

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA FASE INVESTIGATÓRIA DO PROCESSO PENAL E A LEI 13.245/2016

Matheus Victor da Silva Nascimento¹
João Batista Machado Barbosa²

RESUMO

Interpreta-se a redação da Lei nº 13.245/2016 no que tange à atuação do advogado na fase investigatória do processo no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente o parágrafo 7º e os incisos XIV e XXI. Utilizando-se método hipotético-dedutivo, é apresentada a evolução da advocacia no mundo e a análise da persecução penal, visando entender os procedimentos investigativos vigentes, e como a atuação do advogado se dá nessa fase pré-processual, através de um artigo científico.

Palavras-chave: Lei 13.245/2016, atuação do advogado na fase investigativa.

THE LAWYER'S ROLE IN THE INVESTIGATION STAGE OF THE CRIMINAL
PROCEDURE ACCORDING TO THE LAW 13.245/2016

ABSTRACT

This article analyses the text of the Law 13.245/2016, concerning to the lawyer's role in the investigation stage of the brazilian law procedure, in what refers to the 7th paragraph and the subsections XIV and XXI. It has been used the hypothetico-deductive method to show the evolution of the advocacy in the world, the analysis of the *persecutio criminis*, aiming to understand the methods of investigation and how the lawyer's role is given in this pre-procedure stage, according to a scientific article.

Key-words: Law 13.245/2016, the lawyer's role in the investigation stage.

¹ Aluno do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: matheusvsn@live.com.

² Professor orientador do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: jbmb@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.245/2016, que alterou o art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906) incluiu uma série de prerrogativas aos advogados que atuam na fase preliminar do processo, notadamente, a fase investigativa.

No geral, as alterações consistiram na modificação da redação do inciso XIV, do art. 7º, ampliando a atuação do advogado para além da repartição policial, bem como englobou procedimentos que não os de viés criminal, como o caso do procedimento administrativo.

Tais mudanças suscitarão na alteração dos parágrafos 10, 11 e 12, que agora, são irradiados pela luz da nova redação, constituindo um aumento significativo de suas prerrogativas. No entanto, a grande novidade da supramencionada lei, foi a inclusão do inciso XXI.

Com a alteração do art. 7º e a inclusão do inciso XXI, mudou-se a perspectiva da atuação do advogado na fase pré-processual, pois a nova redação consolidou importantes garantias constitucionais aos advogados, antes relegadas a um segundo plano, possibilitando a sua participação efetiva nos procedimentos investigativos, assistindo ao seu cliente durante a apuração em curso de infrações.

As garantias e prerrogativas advindas da Lei 13.245/2016 causaram impactos significativos na prática forense, notadamente pela resistência histórica da atuação da defesa no procedimento investigativo, dado o seu caráter inquisitorial.

A grande novidade consiste na nulidade absoluta de todos os atos praticados em decorrência da obstrução da atuação do advogado na fase preliminar. Tal prerrogativa é objeto da discussão do presente artigo, que busca entender as garantias conferidas e questionar a sua extensão.

Nesse sentido, faz-se necessário um estudo prévio da evolução da advocacia no mundo e no Brasil, bem como o *jus puniendi* estatal, e por fim, entender do que se trata a fase da investigação preliminar, desmistificando a ideia de autoridade policial enquanto única fonte de investigação.

Trata-se, portanto, de um estudo que visa a compreender os principais aspectos da Lei 13.245/2016, entendendo o contexto de como o ordenamento jurídico brasileiro caminhou até este momento.

Isso posto, será possível demonstrar a extrema relevância do tema abordado neste artigo, sobretudo à compreensão das prerrogativas legais conferidas ao causídico, analisando a sua aplicação no caso concreto.

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ADVOCACIA

Os primeiros registros que denotam a presença da atividade da advocacia na história estão presentes no livro da Bíblia Sagrada, precisamente nas atuações de Moisés e Jesus Cristo, onde este último, utiliza-se da Lei Mosaica para impedir que Maria Madalena seja apedrejada pelo crime de adultério.

Contudo, a advocacia apenas tomou forma e a devida relevância nas civilizações gregas e romanas. Foi na Grécia onde surgiram os grandes oradores como Demóstenes, Péricles, Aristides e muitos outros, sendo reconhecidos pela exímia persuasão e retórica na atividade advocatícia.

Em Roma, a oralidade era a qualidade fundamental na atuação dos patronos, homens munidos de notável saber jurídico e prestígio social. Os conflitos eram geralmente envolvidos por pessoas simples e ignorantes, que não sabiam se dirigir às autoridades do Império Romano. Daí porque se nota a importância da oralidade dos patronos, donde se possibilitava o diálogo entre a defesa e a autoridade.

No Brasil, a advocacia surgiu com a criação dos cursos jurídicos em meados de 1827. O ingresso ao curso jurídico era restrito àqueles com idade igual ou superior a 15 anos de idade, tendo como requisito ao ingresso, a aprovação nos exames de retórica, língua francesa e gramática latina e outros. Diferente dos 5 anos de graduação nos cursos de Direito atuais, naquela época o curso durava 8 anos.

Em 1843 foi criado o IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros, e posteriormente, em 1930, a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. No entanto, apenas em 1994, a classe dos advogados ganhou estatuto próprio, nomeado de Estatuto da Advocacia, definindo prerrogativas, direitos e deveres do profissional, bem como teto salarial, honorários e demais direitos básicos.

A criação da OAB foi um marco na história da advocacia no Brasil, tendo suma relevância no meio social.

O desembargador André de Faria Pereira, que teve um papel importante na criação do instituto, descreveu a situação de penúria ao qual se encontrava o profissional da advocacia no Brasil, senão vejamos:

Àquele tempo não havia egresso das penitenciárias ou comerciante falido que não se julgasse com o direito de sobraçar uma pasta e afrontar o pretório no exercício da mais degradante rebulice. A consciência coletiva repelia os intrusos, mas seus malefícios desmoralizavam o ambiente a tal ponto que a função do advogado era suspeitada como de traficantes irresponsáveis. Os advogados dignos sofriam a concorrência dos aventureiros ousados e não havia meios de evitar a intoxicação causada no meio social pelos elementos claudicantes, que prosperavam à sombra de generalizada irresponsabilidade.³

Antes da instauração da OAB, a advocacia no Brasil funcionava de forma desregulada, passível de fraudes e desonestidade de profissionais com pouca qualificação, prejudicando o interesse da parte.

Daí que se viu a importância da formação do instituto da OAB, como bem colocado por Pereira em carta enviada a Alberto Venâncio Filho:

(...) levei o projeto a Osvaldo Aranha, que lhe fez uma única restrição, exatamente no artigo 17, que criava a Ordem dos Advogados, dizendo não dever a Revolução conceder privilégios, ao que ponderei que a instituição da Ordem traria ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura.⁴

A Constituição Federal Brasileira, em seu art. 133, consagrou o advogado como indispensável à administração da justiça⁵, garantindo ainda a sua inviolabilidade pelos seus atos e manifestações praticados no exercício de sua atividade.

Num simples cotejo da atuação do defensor nas sociedades supramencionadas, resta evidente a sua relevância no exercício da atividade jurídica, sobretudo no que tange ao acesso à justiça, seja pela oralidade, persuasão ou capacidade postulatória.

³ Lôbo, ob. cit., p. 224-225

⁴ Alberto Venâncio Filho, *Notícia Histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (1930-1980)*, Brasília: OAB, 1982, p. 25-30.

⁵ Art. 133, CF/88. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

2. DA PERSECUÇÃO PENAL

2.1. ORIGEM

Pouco se sabe sobre a história da persecução penal, mas todos os estudos acerca desse tema, ainda que com conclusões genéricas, apontam que a persecução teve início em civilizações antigas como Egito, Grécia e Roma.

No Antigo Egito, a função da investigação era realizada pela pessoa do *magiaí*, um funcionário do Faraó que tinha como atribuição a investigação e aplicação de castigo aos rebeldes, ao passo que protegia cidadãos, viúvas e órfãos (WIKIPEDIA, 2018).

Valter Foletto Santin (2007, p. 21), atribuiu ao *magiaí* as seguintes funções:

“Os seus deveres eram: I) ser a língua e os olhos do rei do país; II) castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III) acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e o mentiroso; IV) ser o marido da viúva e o pai do órfão; V) fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI) tomar parte nas instruções para descobrir a verdade”.

Santin ainda acrescenta que na Grécia (2007, p. 23), a persecução penal era exercida pela figura do *temósteta*, indivíduo encarregado de receber a *notitia criminis* e informá-la ao Senado. O *temósteta* tinha função similar com a da polícia, em contrapartida da atuação do *magiaí*, que exercia função similar à do Ministério Público.

Na Antiga Roma, cabia ao próprio ofendido colher indícios de autoria e materialidade delitiva contra si cometido. De igual forma, cabia ao acusado a ônus de coletar provas a seu favor.

Posteriormente, com a consagração do direito de punir do Estado, o Império Romano passou a dispor do poder de investigar, o fazendo através da figura dos chefes de polícia e seus auxiliares, segundo o qual SANTIN (2007, p. 24) indica como “agentes policiais encarregados de percorrer o território, investigar os crimes, prender os indiciados, fazer e reduzir a autos as diligências do inquérito e remete-lo ao prefeito ou à autoridade judiciária”.

No Brasil Colônia, a persecução penal obedecia às leis portuguesas, já que se tratava de uma colônia e não possuía caráter de soberania. O sistema investigatório era inquisitório e não concedia ao acusado uma defesa digna para que este se opusesse às acusações estatais.

A persecução penal se concentrava na figura do Juiz de Paz, que além de atuar na fase investigatória, presidia a fase julgadora. A dupla função do Juiz de Paz tornava o julgamento parcial, isso porque durante a investigação, o juiz já teria formado sua convicção com base nos elementos de indício.

Com o advento da Lei nº 261 de dezembro de 1841, o sistema processual brasileiro passou por uma reforma na qual retirou do juiz de paz grande parte de suas funções, oportunamente, a função de investigar, que passou a ser atribuição do chefe de polícia. Nessa oportunidade, a lei consagrou o Inquérito Policial como peça pré-processual, desvinculando a característica judicial da fase investigativa.

No entanto, apenas na Constituição Federal de 1988 (art. 144⁶) foi consolidado o poder de investigar às autoridades policiais, notadamente denominada *polícia judiciária*. A polícia judiciária colhe os elementos de indícios de um crime, ao passo que cabe ao Ministério Público propor a ação penal.

2.2. CONCEITO

A palavra persecução é conceituada como perseguição, ação de perseguir, de correr, de ir atrás de alguém ou de uma coisa. Nesse sentido, persecução penal é a perseguição estatal àquele que cometeu uma conduta típica, buscando aplicar uma sanção penal utilizando-se os meios necessários para tanto.

A persecução penal se desdobra em duas fases, a investigação policial, compreendida pelo Inquérito Policial, e a ação judicial, que demanda uma decisão, seja ela absolutória ou condenatória. A reunião dessas duas fases compreende a *persecutio criminis* ou persecução criminal como um todo.

⁶ **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.

A investigação criminal tem como objetivo colher elementos de materialidade e autoria delitiva, encaminhando ao Ministério Público para que este proponha a ação penal correspondente.

Para SILVA (2002, p. 451), a investigação criminal tem o propósito de indagar com cuidado, seguir o rastro, perscrutar em busca dos vestígios e indícios relativos a certos fatos, para que se esclareça ou se descubra alguma coisa.

SANTIN (2007, p. 31) conceitua a investigação criminal como:

Investigação criminal é a atividade destinada a apurar as infrações penais, com a identificação da autoria, documentação da materialidade e esclarecimento dos motivos, circunstâncias, causas e consequências do delito, para proporcionar elementos probatórios necessários à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e embasamento da ação penal.

O professor José Frederico Marques (1998, p.152) conceitua a investigação criminal como:

A investigação é atividade estatal da *persecutio criminis* destinada à ação penal. Daí apresentar caráter preparatório e informativo, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*.

Não há o que se falar em persecução penal sem investigação criminal. De toda sorte, a investigação criminal é um gênero sob a qual o inquérito policial é espécie. Dada a importância do inquérito policial na fase preliminar do processo, visto que, o inquérito policial colhe elementos de indícios materiais e de autoria, com a finalidade de instruir uma eventual ação penal, a atuação do patrono, ainda que não obrigatória nesta fase, é essencial para que seja garantido o respeito à legislação, notadamente no que tange ao art. 7º, inciso XXI da Lei 13.245/2016⁷.

⁷ Art. 7º, inciso 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.

3. DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

3.1. CONCEITO

A investigação preliminar consiste numa fase pré-processual que busca demonstrar a existência de uma conduta típica (materialidade) e apontar a quem será aplicada as sanções previstas no Direito Penal (autoria). É uma fase antecedente à ação penal, que por sua vez, não pode ser instaurada sem o lastro mínimo de materialidade e autoria.

A natureza instrumental do processo penal está fundamentada no *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir do Estado. Desse modo, fica clara a "íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem Processo Penal senão para determinar o delito e impor uma pena" (LOPES JR., 2006, p.4).

A importância de se instaurar uma investigação preliminar se reveste na ideia da *ultima ratio* do Direito Penal, ou seja, só será utilizado este ramo do direito quando os outros ramos não puderam ser aplicados, dada a importância do bem jurídico afetado ou na iminência de o sê-lo.

De acordo com o já explanado, fica claro que a investigação preliminar não é sinônimo de inquérito policial, pois, muito embora o inquérito policial seja a principal forma de se apurar um fato delitivo, existem no ordenamento jurídico brasileiro outros mecanismos coletores de indícios.

Existem outros meios investigativos além do inquérito policial, tais quais os elaborados pelas CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito), pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o inquérito civil através da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), o Inquérito Policial Militar (IPM) e as investigações deflagradas pelo Ministério Público.

Acerca desse tema, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu em maio de 2015 que o Ministério Público possui competência para promover investigações de natureza penal, seguindo a tese do Ministro Celso de Mello, conforme se observa:

"O MP dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza

penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado e qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (lei 8906/94, artigo 7º, incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (súmula vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição."

Ante o exposto, verifica-se que a nova redação do art. 7º, inciso XXI da Lei 13.245/2016 garante ao advogado assistir o cliente investigado não apenas no inquérito policial, mas na investigação preliminar como um todo.

3.2. CARACTERÍSTICAS

3.2.1. Instrumentalidade

A instrumentalidade se revela na investigação preliminar por ser um meio para se alcançar uma pretensão punitiva estatal. Como já ressaltado, a natureza instrumental do processo penal está fundamentada no *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir do Estado.

Isto posto, a investigação preliminar é um estágio cognitivo superficial, tendo em vista apenas a análise da materialidade e autoria delitiva. Para LOPES JR. (2006, p.4), a investigação preliminar "não tem como fundamento a pena e tampouco a satisfação jurídica de uma pretensão. Não faz – em sentido próprio – justiça, senão que tem como objetivo imediato garantir o eficaz do funcionamento da justiça".

Nesse sentido, é inequívoco assegurar que há um elo de instrumentalidade entre a investigação preliminar e a ação penal, bem como há um elo entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, sendo um instrumento do outro.

3.2.2. Inquisitorialidade

A inquisitorialidade na investigação preliminar se revela através do desenvolvimento da investigação em si, evidentemente por se tratar de um

procedimento que busca, sobretudo, a comprovação de fatos, e não uma decisão. A fase investigatória é marcada pela ausência de partes, não há sequer acusação, trata-se de mera coleta de indícios que visam munir uma eventual ação penal.

Registre-se que a apuração dos indícios é dirigida pelas autoridades do Chefe de Polícia ou do membro do Ministério Público, atuando de forma a comprovar a existência de um fato ou da autoria deste.

No entanto, reconhecer a inquisitorialidade no procedimento investigativo não inibe a atuação da defesa nesta fase. O fato de não haver partes, acusação e de se tratar de peça unicamente instrutiva, não obsta o acompanhamento por advogado nesta fase pré-processual.

Partindo desse pressuposto, se faz necessária a comprovação no próximo capítulo, de que a característica da inquisitorialidade no procedimento preliminar é compatível com as garantias do devido processo legal. Ou seja, pretende-se demonstrar que, muito embora as inovações trazidas pela Lei nº 13.245/2016 concedam uma natureza garantista à fase investigatória, esta não deixa de ter característica inquisitorial.

4. A LEI 13.245/2016 E A CONSAGRAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NA FASE INVESTIGATÓRIA

4.1. DO ACESSO DO PATRONO AOS AUTOS

A antiga redação do inciso XIV do art. 7º da Lei 8.906/1994 dizia o seguinte:

Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

Com o advento da Lei nº 13.245/2016, a nova redação passou a constar que:

Art. 7º São direitos do advogado: (...) 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.

Num simples cotejo das duas redações, verificamos que as alterações não foram de todo inovadoras, com efeito, as mudanças foram meramente semânticas, notadamente no que concerne a troca de “repartição policial” por “instituição responsável por conduzir investigação”, neste caso, entendendo-se a outras instituições que não a polícia judiciária, como verificado no tópico 4.1 deste artigo.

De toda sorte, a nova redação garantiu ao advogado o acesso aos autos do procedimento investigativo em toda e qualquer instituição que seja responsável por averiguar a investigação, do igual modo, tendo como responsável por conduzi-la toda e qualquer autoridade⁸. Cumpre mencionar que o aludido inciso, ao determinar que o acesso poderá ser feito em “investigações de qualquer natureza”, acolheu ainda os procedimentos de cunho administrativos.

A Lei 13.245/2016 também associou o inciso XVI aos parágrafos, 10, 11 e 12, confirme-se:

§ 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.

No parágrafo 10, nos deparamos com um requisito para que seja possível a viabilização do acesso aos autos ao advogado no procedimento investigativo. Trata-se da apresentação de procuração quando os autos estiverem sujeitos a sigilo.

⁸ Lei nº 13.245/2016. Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza (...)

É no parágrafo 11 onde o viés inquisitorial do procedimento investigativo mais se revela. O aludido parágrafo limita o acesso do advogado aos autos, à vontade da autoridade competente, em se tratando de diligências ainda não colacionadas aos autos, para que seja garantida a eficiência do procedimento ou da finalidade deste. Isso se dá posto que, o acesso do investigado à totalidade da investigação, notadamente nas diligências ainda não documentadas, poderia causar um esvaziamento e a perda da eficácia da investigação, como por exemplo, a destruição de provas ou a coação de possíveis testemunhas.

É o que esclarece o professor Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 161):

Deveras, esse caráter inquisitivo confere às investigações maior agilidade, otimizando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos informativos. Fossem os atos investigatórios precedidos de prévia comunicação à parte contrária (contraditório), seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, em verdadeiro obstáculo à boa atuação do aparato policial. Funciona o elemento da surpresa, portanto, como importante traço peculiar de toda e qualquer investigação preliminar.

Cumpre-se frisar que, antes da nova redação, a limitação do advogado às diligências ainda não documentadas estava assegurada na Súmula 14 do STF, que determina 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”.

No que concerne ao parágrafo 12, este elenca os efeitos da inobservância do que foi preceituado no inciso XVI. Note-se que a redação inclui consequências de cunho criminal e administrativo àquele que obstruir o acesso do advogado aos autos, revelando-se assim um verdadeiro marco na história da advocacia brasileira, notadamente no que tange às prerrogativas do advogado, assegurando o cumprimento da Constituição ao dispor que o advogado é indispensável à administração da justiça.

4.2. DA ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA FASE INVESTIGATÓRIA DO PROCESSO

A grande inovação trazida pela Lei nº 13.245/2016, foi a inclusão do inciso XXI na Lei 8.609/1994, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, observe-se:

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).

A alínea “b” foi vetada pela então Presidenta da República, Dilma Rousseff, após consulta ao Ministério da Justiça, que entendeu que o texto da redação, qual seja, “requisitar diligências”, poderia levar uma interpretação equivocada, vejamos as razões do veto:

“Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição.” (BRASIL, Planalto, Lei 13.245/2016 - Mensagem nº 10 de 12 de janeiro de 2016).

Do que já foi exposto, fica claro que houve uma normatização da atuação do advogado na fase investigatória, seja de cunho processual penal ou administrativo. Tal atuação seria operada através de oitivas, acompanhamento a depoimentos, solicitação de diligências a serem realizadas, ou não, a juízo da autoridade⁹.

De fato, o inciso XXI consagrou no ordenamento jurídico brasileiro a Teoria do Fruto da Árvore Venenosa (*fruit of the poisonous tree*) ao determinar a nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento, bem como de todos os atos deles decorrentes. A Teoria do Fruto da Árvore Venenosa nasceu no direito norte-americano, e determina, em suma, que uma prova obtida por meio ilícito está contaminada pela ilicitude, portanto, não é válida.

É o que expõe Fernando Capez:

Tais provas não poderão ser aceitas, uma vez que contaminadas pelo vício da ilicitude em sua origem, que atingem todas as provas subsequentes. Serão ilícitas as demais provas que delas se originarem. Tal conclusão decorre do disposto no art. 573, §1º, do CPP, segundo o qual “a nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência” (2010, p. 347).

O inciso XVI do art. 7º da Lei 13.245/2016 traz um importante questionamento, frise-se: a obstrução de assistência do advogado ao investigado, ainda que do crime cometido tenha gerado grave prejuízo ao bem jurídico tutelado, gera a nulidade absoluta de um ato? Para a doutrina majoritária, como veremos, a resposta parece ser sim.

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre provas ilícitas nos art. 5º, LVI da Constituição Federal¹⁰ e art. 157 do Código de Processo Penal¹¹. Em que pese a vedação legal, a jurisprudência atual vem entendendo, de forma excepcional, pela admissibilidade de prova ilícita quando esta for em favor do réu.

Isso porque a finalidade do Estado é a aplicação de uma solução justa no caso concreto. Não é finalidade do Estado condenar um inocente, pois estaria se desvirtuando de seu papel jurisdicional, ainda que a prova o tenha sido obtida por

⁹ **CPP, Art. 14.** O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

¹⁰ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

¹¹ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

meios ilícitos. Neste caso, há de se sobrepor a vedação à prova ilícita e a necessidade ímpar da colação desta prova aos autos.

Frise-se, ao tratar da excepcionalidade da admissão da prova ilícita, entende-se pela aquela que, em não havendo outro meio de provar a inocência, e na iminência de uma condenação, o próprio acusado, atuando em legítima defesa, obtenha por meios ilícitos uma prova absoluta.

No entanto, a admissão da prova ilícita “*pro societate*” não encontra apoio de doutrina majoritária como a admissão de prova ilícita “*pro reo*”. O motivo do fenômeno se dá no simples fato de que o Estado, enquanto detentor do direito de punir, e sendo este quem impõe regras a serem seguidas, não poderia estar aliado à ilegalidade.

Porém, o entendimento da admissão de prova em favor do réu é consolidado por grande parte da doutrina. Senão vejamos o que dizem Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:

A teoria, hoje dominante, da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, colhidas com infringência a princípios ou normas constitucionais, vem, porém, atenuada por outra tendência, que visa a corrigir possíveis distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Trata-se do denominado

Verhältnismässigkeitsprinzip, ou seja, de um critério de proporcionalidade, pelo qual os tribunais da então Alemanha Federal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, têm admitido a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre valores fundamentais contrastantes. (Carnota, 2004, apud Grinover, Fernandes, Gomes Filho, p. 136)

Verificando o já alegado, observa-se que a Lei 13.245/16, muito embora consagre uma importante prerrogativa ao advogado, bem como o benefício da nulidade dos atos praticados em favor do investigado, em função da ilegalidade do procedimento ao qual foi submetido, traz à órbita consequências sociais advindas da nulidade ao qual versa o inciso XXI. Trata-se das garantias individuais sobrepondo-se às garantias coletivas.

5. DO PROCESSO 0101914-48.2018.8.20.0001 DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PARNAMIRIM/RN

Em 20 de fevereiro de 2018, no bairro de Emaús, cidade de Parnamirim/RN, três suspeitos foram presos em flagrante delito, na posse de 150 quilos de drogas, conforme o laudo de constatação de fl. 10 dos autos do processo 0101914-48.2018.8.20.0124. Na Delegacia de Plantão, os suspeitos foram interrogados, no entanto, optaram pelo direito constitucional de permanecerem calados.

Segundo o que consta na fl. 04 dos autos em comento, o advogado dos suspeitos solicitou à autoridade policial, o Delegado de Polícia Natanion de Freitas, apresentar quesitos, o que foi indeferido pelo Delegado, que entendeu não haver respaldo legal para tanto.

Em sede de audiência de custódia, os suspeitos foram liberados, em decisão proferida pelo Juiz de Direito Raimundo Carlyle de Oliveira Costa, fundamentando-a com fulcro no inciso XXI, do art. 7º da Lei 13.245/2016. Vejamos:

A prisão em flagrante foi considerada ilegal e relaxada nos termos do art. 5º, LXV, da Constituição Federal, por inobservância do previsto no art. 7º, inciso XXI, alínea a, da Lei Federal 13.245, de 12.01.2016, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994). Expeçam-se os competentes Alvarás de Soltura. (Termo de Audiência de Apresentação de Custodiado, fl. 63 dos autos do processo 0101914-48.2018.8.20.0124)

Após a expedição dos Alvarás de Soltura e a respectiva liberação dos suspeitos, os autos foram remetidos à comarca de Parnamirim/RN, onde o Juiz de Direito Marcos José Sampaio de Freitas expediu mandados de prisão, com base no depoimento do agente policial que deteve os suspeitos, aludindo que o depoimento do policial foi anterior ao flagrante ilegal feito na Delegacia, não sendo contaminado pela ilegalidade. No entanto, os suspeitos se encontram foragidos da justiça.

O caso teve grande repercussão midiática, notadamente pela natureza gravosa do delito cometido. Tanto que a Associação dos Magistrados do Rio Grande do Norte – AMARN, emitiu a seguinte nota de esclarecimento:

(...) A Associação de Magistrados do Rio Grande do Norte – AMARN esclarece que os atos judiciais praticados no Auto de Prisão em Flagrante foram estritamente dentro do que determina a legislação nacional. Houve relaxamento de prisão

em razão da ilegalidade motivada pela negativa do delegado de Polícia em possibilitar os advogados dos acusados a oferta de quesitos no auto de prisão em flagrante, o que gera a nulidade absoluta do ato (...) O flagrante foi considerado nulo e, em razão dessa irregularidade, tornou-se impossível a conversão da prisão decorrente do flagrante em prisão preventiva. Se o flagrante é nulo, desaparecem com a nulidade os indícios de autoria, para fins de prisão preventiva. O relaxamento da prisão ilegal é ato obrigatório nesses casos, e ao Magistrado, cabe a última análise ao cumprimento do devido processo legal e da ampla defesa, máximas insculpidas em nossa Constituição Federal (...) Juiz Cleofas Coelho de Araújo Junior

De igual forma, a Associação dos Delegados de Polícia Civil (ADEPOL/RN) emitiu a seguinte nota em apoio ao Delegado Nataniel de Freitas:

(...) Ocorre que, ao contrário do que foi noticiado, os três flagranteados foram assistidos integralmente por seus causídicos, sendo observados todos os direitos dos envolvidos. Inclusive, após orientação recebida dos advogados, fizeram uso do direito ao silêncio durante o interrogatório. No caso em tela, o delegado de Polícia apenas negou fundamentadamente, o pedido do advogado de fazer “quesitações” aos policiais que realizaram a prisão em flagrante, pois o Art. 7º, inciso XXI do Estatuto da OAB, deve ser interpretado de forma a garantir que o investigado, na fase pré-processual, seja devidamente assistido por seu advogado, não havendo qualquer menção expressa a prerrogativa de interferência em todos os depoimentos de testemunhas e vítimas durante a realização do flagrante ou no curso do inquérito policial. (...)

Neste caso, há um fenômeno peculiar, frise-se, a sobreposição dos direitos e garantias individuais em detrimento dos direitos coletivos. Isso porque o direito penal trata-se “*ultima ratio*”, ou seja, a sua aplicação só será viável quando esgotados outros meios nos diversos ramos do direito. A liberdade é uma máxima no ordenamento jurídico brasileiro.

6. CONCLUSÃO

O conhecimento mínimo da história da advocacia na civilização humana é de suma importância para o profissional do direito. Devemos compreender a origem de uma das mais velhas e honradas profissões da história para que possamos compreender a necessidade do patrono no acesso à justiça. Muito embora seja impossível apontar com exatidão o momento em que se iniciou a prática da

advocacia, é certo que os povos da Antiga Grécia e Roma, tiveram seu papel essencial na formação da advocacia. Ademais, importa frisar a evolução da advocacia no Brasil tendo como marco a criação da OAB e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que criou prerrogativas para a classe aludida.

Passamos então a tratar a persecução penal, ou em suma, a perseguição pelo Estado àquele que cometeu um ilícito penal. Abordamos sua origem nas civilizações antigas, frise-se o papel importante do *magiaí* no Antigo Egito, que ao passo que perseguia criminosos, protegia os cidadãos mais fracos, como crianças e mulheres. Ainda, conceituamos a “*persecutio criminis*” e falamos sobre suas fases, quais sejam, a fase investigativa, mais acentuada pela ação da polícia judiciária, e a fase da ação penal, onde se obtém uma decisão absolutória ou condenatória.

Superada essa fase, iniciamos o estudo da investigação preliminar, notadamente no que tange à busca de autoria e materialidade delitiva. Foi apresentado outros meios de investigação preliminar, que não a polícia, a exemplo das CPIs, ação civil pública e investigações instauradas pelo Ministério Público, de forma que desvinculamos da autoridade policial a ideia de único detentor da investigação, ainda que este seja o maior. Tal estudo tem suma importância para que possamos compreender que a atuação do advogado não se dará apenas na repartição policial, a que se trata a redação da Lei 13.245/2016.

Nesse sentido, verificou-se as características do procedimento investigativo, ressaltando o viés inquisitorial da investigação preliminar, que como bem esmiuçado, mesmo em havendo a Lei 13.245/2016 conferido prerrogativas garantistas, a fase preliminar não perdeu seu caráter inquisitorial, pois não há partes e nem denúncia, havendo de fato, o acompanhamento do advogado e a assistência desde para com o seu cliente.

Em seguida, foi abordada a tese principal desse artigo, qual seja, analisar a atuação do advogado na fase preliminar ao processo judicial, de acordo com a redação da Lei 13.245/2016, mostrando as prerrogativas trazidas pela nova redação, comentando cada inciso e embasando a tese com doutrina. Nesta fase chegamos à conclusão de que, muito embora a Lei 13.245 garanta prerrogativas ao advogado, a nulidade a qual faz jus o inciso XXI da mencionada Lei, pode ter implicações na segurança pública, como foi demonstrado no caso concreto no último tópico, abordando ainda a sobreposição dos direitos e garantias individuais ao direito coletivo.

Por fim, concluímos que a atuação do advogado é imprescindível para que seja garantida a ampla defesa e o direito ao contraditório, em qualquer que seja a fase do processo penal, ou quiçá, de outros ramos do direito. A atuação do advogado é prerrogativa constitucional e é indispensável à administração da justiça, conforme preconiza a Carta Magna. Tais prerrogativas foram consolidadas na Lei 13.245/2016, que modificou o art. 7º da Lei 8.906/1994, notadamente o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

REFERÊNCIAS

ADEPOL, **Associação dos Delegados** de Polícia Civil do Rio Grande do Norte. **Nota da ADEPOL/RN**. Disponível em <<http://www.adepolrn.com.br/destaque-interno.php?id=2848>>. Acesso em 07/05/2018>.

AMARN, **Associação dos Magistrados** do Rio Grande do Norte. **Nota de Esclarecimento**. Disponível em <<http://www.amarn.com.br/noticia/8302/nota-de-esclarecimento-22-02-2018>>. Acesso em 07/05/2018.

ANDRADE, Julio. **Fase pré-processual: investigação criminal**. Disponível em: <<https://juliodeandradeneto.jusbrasil.com.br/artigos/400614607/fase-pre-processual-investigacao-criminal>>. Acesso em 07/05/2018.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. **História da advocacia e da OAB no Brasil**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/8326/historia-da-advocacia-e-da-oab-no-brasil>>. Acesso em 07/05/2018.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília jurídica, 2006.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **A que veio a Lei 13.245/2016?**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/297787041/a-que-veio-a-lei-13245-2016>>. Acesso em 07/05/2018.

BARROS, Francisco Dirceu. **As alterações provocadas pela lei 13.245/2016 no inquérito policial**. Disponível em <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/297608462/as-alteracoes-provocadas-pela-lei-13245-2016-no-inquerito-policial>>. Acesso em 07/05/2018.

BRASIL. **Câmara dos Deputados Federais**. Brasília: Congresso Nacional, 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Planalto, 2018.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988**. Brasília: Planalto, 2018.

BRASIL. **Senado Federal**. Brasília: Congresso Nacional, 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília: STF, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTELLO, Rodrigo. **O que é perseguição criminal?** Disponível em <<https://rodrigocastello.jusbrasil.com.br/artigos/121936855/o-que-e-persecucao-criminal>>. Acesso em 07/05/2018.

DELLAQUA, Leonardo Goldner. **Provas ilícitas “pro societate” no processo penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56215/provas-ilicitas-pro-societate-no-processo-penal>>. Acesso em 07/05/2018.

DRUMMOND, Marcílio Guedes. Dia do Advogado (11 de agosto). **Breve história da Advocacia**. Disponível em <<https://marciliodrummond.jusbrasil.com.br/artigos/218337057/dia-do-advogado-11-de-agosto-breve-historia-da-advocacia>>. Acesso em 07/05/2018.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010.

FONSECA, João Francisco Naves da. **O advogado em Roma**. Disponível em <http://www.lex.com.br/doutrina_22841013_O_ADOVADO_EM_ROMA.aspx>. Acesso em 07/05/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único, 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NASCIMENTO, Ana Luiza Tinoco Rodrigues. **Direito Penal do Equilíbrio**. Disponível em <<https://analutinoco.jusbrasil.com.br/artigos/179918426/direito-penal-do-equilibrio>>. Acesso em 07/05/2018.

REICHERT, Fabíola. **Prova ilícita: inaceitável para condenar, aceitável para absolver? Por que?**. Disponível em <<https://fabireichert.jusbrasil.com.br/artigos/162495285/prova-ilicita-inaceitavel-para-condenar-aceitavel-para-absolver-por-que>>. Acesso em 07/05/2018.

SANTIN, Valter Foleto. ***O ministério público na investigação criminal***. 2. ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

SOARES, Andre. **Prova ilegal no Direito Processual Penal**. Disponível em <<https://afsoaresmg.jusbrasil.com.br/artigos/462269326/prova-ilegal-no-direito-processual-penal>>. Acesso em 07/05/2018.

WIKIPEDIA. **Ministério Público no Brasil**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Minist%C3%A9rio_P%C3%ABlico_no_Brasil. Acesso em 07/05/2018>.