comporta publicidade, sendo procedimento essencialmente sigiloso, vale citar o art. 20 do CPP:

Art. 20 - a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Nestor Távora e Alencar ainda diferenciam o sigilo em duas espécies, sendo estas, sigilo (ou segredo) interno e externo. Quanto ao sigilo externo o doutrinador refere-se àquele imposto para evitar a divulgação de informações essenciais do IP ao público em geral, por intermédio do sistema midiático. Com relação ao sigilo interno, diz daquele imposto para restringir o acesso aos autos do procedimento por parte do indiciado e/ou de seu advogado (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 138).

Para este estudo vale ressaltar que a lei n. 13.245/16 trouxe inovações quanto ao sigilo interno. Em suma, a inovação legislativa prevê que o direito ao acesso pelo advogado com procuração é pleno em relação aos autos de investigação submetidos a sigilo, porquanto já inclusa a documentação. Desde que, logicamente, sejam realizadas diligências já realizadas e documentadas nos autos. O sigilo deve ser oposto restrita e relativamente a terceiros, estranhos à apuração.

1.2.4 Oficialidade

O delegado de polícia de carreira, autoridade que preside o inquérito policial, constitui-se em órgão oficial do Estado, assim como previsto no artigo 144, § 4º, da CRFB/1988.

1.2.5 Oficiosidade

No caso de haver crime de ação penal pública incondicionada, o delegado de polícia deve atuar de ofício, instaurando o inquérito e apurando prontamente os fatos, haja vista que, nesta hipótese, sua atuação decorre de imperativo legal (art. 5º, I, CPP) dispensado, pois, qualquer autorização para agir.

Já nos crimes de ação penal pública condicionada e ação penal privada, isto é, naqueles que ofendem de tal modo a vítima em sua intimidade que o legislador achou por bem condicionar a persecução criminal à autorização desta, ou conferir-lhe o próprio direito de ação, a autoridade policial depende daquela permissão para poder atuar, eis que a própria legislação condicionou o início do IP a este requisito (art. 5º, §§ 4º e 5º, CPP).

1.2.6 Indisponibilidade

A persecução criminal é de ordem pública, e uma vez iniciado o IP, não pode o delegado de polícia dele dispor. Assim, diante de uma circunstância fática, o delegado percebe que não houve crime, nem em tese, não deve iniciar o inquérito policial.

Depreende-se daí que a autoridade policial não está, a princípio, obrigada a instaurar de qualquer modo o IP, devendo antes se precaver, aferindo a plausibilidade na notícia do crime, notadamente aquelas de natureza apócrifa. Entretanto, uma vez iniciado o procedimento investigativo, deve leva-lo até o final, não podendo arquivá-lo, em virtude de expressa vedação contida no art. 17 do CPP (AVENA, 2014, p. 181).

1.2.7 Inquisitivo

Esta característica, assim como o Sigilo, visto no item 1.2.3, é de enorme importância para o presente estudo monográfico, pois ambos foram diretamente afetados pelas inovações legislativas propostas pela Lei n. 13.245/2016.

Para uma melhor definição do que é a inquisitividade no IP, vale citar os ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Alencar:

“O inquérito é inquisitivo: as autoridades persecutórias ficam nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou não da ampla defesa. Na fase pré-processual não existem partes, apenas uma autoridade investigando e o suposto autor da infração normalmente na condição de indiciado”. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 149)

Vale salientar que tal posicionamento doutrinário encontra divergências acerca da do caráter inquisitivo do IP, bem como da aplicabilidade da ampla defesa e contraditório na fase pré-processual, que é o objeto de estudo do presente trabalho monográfico.

Távora e Alencar ainda destacam que a atuação da defesa na fase preliminar tem sido colocada com um desvio de percepção evidente. Tenta-se afastar o direito de defesa (e o contraditório) da fase preliminar, na pressuposição de que eles militariam contra a necessidade da eficiência investigativa, em verdadeiro obstáculo a boa atuação da polícia judiciária (TÁVORA; ALENCAR, 2016. p.150).

Desta feita, depreende-se do entendimento doutrinário de Távora que atenuar o contraditório e o direito de defesa na fase preliminar, por suas próprias características, não pode significar integral eliminação. O IP deve funcionar como um procedimento de filtro, viabilizando a deflagração do processo quando exista justa causa, mas também contribuindo para que pessoas nitidamente inocentes não sejam processadas.

1.2.8 Autoritariedade

O delegado de polícia, presidente do inquérito policial, é autoridade pública, conforme se depreende do art. 144, § 4º, da CRFB.

A Lei n. 12.830/2013 dispõe sobre a investigação criminal conduzida por Delegado de Polícia. Dentre os dispositivos legais pertinentes à característica em tela, especial relevo tem o § 4º, do seu art. 2º, que suscita a ideia de um princípio do delegado natural, na esteira da noção mais geral de um princípio da autoridade natural. O dispositivo prevê que o IP ou outro procedimento previsto em lei somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

1.2.9 Dispensabilidade

Nestor Távora e Rosmar Alencar ensinam que da leitura de dispositivos que regem a persecução penal preliminar, a exemplo do art. 39, § 5º, CPP, pode-se concluir que o inquérito não é imprescindível para a propositura da ação penal. Se os elementos que venham lastrear a inicial acusatória forem colhidos de outra forma, não se exige a instauração do inquérito (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p.152).

Tanto é verdade que a denúncia ou a queixa podem ter por base inquéritos não policiais, o que dispensaria a atuação da polícia judiciária. Contudo, se o IP for a base para a propositura da ação, este vai acompanhar a inicial acusatória apresentada (art. 12 do CPP).

Finalizada a análise das características do IP, insta salientar que o procedimento pré-processual constitui-se em peça informativa, compreendendo o conjunto de diligências realizadas pela autoridade para apuração do fato e a descoberta da autoria. Relaciona-se com o verbo inquirir, que significa perguntar, indagar, procurar averiguar os fatos como ocorreram e qual o seu autor. Explica Guilherme Nucci que o inquérito é um meio de afastar dúvidas e corrigir o prumo da investigação evitando-se o indesejável erro judiciário (NUCCI, 2016, p. 55).

Ou seja, o Estado, valendo-se do procedimento de inquérito policial, busca investigar a verdade dos fatos, partindo de um estado de inocência até um estado de suspeito.

1.3 Formas de iniciar um Inquérito Policial

A partir dessas noções, há de se falar em formas de iniciação do procedimento preparatório, as quais Guilherme Nucci, classifica em cinco modos:

a) de ofício, quando a autoridade policial, tomando conhecimento da prática de uma infração penal de ação pública incondicionada, instaura investigação para verificar a existência do crime ou da convenção penal e sua autoria (NUCCI, 2016, p.70);

b) por provocação do ofendido, quando a pessoa que teve o bem jurídico lesado reclama a atuação da autoridade (NUCCI, 2016, p.76);

c) por declaração de terceiro, quando qualquer pessoa do povo leva ao conhecimento da autoridade policial a ocorrência de uma infração penal de iniciativa do Ministério Público, *delatio criminis* (NUCCI, 2016, p.70);

d) por requisição da autoridade competente, quando o juiz ou promotor de justiça (ou procurador da república) exigir legalmente que a investigação policial se realize, porque há provas suficientes para tanto (NUCCI, 2016, p.71);

e) pela lavratura do auto de prisão em flagrante, nos casos em que o agente é encontrado em qualquer das situações descritas no artigo 302 do Código de Processo Penal.

Por outro viés, é importante destacar a possibilidade de oferecimento da denúncia sem prévio inquérito policial, ou seja, quando o Ministério Público possuir peças informativas que possibilitem a formação da denúncia e viabilizem o exercício da ação penal, pode este órgão promover ação penal de pronto, diante da previsão expressa no art. 39, § 5º, do Código de Processo Penal: “O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem a promover a ação penal, e neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de 15 dias”.

1.4 Valor probatório dos elementos informativos

Sobre o valor probatório do inquérito policial, que é tema recorrente em discussões doutrinárias e jurisprudenciais, vale citar as lições de Brasileiro de Lima:

“ Ao longo dos anos, sempre prevaleceu nos Tribunais o entendimento de que, de modo isolado, elementos produzidos na fase investigatória não podem servir de fundamento para um decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito constitucional do art. 5º, inciso LV, que assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com

os meios e recursos a ela inerentes. De fato, pudesse um decreto condenatório estar lastreado única e exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória, sem a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, haveria flagrante desrespeito ao preceito do art. 5º, LV, da Carta Magna.

No entanto, tais elementos podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório. Como já se manifestou o Supremo, os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo.

A Lei nº 11.690/08, ao inserir o advérbio exclusivamente no corpo do art. 155, caput, do CPP acaba por confirmar a posição jurisprudencial que vinha prevalecendo. Destarte, pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador. Tanto é verdade que a nova lei não previu a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo (CPP, art. 12)”. (LIMA, 2016, p. 115)

Em síntese, sendo o inquérito policial procedimento de características próprias, como discricionário, informativo, sigiloso, inquisitivo e dispensável, tem como real finalidade a colheita e preparação de elementos necessários que tornem possível ao titular da ação penal, privada ou pública, a descrição correta na denúncia ou queixa. Outrossim, o inquérito policial pode ser propício a demonstrar inexistência de materialidade do fato ou inocência do indiciado, o que induzirá ao arquivamento da peça, conforme entendimento do Ministério Público e do juiz.

CAPÍTULO 2 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Dentre os diversos princípios constitucionais que alcançam a esfera do Direito Processual Penal, temos que os princípios da Ampla Defesa e Contraditório são os que mais destacam nesta seara. Insta salientar que se tratam de princípios diversos, ainda que sejam complementares. A doutrina é muito vasta na conceituação destes princípios, desta feita irei me concentrar neste estudo nos doutrinadores já citados no projeto de monografia que precedeu este estudo.

2.1 Conceito de ampla defesa e contraditório

Inicialmente cabe citar o conceito de Contraditório de Aury Lopes Jr, quando afirma que o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de “contradizer” a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitória) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética (LOPES JR, 2016, p.80).

Assim como afirmado acima pelo professor Aury Lopes Jr, tem-se que o Contraditório é imprescindível para a configuração do processo criminal, é o princípio que garante ao acusado a paridade de armas, ou seja, as mesmas informações que o *Parquet* tem para a acusar, o advogado do autor da infração penal também teria para o defender.

Entretanto, neste estudo estamos lidando com a possibilidade da incidência do Contraditório na fase pré processual (Inquérito Policial, fase conhecida como meramente administrativa). Mas Lopes Jr ainda afirma que o contraditório deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades.

É possível o contraditório no inquérito policial, mas restrito ao seu primeiro momento (informação) (LOPES JR, 2016, p. 81).

Portanto, para o referido doutrinador, a primeira fase do Contraditório (conhecimento), seria plenamente aplicável à fase pré-processual.

Quanto a conceituação do Princípio da Ampla Defesa, nas lições de Lopes Jr, tem-se que:

“O direito de defesa é concebido numa dupla dimensão: a) defesa técnica: ninguém pode ser acusado ou julgado sem defensor (constituído ou dativo), exercida por advogado habilitado, diante da presunção absoluta de hipossuficiência técnica do réu (arts. 261 do CPP; 5º, LXXIV, e 134 da CRFB; 8.2 da CADH); b) defesa pessoal ou autodefesa, exercida pelo próprio acusado. A defesa pessoal subdivide-se ainda em positiva (quando o réu presta depoimento ou tem uma conduta ativa frente a determinada prova, v.g. participando do reconhecimento, acareação etc.) ou negativa (utiliza o direito de silêncio ou se recusa a participar de determinada prova), concretizando o princípio do *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter, ou, o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório) do art. 5º, LXIII, da CRFB; art. 186 do CPP; e 8.2. “g” da CADH”. (LOPES JR, 2016, p. 89)

Portanto, depreende-se da análise dos conceitos doutrinários de Contraditório e Ampla Defesa que, no caso do contraditório, pode ser dividido em duas fases, sendo a primeira de informação, e a segunda, a participação. Este entendimento também vigora entre a maioria dos doutrinadores analisados neste estudo.

E quanto a ampla defesa, é usualmente dividida pela doutrina em defesa técnica, aquela feita por advogado constituído pela parte, e defesa pessoal, que é aquela realizada pelo próprio acusado.

2.2 Entendimentos doutrinários acerca a aplicabilidade dos princípios à fase pré-processual

Analisando a interpretação de Aury, que subdividiu o princípio da Ampla defesa em defesa técnica e pessoal, tem-se que a fase de defesa pessoal (autodefesa) poderia ser facilmente aplicada à fase pré-processual, tanto na forma positiva como na negativa, haja vista que o investigado pode falar ou não em seus depoimentos em sede policial, bem como pode ou não participar da reconstituição de crimes, sem qualquer prejuízo para a investigação criminal. Ocorre que com o advento da Lei n. 13.245/2016, a fase da defesa

técnica também passou a ser considerada durante o a fase do I.P., como será visto mais a frente no capítulo 3 deste estudo.

Insta salientar que o posicionamento de Aury Lopes Jr quanto à incidência de tais princípios na fase do I.P. não é majoritário na doutrina, os demais doutrinadores têm pensamentos divergentes acerca de tal assunto, senão vejamos o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Alencar:

“Note-se que a Lei n. 13.245/2016 não abriu espaço para que os princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa tenham plena aplicação no curso do inquérito policial. Garantiu-se a participação do advogado nos atos das investigações, em especial, no interrogatório ali prestado, porém, não afastou sua essência inquisitiva. A Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processos judiciais e administrativos.

O inquérito policial, por sua natureza prévia, não se acomoda àquele conceito constitucional, apesar de ser “procedimento administrativo”. O seu desenvolvimento sob a égide da publicidade e do contraditório pleno tornaria a investigação similar ao processo penal, sem que fosse conduzida por magistrado”. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 141)

Percebe-se que Távora e Alencar preocupam-se em citar que a Lei nº 13.245/2016 não teve impacto na incidência dos princípios constitucionais da Ampla Defesa e Contraditório na fase pré-processual ou investigativa, destacou ainda que não foi desnaturada, com a referida Lei, a natureza inquisitiva do I.P. Ademais, na mesma obra, estes autores afirmam que é importante ressaltar o entendimento majoritário segundo o qual não é exigível o direito ao contraditório em sede de inquérito policial, já que se trata de procedimento administrativo de caráter informativo. Não obstante, assegura-se o direito à publicidade, permitindo o acesso amplo aos elementos de prova colhidos no procedimento investigatório, nos termos da súmula vinculante nº 14 (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 145).

Quanto a Ampla Defesa, Távora e Alencar têm entendimento congruente ao de Lopes Jr, pois o doutrinador afirma que o contraditório é princípio protetivo de ambas as partes (autor e réu), a ampla defesa é garantia com destinatário certo: o acusado. O autor também divide a defesa em defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado e autodefesa (defesa material ou genérica), realizada pelo próprio imputado. Ainda afirma que a primeira é sempre obrigatória. A segunda estaria no âmbito de conveniência do réu, que poderá inclusive optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. Neste caso em apreço praticaria a autodefesa negativa.

Pela análise de Nestor Távora e Rosmar Alencar, percebe-se que a Lei n. 13.245/2016 trouxe uma espécie de Contraditório e Defesa particionados ou fragmentados ao Inquérito Policial, os autores afirmam que a lei nova não aboliu a natureza inquisitiva do inquérito, mas trouxe a possibilidade de incidência regrada de porção do contraditório e da defesa (sem ser ampla), assegurando a essencial “paridade de armas” à defesa técnica.

O que se pode perceber também é que a previsão para intervenção do advogado na produção dos elementos de informação das investigações, nos termos da Lei n. 13.245/2016, é similar a uma investigação defensiva, no bojo dos próprios autos do inquérito ou de outra apuração.

Para esclarecer e destrinchar ainda mais o tema deste capítulo, vale destacar o posicionamento de Brasileiro de Lima:

“de um lado, parte da doutrina sustenta que as investigações preliminares – não apenas o inquérito policial, mas também procedimentos investigatórios diversos, como, por exemplo, um procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público – estão sujeitas ao contraditório diferido e à ampla defesa, ainda que com um alcance mais limitado que aquele reconhecido na fase processual. Isso não apenas por conta das mudanças introduzidas pela Lei n. 13.245/16, mas notadamente devido à própria Constituição Federal, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), assim como a assistência de advogado (art. 5º, LXIII)”. (LIMA, 2016, p. 128)

O doutrinador citado ainda afirma que o inciso LV, do art. 5º da CRFB não pode ser objeto de interpretação restritiva para fins de se concluir que a expressão processo administrativo ali utilizada não abrange as investigações preliminares, que têm natureza jurídica de procedimento administrativo, nem tampouco para se alegar que o fato de mencionar acusados, e não investigados ou indiciados, seja um impedimento para sua aplicação na fase pré-processual.

Depreende-se dos ensinamentos de Renato Brasileiro que o simples fato de figurar como suposto autor ou partícipe da infração penal em uma investigação criminal, por si só, já deveria ser tratada como uma imputação em sentido amplo, pois o investigado ficaria sujeito a uma série de medidas coercitivas já na fase investigatória, como, por exemplo, medidas cautelares pessoais, patrimoniais, diligências policiais, etc. Logo, com o objetivo de se extrair a máxima eficácia do referido dispositivo constitucional, o ideal é concluir que qualquer forma de imputação determinada representa uma acusação em

sentido amplo. Por isso, o constituinte empregou a expressão acusados em geral, abrangendo não apenas aquele contra quem foi instaurado um processo penal, mas também o indivíduo que figura como provável autor (ou partícipe) do fato delituoso, é dizer, o sujeito passivo da investigação preliminar (LIMA, 2016, p. 129).

Em síntese, no conceito apresentado por Renato Brasileiro, a observância do contraditório – ainda que de maneira diferida e restrita aos elementos informativos já documentados – e da ampla defesa não pode ficar restrita à fase processual da persecução penal. Ora, fica claro que o autor crê que tais princípios não estariam mais adstritos somente à fase processual, como prevê a CRFB, em seu artigo 5º, inciso LV, assim como segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - 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;

(...)

A previsão constitucional refere-se a processo judicial ou administrativo, entretanto, pela doutrina ora analisada, percebe-se que o procedimento administrativo Inquérito Policial também poderia ser alcançado pelos princípios Ampla Defesa e Contraditório, ainda que de forma diferida, mas de qualquer maneira, traria assim uma conotação de proteção aos direitos fundamentais nesta primeira fase da persecução penal.

Nada mais justo do que trazer aos investigados/indiciados tal possibilidade, haja vista que apesar do caráter inquisitivo do IP, sua finalidade real é buscar a verdade dos fatos, para que justiça seja feita. E justiça é a garantia do devido processo legal, que se inicia desde a fase de investigação, e se conclui com o processo penal, em perfeita harmonia, trazendo à persecução penal um viés cada vez mais preocupado com a verdade real dos fatos, resguardando os direitos fundamentais da pessoa humana.

Na realidade, a verdade real é questionada pela doutrina, fala-se costumeiramente em verdade processual ou formal, que não estariam necessariamente ligadas a verdade real, senão vejamos os ensinamentos de Aury Lopes Jr e Ricardo Gloeckner:

“Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva (...), mas porque constitui um gravíssimo erro falar em ‘real’ quando estamos diante de um ato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente,

logo no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade”. (LOPES JR; GLOECKNER, 2015, P. 306)

Desta feita, ainda que se fale nas diferenças doutrinárias entre verdade real, formal ou processual, insta salientar que a presença do contraditório e ampla defesa na fase de investigação, trazem ao IP uma maior possibilidade do investigado apresentar a sua versão dos fatos.

Para finalizar este capítulo, vale citar mais uma passagem da obra de Brasileiro de Lima:

“À luz do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e em estrita harmonia com uma tendência crescente de jurisdicionalização do processo administrativo, assim compreendida a inserção das garantias do devido processo legal no âmbito processual administrativo, a garantia do contraditório deve, sim, ser inserida na investigação criminal, ainda que de maneira diferida e restrita, dando-se ciência ao investigado – e a seu defensor – exclusivamente dos elementos informativos documentados, resguardando-se, logicamente, o sigilo quanto aos atos investigatórios ainda em andamento, tanto na deliberação quanto na sua prática, quando o direito à informação inerente ao contraditório puder colocar em risco a própria eficácia da diligência investigatória (Lei n. 8.906/94, art. 7º, §11, incluído pela Lei n. 13.245/16)”. (LIMA, 2016. p. 130)

Portanto, percebe-se que o posicionamento de Brasileiro de Lima é mais liberal do que Távora, haja vista que aquele afirma que há sim possibilidade de aplicação de um Contraditório (ainda que diferido) durante as investigações preliminares feitas pela polícia judiciária, classificando como direito básico do indivíduo o fato de ser cientificado quanto à existência e quanto ao conteúdo de uma imputação contra a sua pessoa, oriunda de uma simples notícia-crime ou de uma investigação preliminar em andamento.

Impõe-se, desta feita, a observância do contraditório, pelo menos em relação ao direito à informação, a fim de que o investigado, assistido pela defesa técnica, possa exercer a autodefesa por meio do interrogatório policial, oferecendo resistência à pretensão investigatória e coercitiva estatal, atuando no sentido de identificar fontes de prova favoráveis à defesa ou, ao menos, capazes de atenuar a pena que eventualmente venha a ser imposta ao final do processo.

Apresentadas as posições doutrinárias mais relevantes, no direito processual penal brasileiro, acerca da aplicação da Ampla Defesa e Contraditório durante a fase do I.P., no capítulo a seguir será apresentada a Lei n. 13.245/245/2016 na íntegra, bem como as análises críticas feitas por alguns doutrinadores e estudiosos do direito processual penal.

CAPÍTULO 3 A LEI 13.245/2016 E SEUS DESDOBRAMENTOS NA DOCTRINA PROCESSUAL PENAL

3.1 A Lei 13.245/2016, breves considerações.

Foi publicada no dia 12 de janeiro de 2016 a Lei n. 13.245/16, que alterou o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, criando uma celeuma na doutrina processual penal, haja vista que a alteração provocada no Estatuto da OAB pela nova lei afetou diretamente a fase preliminar de investigação criminal.

Abaixo tem-se a íntegra do referido dispositivo legal:

LEI Nº 13.245, DE 12 DE JANEIRO DE 2016.

Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 7º

.....

XIV – 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;

.....

XXI – 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, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

b) (VETADO).

.....

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a

diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.” (NR).

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 12 de janeiro de 2016; 195º da Independência e 128º da República.

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo

Percebe-se claramente que a lei tende a fortalecer o principal instrumento de apuração de infrações penais dentro do nosso ordenamento jurídico: o inquérito policial. Devido ao fato de que, a partir de agora, a participação da defesa na fase de investigação ganhou maior destaque, demonstrando maior compromisso do legislador, e do próprio Estado, com uma persecução penal inteiramente democrática e pautada pelos princípios e valores constitucionais, com respeito à dignidade da pessoa humana.

Faz se mister questionar a visão reducionista acerca da investigação criminal, que sempre foi tratada como um procedimento inquisitivo, sem qualquer compromisso com os direitos fundamentais das pessoas envolvidas nesta indispensável fase da persecução penal. E a realidade que ocorre é que quase a totalidade dos processos são iniciados com base no Inquérito Policial.

Para melhor interpretação do impacto da inovação legislativa na doutrina brasileira, vale citar a análise do Delegado de Polícia do Estado de São Paulo, Francisco Sannini Neto, em seu artigo científico, intitulado “LEI 13.245/16: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL?”, publicado na obra ‘Temas Atuais em Polícia Judiciária’, quando afirma que:

“Na realidade, defendemos o entendimento de que a investigação criminal preliminar constitui um direito fundamental do indivíduo. É o que chamamos de *devida investigação criminal constitucional*. Ora, tendo em vista as consequências extremamente deletérias ocasionadas pelo processo, é imprescindível que antes do seu início fique demonstrada a prova da materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria contra uma determinada pessoa, sendo que apenas um instrumento devidamente regulamentado por lei e conduzido pelo

próprio Estado poderia viabilizar a *justa causa* necessária ao exercício de uma pretensão acusatória.

Nesse contexto, muito além de um direito individual, a fase preliminar de investigação representa um obstáculo a ser superado pelo Estado antes de ingressar na fase processual com fim de exercer, de maneira legítima, o seu poder-dever de punir, cabendo ao Poder Judiciário realizar essa filtragem com base nos elementos coligidos na investigação criminal e expostos na ação penal cabível”. (ZANOTI, SANTOS e OUTROS, 2016, p. 293)

Desta feita, depreende-se que as alterações no Estatuto da OAB sejam positivas, pois representa mais um avanço no sentido de reforçar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa dentro da investigação criminal, sem que, com isso, ela perca sua essência inquisitiva e sigilosa.

Vale salientar que no entendimento do delegado Sannini, os mencionados princípios devem ser observados na exata medida em que não prejudiquem a eficácia da investigação, preservando assim, os direitos do investigado durante toda a persecução penal.

3.2 Comentários sobre a Lei 13.245/2016

A nova lei altera o artigo 7º, do Estatuto da OAB, que trata dos direitos do advogado. Percebe-se que a primeira mudança permite que os defensores possam “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”.

Vale salientar que nesse ponto não houve grandes inovações, sendo que em sentido semelhante já existia a Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, que diz que:

“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”.

Parece que neste ponto a intenção do legislador foi apenas adequar o Estatuto ao atual cenário.

Infere-se também que a lei assegura a participação do advogado em procedimentos investigatórios de ‘qualquer natureza’, não se limitando ao campo criminal, abrangendo, também, apuratórios fiscais, administrativos, entre outros. Isso significa que deve ser assegurado ao advogado o direito de analisar inquérito policial,

termo circunstanciado de ocorrência, procedimentos investigativos criminais desenvolvidos pelo MP, inquérito policial militar, inquérito civil público, dentre outros.

Uma inovação que tratou de modernizar o Estatuto da OAB neste dispositivo se refere ao fato de que o advogado, ao analisar o procedimento investigativo, pode copiar as peças ou fazer apontamentos, “em meio físico ou digital”. Essa alteração se deu provavelmente para os casos em que o advogado utiliza o aparelho celular para tirar fotos das peças mais importantes dos autos. O que é bem inovador, afinal, se a ideia é ampliar a defesa na investigação, qualquer equipamento tecnológico que facilite esse trabalho deve ser utilizado.

Sobre esta análise vale citar o entendimento de Sannini, em seu artigo citado anteriormente:

“Saliente-se, ainda, que o defensor deve ter acesso ao procedimento mesmo que este esteja concluso para a análise da autoridade responsável pela sua condução. Aqui nós fazemos algumas ressalvas. Primeiramente, destaca-se que a regra é o mais amplo acesso do advogado ao procedimento do interesse de seu cliente. Contudo, no dia a dia da polícia judiciária, por exemplo, é comum a existência de investigações que se desenvolvem nos limites dos prazos legais. Desse modo, em se tratando de um inquérito policial com indiciado preso temporariamente, onde o prazo para conclusão das investigações é extremamente curto, pode acontecer de o advogado buscar acesso aos autos no seu último dia, ocasião em que o delegado de polícia, não raro, estará trabalhando no relatório final do procedimento. Em tais situações, deverá prevalecer o bom senso e, se realmente a consulta do defensor não for possível naquele momento, isso não constituirá uma violação as suas prerrogativas, afinal, os prazos legais precisam ser respeitados, podendo, a sua inobservância, acarretar na responsabilização funcional da autoridade policial. O que não podemos admitir é a má-fé de autoridades com intuito exclusivo de prejudicar a atuação da defesa”. (ZANOTI, SANTOS e OUTROS, 2016, p. 295)

Dentre as alterações trazidas pela Lei n. 13.245/16, insta salientar que a inovação mais polêmica é aquela prevista no inciso XXI, do art. 7º, de acordo com o dispositivo, é direito 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, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos”.

Vale destacar que, até então, prevalecia na doutrina o entendimento de que as eventuais irregularidades da investigação não poderiam afetar o processo posterior. Mas com esta alteração, a previsão de nulidade absoluta dos atos investigatórios, no caso de cerceamento do causídico devidamente constituído, traz um ponto final para a questão,

que antes limitava as nulidades somente a segunda fase da *persecutio criminis*, a saber, a fase processual.

Agora, a lei foi clara em estabelecer que a obstrução da assistência do advogado a seu cliente durante o depoimento ou interrogatório gera a *nulidade absoluta* destes atos, bem como dos demais elementos investigatórios ou probatórios deles decorrentes.

Vale então citar o exemplo de Sannini com relação ao que foi destacado sobre a nulidade absoluta prevista na inovação legislativa:

“É de fato, auspiciosa essa inovação, que, inclusive, adota a *teoria da árvore dos frutos envenenados* no seu conteúdo.

Assim, se ao advogado não puder assessorar seu cliente durante um interrogatório, e neste ato o investigado confessar um homicídio, indicando, ademais, coautores e o local em que arma utilizada na execução do crime pode ser encontrada, entendemos que essa confissão seria absolutamente nula, não podendo ser utilizada como prova. Outrossim, a arma não poderá ser utilizada como fonte de prova, uma vez que seu encontro foi derivado de um ato nulo. Pela mesma razão, a delação de eventuais coautores não poderia lhes acarretar qualquer prejuízo.

(...)

De maneira ilustrativa, se no caso acima destacado não houver outros elementos de prova contra o investigado que confessou o crime, seu indiciamento deve ser anulado e a acusação não poderá se valer dessa confissão para subsidiar a ação penal. Se o processo já estiver em andamento e não houver outras provas contra o acusado, deverá ser julgado extinto sem o julgamento de mérito.

Vale frisar, ainda, que o texto legal foi claro no sentido de que a nulidade não se restringe aos elementos probatórios, contaminado também os elementos investigatórios. Voltando ao exemplo acima, isso significa que se o investigado afirmar na sua confissão que após o crime efetuou várias ligações para seus comparsas e indicar onde o aparelho celular pode ser encontrado, a autoridade responsável pela investigação não poderá representar/requerer a quebra de sigilo telefônico da linha (ou IMEI), uma vez que este elemento investigativo seria nulo por derivação”. (ZANOTI, SANTOS e OUTROS, 2016, p. 296)

Insta salientar, entretanto, que a inovação legislativa não torna obrigatória a presença do advogado durante as investigações, estabelecendo apenas que o advogado tem o direito de assessorar seu cliente nas suas oitivas (interrogatório, depoimentos ou declarações). Portanto, só haverá nulidades nas situações em que esta ‘prerrogativa’ for cerceada pela autoridade responsável pela condução do procedimento.

O que não quer dizer que nos inquéritos policiais o investigado não possa ser ouvido sem a presença de um advogado. A nulidade em tais casos será imposta em virtude de cerceamento de uma prerrogativa do defensor e não em decorrência da ausência de defesa.

Desta feita, nas lavraturas de autos de prisão em flagrante o preso poderá ser formalmente indiciado e interrogado sem dispor de qualquer assessoria jurídica, desde que não possua advogado constituído para o ato. Caberá então ao delegado de polícia, cientificá-lo acerca de seus direitos constitucionais, inclusive sobre seu direito de ser assessorado por um advogado e, na sequência, proceder naturalmente na formalização dos atos de polícia judiciária cabíveis.

O advogado, terá a incumbência, tão logo assuma a defesa do investigado, de juntar uma procuração nos autos do procedimento investigativo, demonstrando, assim, que ele possui assistência jurídica naquele caso. Desta maneira, o delegado deverá notificar a defesa no momento da sua oitiva, pois, do contrário, resta será absolutamente nula. Aliás, em caso de indiciamento nos autos do inquérito policial, o ideal seria que a notificação do investigado deixasse claro o motivo pelo qual ele está sendo chamado na delegacia, viabilizando, desta feita, o exercício de sua ampla defesa.

3.3- A aplicabilidade da ampla defesa e contraditório no inquérito policial em virtude da vigência da Lei 13.245/2016

Isso demonstra, de certa forma, que, cada vez mais, o legislador caminha no sentido de fortalecer o princípio da ampla defesa dentro das investigações criminais. Adequando-se tal princípio perfeitamente a esta fase da persecução penal. Nas lições de Brasileiro de Lima, a defesa garante o contraditório e por ele se manifesta, afinal, a ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos do contraditório, qual seja: o direito à informação (LIMA, 2016, p. 29).

Dito isso, pode-se afirmar que o investigado tem direito a ampla defesa em seus dois aspectos:

- a) Positivo – pode se utilizar de todos os meios que lhe permitam confrontar os elementos de prova que digam respeito a autoria ou materialidade da infração;
- b) Negativo – consiste na não produção de elementos de prova que possam lhe ser prejudiciais.

Deve se notar então que a imposição de nulidade absoluta para as oitivas formalizadas com o cerceamento da participação do advogado é mais um reforço à ampla defesa na investigação. De igual modo, o artigo 7º, inciso XXI, “a”, do Estatuto da OAB, com as inovações trazidas pela lei em comento, permite que o advogado possa apresentar

razões e quesitos, o que também fortalece a noção de incidência da ampla defesa e até do princípio do contraditório durante esta fase da persecução penal.

Não se pode olvidar que tal tema está inserido em grande polêmica, sendo que a maioria absoluta da doutrina defende a inexistência de contraditório da fase da investigação preliminar. Entretanto, o autor deste estudo defende um ponto de vista que admite o referido princípio dentro do inquérito policial, mas de forma diferida, ou mitigada, em consonância com as características desse procedimento. Assim segue a explicação.

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dos fatos, já foi afirmado anteriormente que este princípio pode ser separado em dois elementos: direito à informação e direito à participação. O contraditório seria, assim como preconiza Brasileiro de Lima, a necessária informação às partes e a possível reação a atos que possam lhes causar prejuízo (LIMA, 2016, p. 26).

Já para Nestor Távora, o princípio do contraditório é traduzido pelo binômio ciência e participação, impondo que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre atos que constituem a evolução do processo (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 50).

Além da prevista oportunidade de ação e reação, o contraditório garante que toda a persecução penal seja desenvolvida com a observância da igualdade entre as partes, no sentido de que os contendores tenham a mesma força (a denominada paridade de armas). Observa-se que, de acordo com a maioria da doutrina, o contraditório não seria aplicado ao inquérito policial, pois o dispositivo constitucional que lhe serve de suporte é expresso na CRFB/1988, em seu artigo 5º, inciso LV.

Desta feita, como o dispositivo faz menção a processo judicial ou administrativo, o contraditório não se aplicaria ao Inquérito Policial, que é um procedimento administrativo. Ademais, os opositores da tese demonstrada neste estudo também argumentam que o artigo se refere aos litigantes e aos acusados, o que afastaria a figura do investigado.

Entretanto, o entendimento que vai se configurando neste estudo é de que tais argumentos não se sustentam diante de uma análise mais detida sobre o assunto.

Sobre o termo ‘acusados’, Lopes Jr e Gloeckner ensinam que ele não pode limitar a aplicação do contraditório no inquérito, pois sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas, sim, acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o

indiciamento e qualquer imputação determinada, pois não deixam de ser imputação em sentido amplo (LOPES JR; GLOECKNER, 2015, p. 468).

Insta salientar, ainda, que, com relação aos direitos fundamentais, a interpretação da norma deve ser sempre ampliativa e não restritiva, o que ratifica a aplicação do contraditório no procedimento em questão, desde que não inviabilize as investigações.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar ainda ensinam que a ideia de que contraditório exige partes é falsa, pois,

“Contraditório é o direito de participar de um procedimento que lhe possa trazer alguma espécie de repercussão jurídica; não tem como pressuposto a existência de partes adversárias. Se há possibilidades de defesa, é porque há exercício do contraditório; se eu me defendo, estou participando do procedimento; estou, portanto, exercitando meu direito de participação”. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 50).

O que se deve ressaltar é que quando se fala em contraditório no inquérito policial, refere-se, principalmente, ao seu primeiro momento, qual seja: a informação. Isto porque não se pode vislumbrar a plenitude do contraditório numa fase pré-processual.

Como exemplo vale citar a Lei 12.403/2011, que alterou o Código de Processo Penal na parte que trata das prisões e medidas cautelares diversas, que estipulou em seu artigo 282, § 3º, o contraditório antes do deferimento da medida, desde que não haja risco para a sua eficácia ou se trate de uma situação de urgência.

Em face dessa determinação legal, considerando que diversas medidas cautelares são decretadas durante a fase pré-processual, pode-se concluir que a intenção do legislador foi nortear a condução de toda a persecução penal, inserindo o princípio do contraditório no inquérito policial sempre que não houver risco à eficácia das investigações.

Percebe-se com tudo que foi alegado neste trabalho, que a Lei n. 13.245/16, ora em análise, é um exemplo de como o legislador vem tentando democratizar as investigações criminais, viabilizando a maior participação possível da defesa nessa fase, seja por meio do acompanhamento das oitivas dos investigados, seja por meio da apresentação de quesitos ou razões.

Ademais, nos termos da nova Lei, o advogado tem a prerrogativa de fazer perguntas ao investigado ou às testemunhas durante o inquérito policial, o que demonstra mais uma vez como o contraditório está presente nesta etapa da persecução penal, dentro do possível. É claro que a participação de defesa nesses atos deve se dar de maneira residual, cabendo ao delegado de polícia, como presidente da investigação, o protagonismo na inquirição das partes, diferentemente da fase processual, onde o juiz,

como presidente do processo, deve atuar de forma residual e complementar às partes interessadas.

O que pode se concluir, diante de tudo que foi visto, é que a inovação legislativa abre, ainda que de forma parcial, as portas da investigação criminal à defesa, o que, inclusive, fortalece o princípio da isonomia ou paridade de armas, uma vez que o MP acompanha o procedimento de maneira integral.

Percebe-se, então, que agora o advogado tem mais condições de influenciar no resultado final das investigações, sendo esta uma das características do contraditório. Representa, portanto, esta Lei n.13.245/2016, um avanço jurídico em largas proporções ao IP, que hoje ganhou uma característica a mais, além daquelas previstas no capítulo 1 deste estudo, pois pode-se afirmar que, atualmente, o Inquérito Policial é também Humanizado. Porquanto deixou de ser uma imposição ao investigado, permitindo-lhe que tenha direito a defesa e contraditório (dentro da reserva do possível), numa fase onde antes era tratado como um sujeito detentor de poucos direitos, era apenas visto como aquele que nada tinha a questionar ou a dizer.

Com isto, a inovação legislativa coloca o indivíduo que está sob investigação da polícia judiciária num patamar mais elevado, alçando esta fase da persecução penal ao que está previsto nas garantias e direitos fundamentais, em seu artigo 5º, especialmente na parte que alude à dignidade da pessoa humana. Sem sombra de dúvidas é possível afirmar que tal alteração no Estatuto da OAB é extremamente benéfica a toda sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após superadas todas as discussões acerca de inquérito policial, princípios da ampla defesa e contraditório e a Lei 13.245/16, vale neste momento fazer algumas ponderações conclusivas sobre tudo que foi apresentado e debatido neste estudo.

A finalidade do inquérito policial não é a de servir unicamente à acusação, preparando-a para o processo, como sustenta a doutrina brasileira, a finalidade do inquérito é a de reconstruir a verdade, de forma imparcial, no intuito de garantir as bases para a segura decisão ou não de um quadro determinante no exercício da persecução penal.

O inquérito policial não é exclusivamente inquisitivo, ao contrário do que se costuma perceber na doutrina. Ainda que dotado de uma inquisitividade substancial – haja vista que é dirigido à busca da verdade –, permite, com o advento da Lei n. 13.245/16, a atuação da defesa e do detentor do potencial interesse de acusar.

A doutrina brasileira, a respeito da incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, tem se mostrado bastante dividida, com predominância das posturas que refutam tal possibilidade. Mas insta salientar que a inovação legislativa analisada neste estudo colocou essa discussão doutrinária em um nível mais elevado, pois os conceitos doutrinários estão se adequando a atual realidade fática e jurídica.

O contraditório, em sua fase de informação, conforme demonstrado pelos doutrinadores que foram analisados neste estudo, encontra plena aplicabilidade na fase pré-processual, com o advento da Lei n. 13.245/16.

A ampla defesa também adquiriu maior alcance na fase do inquérito policial com a inovação legislativa, haja vista que permitiu que o advogado acompanhe o investigado durante praticamente todos os procedimentos investigativos. Desta feita, tanto a defesa técnica, assim como a defesa pessoal encontram aplicabilidade plena na fase pré-processual do processo criminal.

Vale lembrar que o exercício da ampla defesa, ao longo do inquérito policial não é obrigatório. Trata-se da faculdade, colocando-a ao alcance do indivíduo envolvido com esta etapa da persecução penal, podendo ou não ser exercida.

A plenitude da ação defensiva ao longo do inquérito policial não compromete a eficiência da persecução penal, além do que serve à importantíssima tarefa de proteção aos direitos fundamentais do homem.

Insta concluir que a inovação legislativa, que alterou o Estatuto da OAB, propiciou maior alcance da ampla defesa e contraditório no inquérito policial, feito que traz maior importância, dentro do processo, aos elementos informativos colhidos durante esta fase da persecução penal. Portanto, é de se esperar que tais elementos tenham maior peso na convicção do Ministério Público ao oferecer uma denúncia e até mesmo do juiz de direito, quando for sentenciar um acusado, utilizando tais elementos como acessórios às provas que são produzidas durante o processo criminal.

Em conclusão, reforço aqui o entendimento no sentido que a nova lei constitui um avanço para a investigação criminal, democratizando ainda mais esse procedimento. Dando mais transparência aos atos praticados nesta fase da persecução penal e fortalecendo os elementos de prova nela produzidos. Na qualidade de bacharelado em direito com o sonho de me tornar delegado de polícia futuramente, sonho com o dia em que a Defensoria Pública se fará presente nas delegacias de polícia durante os plantões. As polícias judiciárias, hoje inteiramente pautadas no respeito aos direitos humanos, não têm nada a esconder. As portas devem sempre estar abertas para todos!

REFERÊNCIAS

- AVENA Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. – 6.^a ed.; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- BRASIL. Constituição 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*, Brasília, DF: Senado, 1941.
- BRASIL. Lei n° 8.906, de 4 de junho de 1994. *Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)*, Brasília, DF: Senado, 1994.
- BRASIL. Lei n° 12.403, de 4 de maio de 2011. *Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.*, Brasília, DF: Senado, 2011.
- BRASIL. Lei n° 12.830, de 20 de junho de 2013. *Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia*, Brasília, DF: Senado, 2013.
- BRASIL. Lei n° 13.245, de 12 de janeiro de 2016. *Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)*, Brasília, DF: Senado, 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. “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”. Brasília, DF: STF, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*: volume único – 4.^a ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- LOPES JR, Aury e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6.^a. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOPES JR., Aury; *Direito processual penal* – 13.^a. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado* – 15.^a. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- RANGEL, Paulo C. *Direito Processual Penal*. 23^a ed. – São Paulo: Atlas, 2015.
- TÁVORA, Nestor, e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 11^a ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

- ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isáías e OUTROS Autores. ***Temas Atuais em Polícia Judiciária*** – 2^a ed. rev., ampl. E atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.