

Data de aprovação: ____/____/____

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL: ALTERAÇÕES COM O ADVENTO DA LEI N° 13.245/16

Tayná Fernandes Marinho¹

Luiz Felipe Pinheiro Neto²

RESUMO

A presente pesquisa tem por escopo analisar a participação do advogado no inquérito policial. De maneira mais específica, objetiva entender quais foram os efeitos que a aplicação da Lei n° 13.245, vigente no dia 12 de janeiro de 2016, a qual alterou o artigo 7° da Lei n° 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), trouxeram para fase investigativa. Além disso, visa observar se o inquérito policial respeita o sistema processual imposto pela Constituição Federal do Brasil de 1988, sendo esse o sistema processual acusatório, o qual conforme o artigo 5°, inciso LV, garante ao acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa em processo administrativo ou judicial. A metodologia empregada para a realização deste trabalho se deu a partir de pesquisas bibliográficas acerca do Direito Processual Penal, além de apreciações legislativas, por meio do método de abordagem dedutivo, utilizando-se principalmente do método de procedimento dialético. Como resultado, verificou-se que, as alterações trazidas com a Lei n° 13.245/16 puderam proporcionar um avanço para a investigação criminal, uma vez ampliou a presença do advogado no inquérito policial, o qual colaborou para fortalecer a defesa e o contraditório para o investigado nessa fase pré-processual. Portanto, tendo como finalidade respeitar os direitos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, pois possibilitou uma maior aproximação do sistema processual acusatório no inquérito policial.

¹ Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, e-mail: taynafm@hotmail.com

² Professor Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte, e-mail: professorluizpinheiro@gmail.com

Palavra-chave: Advogado. Inquérito policial. Lei nº 13.245/16. Constituição Federal de 1988. Sistema processual.

**THE PARTICIPATION OF THE LAWYER IN THE POLICE INVESTIGATION:
MODIFICATIONS WITH THE ADVENT OF THE LAW Nº 13.245/16**

ABSTRACT

The present research has as scope to analyze the participation of the lawyer in the police investigation. More specifically, it intends to understand the effects of the application of Law nº 13.245, effective since January 12, 2016, which amended the article 7 of the Law nº 8.906/94 (Statute of Advocacy and the Bar Association of Brazil), to the investigative phase. In addition, it aims to observe whether the police investigation respects the procedural system imposed by the Federal Constitution of Brazil of 1988, which is the accusatory procedural system, which according to the article 5, subsection LV, guarantees to the accused right to adversarial and the ample defense in administrative or judicial processes. The methodology used to carry out this work based on bibliographical research on criminal procedural law, in addition to legislative assessments, using the deductive approach method, and mainly the dialectical method of procedure. As a result, it was found that the changes brought with the Law nº 13.245/16 could provide an advance for the criminal investigation, once it increased the presence of the lawyer in the police investigation, which collaborated to strengthen the defense and the contradictory to the investigated at this pre-procedural stage. Therefore, with the purpose of respecting the rights established by the Federal Constitution of 1988, because it made possible a closer approximation of the accusatory procedural system in the police investigation.

Keywords: Lawyer. Police Investigation. Law nº 13.245/16. Federal Constitution of 1988. Procedural system.

1 INTRODUÇÃO

Para haver a aplicação da punição penal por parte do Estado em um delito é necessário que sejam respeitadas as duas etapas da persecução penal, sendo elas:

o inquérito policial e a ação penal. O inquérito policial, o qual é o principal foco do presente trabalho, é um procedimento administrativo e preliminar, e tem como finalidade a apuração da infração penal, da materialidade e autoria do crime, para que assim o Ministério Público detenha a Justa Causa e possa promover a ação penal.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 (CFRB) apresenta características de um sistema processual acusatório não somente para a fase processual, mas também para a fase de investigação, uma vez que garantiu o devido processo legal, dá tratamento partidário entre as partes, permitiu a ampla defesa, a publicidade dos atos, é presumida a inocência do indiciado ou réu, assim como outorgou ao preso o direito ao silêncio, a assistência ao advogado, o respeito a integridade física e moral, a inadmissibilidade de prova ilícitas, entre outros.

Em contraponto, tendo como referência o Código de Processo Penal (CPP), vigente desde 3 de outubro de 1941, podem ser observadas características de um sistema processual inquisitivo para o inquérito policial, uma vez que o poder de produção de provas fica na mão de uma única pessoa, a autoridade policial, sendo esse representante do Estado. Portanto, indo de contraponto ao que rege a CFRB.

No dia 12 de janeiro de 2016, entrou em vigência a Lei nº 13.245/16, que modificou a redação do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), conseqüentemente, possibilitando uma maior atuação do advogado no inquérito policial, da mesma maneira que trouxe mudanças nas prerrogativas do causídico e nos direitos do investigado.

A presente pesquisa teve como objetivo específico analisar se a aplicabilidade das inovações oriundas da nova Lei possibilitou fortalecer a defesa e o contraditório para o investigado no inquérito policial, conforme prevê a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LV, bem como observar se o inquérito policial com a Lei nº 13.245/16, buscou respeitar o que delimita a CFRB, no que tange a ser enquadrado em um sistema processual acusatório ou, se, mesmo com o surgimento da Lei supramencionada permanece inserida em um sistema processual inquisitivo.

A problemática norteadora deste artigo surgiu em razão da necessidade de entender os limites da expansão da prerrogativa do advogado com o advento da Lei nº 13.245/16. Assim como, se a nova redação da referida Lei seria uma luz de possibilidades o qual poderia funcionar como um alicerce do sistema acusatório.

No que diz respeito à metodologia, adotou-se o método de abordagem dedutivo, pois parte-se do que legisla a CFRB para entender a finalidade da Lei nº 13.245/16, utilizando-se o método de procedimento dialético. A pesquisa desenvolveu-se a partir de análise bibliográficas, tanto na doutrina quando em outras modalidades de texto, acerca do Direito Processual Penal, assim como apreciações legislativas e artigos científicos.

Devido à relevância teórica do inquérito policial, ela será descrita na primeira seção deste artigo, juntamente a sua origem e evolução, os sistemas processuais penais, o inquérito policial na égide da CFRB e a finalidade do procedimento investigativo. Após, faz-se uma série de prerrogativas do advogado no inquérito policial. Em seguida, será apresentada a Lei nº 13.245/16, assim como as alterações no artigo 7º da Lei 8.906/94. E por fim, a eficácia da aplicabilidade da Lei nº 13.245/16 no inquérito policial.

2 INQUÉRITO POLICIAL

Segundo à tese contratualista da Teoria Geral do Estado de Locke, o Estado foi constituído para manter a ordem, assegurar a defesa, e promover o bem-estar e o progresso da sociedade (MALUF, 2018, p. 78). Respeitando essa linha de raciocínio, Dalmo Dallari (2011, p. 96), entende que a finalidade do Estado é conservar o “bem comum” instaurado na população, ou seja, assegurar o exercício dos direitos e deveres dos cidadãos.

Objetivando garantir os direitos da população e evitar o excesso de poder do Estado, foi preciso estabelecer atividades de atuação para o mesmo, tendo como base a tripartição de poderes de Montesquieu, a qual delimitou a função legislativa, exercida pelo Poder Legislativo elaborando leis; a função executiva, efetuada pelo Poder Executivo, a qual tem a obrigação de administrar o Estado por meio da prática da lei; e a função judiciária, praticada pelo Poder Judiciário com o emprego de realizar a justiça através da interpretação e aplicação da lei nos dissídios.

Além disso, para Fernando Capez (2012, p. 45), o Estado é detentor do “jus puniendi”, isto é, possui o direito de punir após a prática de uma infração penal. Para que isso suceda, Távora e Alencar (2017, p. 129) defendem que devem ser respeitadas as duas etapas da persecução penal do sistema vigente, sendo elas: o inquérito penal e a ação penal. A primeira fase tem a finalidade de investigar e colher elementos capazes de motivar o oferecimento de uma ação penal, dando

justa causa à propositura desta, buscando fundamentos para embasá-la. No que se refere à segunda fase, a ação penal consiste do direito público subjetivo de requerer ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo em um caso concreto.

Assim, para que a punição penal seja aplicada é indispensável ingressar com a ação penal, e possuir elementos probatórios que comprovem a ocorrência do delito, assim como a autoria do crime e os elementos que atestem a sua materialidade. Visando estabelecer a coleta da justa causa, a qual é indispensável para a apreciação da denúncia ou queixa, e, portanto, para o início da ação penal, é realizada a apuração do caso, que pode ser obtida através do inquérito policial, sendo esse um procedimento administrativo, preliminar, de responsabilidade do Estado, conduzido pela autoridade policial, conforme o artigo 4º do CPP.

A fase investigativa tem cunho informativo e preparatório, ocorrendo de uma forma pré-processual, pois o processo penal judicial deve ser iniciado após a apuração dos fatos, estabelecendo itens suficientes capazes de fundamentar a acusação. Como ensina Tourinho Filho (2003, p. 192), o inquérito é “o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.

É importante ressaltar que, o inquérito não é indispensável à propositura da ação, pois o Parquet pode propor a ação penal quando contar com informações suficientes, os quais podem ser obtidos por meio de *notitia criminis* ou de peças de informação, não havendo a necessidade do procedimento administrativo, conforme o artigo 27 do CPP, qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Parquet, quando caiba a ação pública, fornecendo-lhe elementos de informações por escrito.

Nessa linha de raciocínio, após o conhecimento da infração penal, em acordo com o artigo 6º do CPP, a autoridade policial irá transcorrer com a investigação estabelecendo diligências para a apuração do caso, destarte estará voltado para a colheita de provas, bem como irá apreender objetos que tiverem relação com o delito; determinará perícias, caso julgue necessário; ouvirá vítimas, testemunhas e ofendidos; entre outras medidas.

Nesse percurso, o delegado deve zelar pela estrita observância dos direitos e garantias individuais do investigado, atuando de maneira imparcial, fornecendo os elementos informativos tanto para a acusação quanto para a defesa. No final da realização de todas as diligências, o procedimento administrativo deve ser encerrado com a elaboração do relatório final contendo a apuração do caso, sendo remetido ao

juiz, no entanto o Ministério Público que é o destinatário final, uma vez que é o órgão responsável por realizar a denúncia.

2.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem do inquérito policial foi firmada na Grécia antiga, local em que havia a prática investigatória para apurar a probidade individual e familiar daqueles que eram eleitos magistrados, dos quais, dez, denominados estínomos, eram encarregados do serviço policial (DUARTE, 1996 *apud* EFFTING, 2013).

Já em Roma, ficou conhecido como “inquisitio” o ato do magistrado de delegar poderes à vítima ou familiares para que pudessem realizar uma investigação do crime e localizar o criminoso, desse modo, configurava acusador do caso. Conforme expressa Mendes de Almeida Júnior (1959, p. 224):

“O acusador recebia do magistrado uma comissão (legem), com poderes para o inquérito e com a fixação de um prazo, “dies inquirendi”, para proceder as diligências. Esta comissão, verdadeira delegação do poder judiciário, dava ao acusador o direito de dirigir-se aos lugares, coligir indícios, visitar e ouvir testemunhas, notificá-las para o comparecimento no dia do julgamento, proceder arresto de documentos e coisas necessárias à prova, tirar cópias e requerer autenticações, e mesmo a busca e apreensões, penetrando na casa do acusado e de seus amigos”.

Após alguns anos, ocorreu uma modificação no procedimento podendo, então, o acusado investigar elementos que pudessem inocentá-lo, sendo o meio do contraditório para o mesmo. Nesse viés, de início, as próprias partes, vítima e ofendido, eram que colhiam os elementos de prova, em seguida, eram realizadas a inquirição e acusação dos crimes, a qual era competência somente do juiz.

Posteriormente, no período dos imperadores de Roma, o método “inquisitio” passa a ser função do oficial público, por delegação da legislação romana, a princípio nos casos de flagrante delito e aos malfeitores de profissão. No decorrer do tempo foi aplicado para todos os indiciados em crime (MEIRA, 2012, p.5).

A primeira forma aplicada na persecução criminal foi o “acusatório”, uma vez que o juiz mantinha a distância da investigação, e quem era responsável pela acusação era o particular. E caso o magistrado entendesse pela acusação, concedia uma “LEX”, sendo esse um mandado que autorizava o prejudicado a realizar a chamada “inquisitio”, ou seja, a busca de elementos e provas para justificar sua acusação, diligenciando por conta própria.

No século XIII, foi instaurado na investigação criminal o sistema inquisitivo. Nessa época, existiam funcionários, os “quaesitores”, responsáveis por fazer a apuração e denúncia do crime. Porém, se o caso fosse fora de Roma, havia os “Irenarchae”, “Curiosi” e “Stationari”, encarregados de investigar os crimes nas regiões, realizar a prisão e apresentar o delinquente ao magistrado (NORONHA, 1974 *apud* MEIRA, 2012).

Nesse sistema, há uma proximidade do juiz com a apuração do caso, o qual detinha a função de acusar e julgar, não havendo direito de defesa ao acusado. Foi marcado pela utilização da Igreja Católica, que naquele tempo detinha muito influência perante a sociedade, e buscava desse modo eliminar os tidos como pecadores daquele tempo. Utilizando-se de suplícios, a exemplo do uso de fogueiras o qual queimavam aqueles que negavam a confessar prática de bruxaria, ou eram considerados hereges, nesse caso não havia chance da pessoa oferecer defesa, era imputada apenas por testemunhas, ou de se ouvir dizer, promovendo uma caçada sem tréguas aqueles que eram apontados como culpados.

A partir do século XVIII foi iniciado um movimento na Europa contra o sistema inquisitivo, buscavam um sistema mais humanitário, que teve como aliados nomes de Montesquieu e Voltaire. Destarte, na França, com as Ordenações Francesas de 1539, surgiu à terceira forma de processo conhecida por sistema “misto ou híbrido” (TORNAGHI, 1977 *apud* MEIRA, 2012). Nesse sistema o procedimento era dividido em duas fases, a preliminar de investigação, interrogatório, tendo como denominação de instrução; e na segunda fase o acusado era pré-julgado pelos que compunham o júri de acusação, posteriormente era levado ao júri de julgamento, o qual era realizado de forma pública, oral e contraditória.

No que se refere à normatização do processo penal no Brasil, esse decorreu da criação do Código de Processo Criminal de 1832, que dava competência aos juízes de paz, conforme artigo 12, §4º, para “proceder o auto de corpo de delito, e formar a culpa dos delinquentes”. De acordo com o artigo 35, §3º desse Código, o Juiz Municipal detinha a atribuição de exercer cumulativamente a jurisdição policial.

Com o passar do tempo, foi surgindo indícios da existência do inquérito policial, havia alguns dispositivos que disciplinavam os trabalhos de investigação policial com base em denúncia ou queixa, como, por exemplo, o Regulamento n.º 120/1842, que atribuía à polícia o poder de julgar pequenos delitos.

A nomenclatura “inquérito policial” foi introduzida no campo normativo brasileiro com a edição da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, que dispõe no artigo 42, que “o inquerito policial consiste em todas as diligencias necessarias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circumstancias e dos seus autores e complices; e deve ser reduzido a instrumento escripto”³.

No ano de 1941, surgiu o Código de Processo Penal atual, por meio do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o qual foi estabelecido sob influência do fascismo italiano, bem como do autoritarismo do Governo Vargas. Com o surgimento deste Código o legislador brasileiro não fez nenhuma modificação as normas já existentes no tocante ao inquérito policial. É importante destacar que o CPP de 41, o qual é vigente até os dias atuais, apresenta várias características do sistema inquisitivo no que se refere à fase investigativa.

No ano de 1988 foi promulgada a CFRB, a qual adotou o sistema acusatório como o sistema processual penal vigente, sendo apresentadas funções de acusar e julgar em órgãos diferentes, trazendo também vários princípios e garantias que ratificou o sistema supracitado.

O conflito que existe na origem e evolução do inquérito policial no Brasil é em decorrência da falta de conformidade de qual seria o devido sistema processual penal aplicado na fase investigativa, uma vez que o CPP, criado em 1941, não corrobora com os ideais declarados na Constituição Federal de 1988.

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Para que seja realizado o estudo sobre os sistemas processuais penais é preciso compreender o significado da palavra “sistema” no universo jurídico, sendo esse, etimologicamente, o conjunto de normas regulamentadoras que objetivam organizar o ordenamento jurídico. Corroborando a isso, Paulo Rangel (2009, p. 47) denomina o sistema como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal no caso concreto”.

³ Leia-se: “o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”

Por meio da análise da história, podemos observar que o surgimento de diferentes sistemas processuais foi influenciado em decorrência da época, transformações sociais e principalmente políticas de cada período. Colaborando a esse pensamento, Aury Lopes Jr. (2008, p. 55) diz que “os sistemas processuais inquisitivos e acusatórios são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época”.

Sendo assim, foram condensados três sistemas principais no ordenamento jurídico: a) acusatório; b) inquisitório; c) misto.

2.2.1 Acusatório

O sistema acusatório teve sua vigência durante a antiguidade na Grécia e na Roma, no período da Idade Média, sendo o procedimento usado, a acusação, criada pelos gregos e desenvolvido pela república romana.

É presente a separação de funções, sendo, então, composto pelo: juiz, o qual é imparcial e objetiva a aplicação da lei, somente se manifestando quando devidamente provocado; o autor, quem faz a acusação; e o réu, que utiliza todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, há a criação do *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.

O processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, salvo exceções determinadas por lei. Tem início quando o acusador requerer e, além disso, a decisão do tribunal está limitada ao caso e às circunstâncias apresentadas pelo mesmo. Ocorre como um debate público, oral, contínuo e contraditório. E após isso, o órgão jurisdicional decide de acordo com o que foi alegado e provado entre as partes, sendo o sistema de provas adotado o do livre convencimento, ou seja, a sentença é motivada com base nas provas apresentadas nos autos.

Não havendo a iniciação do processo por meio do juiz *ex officio*, existindo um órgão próprio, o Parquet, criado pelo Estado para a propositura da ação. Desse modo, o titular da ação penal pública passa a ser o Parquet, afastando, assim, o juiz da persecução penal. Em colaboração a isso, Joan Grau (1994, p. 23) diz que:

“O importante é não encomendar ambas as tarefas (acusar e julgar) a mesma pessoa: o juiz. A separação inicial de ambas as funções é pressuposto necessário mesmo que não suficiente para configurar o caráter acusatório do processo.

No fundo a última razão do processo acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz, para que seja um autêntico julgador *supra partes*.”

Pode-se dizer que, nesse sistema, o réu é sujeito de direitos, conseqüentemente, a ele é garantido o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, e demais princípios limitadores do poder punitivo. Ademais, outra garantia dada ao investigado é a presunção da sua inocência, e em decorrência disso tem a possibilidade de responder o processo em liberdade.

É significativo fazer uma relação do sistema acusatório com a teoria do garantismo penal defendida por Luigi Ferrajoli, uma vez que essa teoria considera o acusado um sujeito de direitos, tutelados pelo Estado, o qual tem o dever de protegê-lo em qualquer fase do processo. Conforme Ferrajoli (2006, p. 518), “são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento”.

Com o passar dos anos, o descontentamento com o sistema acusatório fez com que os juízes tomassem para si as atribuições dos acusadores privados, originando a união em um mesmo órgão, o Estado, a função de acusar e julgar, ocorrendo assim o declínio desse sistema e o surgimento do sistema inquisitivo. Somente no século XVIII, após a Revolução Francesa, com os seus ideais de valorização do homem que houve o retorno do sistema acusatório.

Esse sistema vigora atualmente nos países que respeitam a liberdade individual e que possuem uma base sólida democrática, pois dá equidade entre as partes, garantido a ambos o direito de defesa.

2.2.2 Inquisitivo

O sistema processual penal inquisitivo surgiu no período monárquico e teve desenvolvimento durante o direito canônico, foi adotado por toda a legislação da Europa dos séculos XII ao XVIII. Seu aparecimento foi depois do acusatório, com a justificativa de não poder deixar a defesa social na mão dos particulares, uma vez que tinha a concepção de um poder central absoluto, protagonizado pelo Estado.

Desenvolveu-se em razão da junção de interesses entre a Igreja Católica, a qual afirmava sua universalidade e lutava contra os infiéis, e os estados nacionais sob regime de monarquia absoluta, que objetivavam se firmar contra o poder feudal. Naquela época a influência da Igreja era tão extrema que a definição da palavra inquisitivo é “relativo ou o que envolve inquisição, ou seja, antigo tribunal eclesiástico

instituído com o fim de investigar e punir crimes contra a fé católica” (AURÉLIO *apud* RANGEL, 2009, p. 48).

Esse sistema é regido pela inexistência de contraditório e ampla defesa, com a concentração nas mãos do Estado-juiz das funções de acusar, defender e julgar, ou seja, o órgão que investiga é o mesmo que pune, comprometendo a parcialidade na deliberação do caso. Em consequência, o juiz não forma seu convencimento diante das provas apresentadas pelas partes, mas visa convencer àqueles do processo sobre a íntima convicção, uma vez que já detém, previamente, seu juízo de valor. Em observância a isso, Aury Lopes Jr. (2007, p. 68) expressa que esse sistema “foi desacreditado – principalmente por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.

O procedimento desse sistema é estabelecido de forma sigilosa e escrito, consequentemente é produzido as provas em segredo, o acusado não sabe por qual crime está sendo investigado, durante o seu julgamento é mantido preso, e ao final não tem conhecimento da fundamentação da decisão do magistrado. Além disso, são mitigados os direitos e garantias individuais, uma vez que não existia o direito ao contraditório e a ampla defesa. Assim, o mesmo deixa de ser um sujeito de direitos e passa a ser um mero objeto de investigação, sendo submetido ao processo numa condição de absoluta sujeição.

A valoração de provas adotada foi o sistema de prova legal, no qual as provas tinham valor previamente estabelecido. Nessa época, foi permitida a utilização de tortura como meio para conseguir a prova máxima: a confissão do acusado; pois tem como meta a averiguação da verdade histórica, sob cuja base deveria se fundar a decisão final do processo, podendo ser utilizado qualquer meio para a obtenção dessa verdade.

2.2.3 Misto

O sistema misto teve seu desenvolvimento no século XIX, o qual possuía como lei base o *Code d'instruction criminelle* francês de 1808, que se difundiu com a Revolução Francesa e a dominação napoleônica.

Nesse sistema são presentes fortes influências do sistema acusatório e do sistema inquisitivo. Podendo ser dividido em duas fases procedimentais distintas: a) a instrução preliminar, essa inspirada no sistema inquisitivo, ocorre de forma secreta

e escrita, o trâmite fica a cargo do juiz, que procede às investigações, colhendo provas com a finalidade de possuir respaldos para, posteriormente, realizar a acusação perante tribunal competente; b) a judicial, que se dá o julgamento, havendo a fase contraditória, ocorrendo o debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto, o Ministério Público, do que irá julgar.

Segundo Fernando Capez (2008, p. 46), o sistema misto caracteriza por ter “uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”.

Destarte, desenvolve um modelo que objetiva a preservação da função jurisdicional, o que é um avanço frente ao sistema inquisitivo, pois mesmo o juiz dotando de poderes instrutórios como no caso da gestão de provas *ex officio*, esses meios probatórios são entregues ao Parquet, o qual detém a função de acusar. É importante lembrar que é presente na fase judicial o direito ao contraditório, ampla defesa, presunção da inocência, entre outras características trazidas pelo sistema acusatório.

Por fim, é nítida a aproximação desse sistema processual com o Estado Democrático de Direito, uma vez que são sustentadas garantias constitucionais às partes do processo.

2.3 O INQUÉRITO POLICIAL NA ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, adotou o sistema acusatório, segundo Denilson Feitoza (2009, p. 65), uma vez que estabeleceu a divisão das funções de jurisdição, legislação e administração no Estado, conforme artigo 2º, da CFRB. Inclusive no processo penal quando traz distinção entre as funções de acusar (“administrativa”) e de julgar (“jurisdicional”).

Sendo essa diferença de quem é responsável por acusar e quem realiza o julgamento uma das principais características desse sistema. Nesse sentido, Paulo Rangel (2008, p. 49) diz que “a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular”.

No que tange ao julgador, essa competência é de total responsabilidade do Estado-juiz, o qual tem a obrigação de respeitar os princípios constitucionais da iniciativa das partes e da imparcialidade do juiz, respectivamente, o magistrado deve

permanecer inerte, não podendo dar início a uma lide, e no decorrer do processo é seu dever se manter imparcial.

Além disso, Fernando Capez (2008, p. 45) também traz alguns princípios e garantias previstos na Carta Maior que ratificam tal sistema, os quais são:

“O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII).”

Ademais, a Carta Magna garantiu vários direitos aos acusados não somente na fase processual, mas também na fase de investigação, que confirmam a aplicação do sistema acusatório, visto que no artigo 5º determinou que o preso tem assegurado o direito de permanecer calado, ter assistência da família e do advogado, ser respeitado a sua integridade física e moral, saber por qual crime está sendo investigado e à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial. Ainda, é aplicado o princípio da presunção da inocência, do devido processo legal, da inadmissibilidade de provas ilícitas, entre outros.

Porém, existe um conflito de qual sistema deve ser aplicado no inquérito policial, uma vez que a CFRB não versa absolutamente da fase investigativa, criando, assim, uma lacuna referente a esse procedimento, não deixando claramente delimitado se a ele é também aplicado o sistema acusatório. Diante disso, o inquérito ficou regido por meio de normas expressas no CPP vigente, o qual traz características ainda de um sistema inquisitivo.

Buscando resolver essa discussão, é importante que seja analisado o lapso temporal da criação do CPP, o qual foi promulgado em 3 de outubro de 1941, e a CFRB, que foi expedido em 5 de outubro de 1988. Desse modo, foram criados em preceitos históricos distintos, o que justifica, dessa maneira, as suas divergências no que tange a qual sistema processual penal deve ser adotado.

Respeitando a Teoria da Pirâmide de Kelsen, a Constituição deve ser considerada superior diante de qualquer Código. Portanto, com a finalidade de respeitar a Carta Maior, com o decorrer dos anos, foram criadas algumas normas objetivando possibilitar que a fase investigativa pudesse cada vez mais se aproximar do sistema acusatório, entre eles é possível encontrar a Súmula Vinculante 14 do

STF, a qual dá a possibilidade do advogado ter acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório realizado pela polícia judiciária, e a Lei nº 13.245/16, que concedeu inovações nas prerrogativas do advogado no inquérito policial.

Ainda assim, alguns doutrinadores afirmam que o inquérito policial é baseado no sistema inquisitivo, justificando somente pelo fato do procedimento investigativo não ter a possibilidade da ampla defesa e do contraditório, e por ser uma fase que ocorre em sigilo em alguns casos, conforme expressa o CPP.

É importante delimitar que a fase investigativa decorre em sigilo, mas não se trata de um segredo em face de todo procedimento, como era no sistema inquisitivo, uma vez que o acusado sabe por qual crime está sendo investigado. Nesse caso, o sigilo é aplicado para a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, como dispõe o artigo 20 do CPP. A autoridade policial dispõe da discricionariedade, pois objetiva apurar de forma correta o delito, não havendo intervenção na investigação ou fraudes nas provas colhidas. Justifica o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, que é preciso o sigilo no inquérito policial por ser um “instrumento mediante o qual se garante a inviolabilidade do segredo, e serve à autoridade condutora das investigações, visando à elucidação do fato, mas preserva ao mesmo tempo a intimidade, vida privada, imagem e honra das pessoas envolvidas na apuração” (STF, Inquérito nº. 2424). Mas, é deveras salutar que o sigilo não se estende nem ao magistrado, ao Ministério Público e ao advogado da defesa.

Além disso, é preciso entender que o inquérito policial é uma fase pré-processual e administrativa, não existindo partes, apenas há a autoridade investigando e o suposto autor da infração na condição de indiciado. Como referência, Eugênio Oliveira (2013, p. 13) dispõe que “convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo”. Desse modo, informa que a fase investigativa não é um processo, mas sim uma fase anterior ao processo, com a finalidade de apurar a infração penal cometida e juntar provas para que acusação possua respaldo para promover a ação penal.

Portanto, é na ação penal, a qual é de fato o procedimento que irá ser responsável por julgar o caso, que é necessário existir com veemência a ampla defesa e contraditório. Não deixando de lado a ideia de que na fase investigativa também pode haver o direito de defesa de modo que se estabelece por meio de

algumas interferências do advogado, como por exemplo, estipulado pelo artigo 7º do EOAB, o qual busca garantir os direitos do acusado.

Ademais, ainda em posição minoritária, Marta Saad (2004, p. 221-222), defende que deve existir a defesa no inquérito policial, ela diz que:

“se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o direito de defesa, porque esta tem lugar ‘em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa’, e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão.”

Então, em acordo com as normas constitucionais, na fase de investigação é reservado o respeito às garantias dos acusados, prevalecendo à dignidade da pessoa humana frente ao árbitro do Estado, deixando de lado os traços do sistema processual inquisitivo e estabelecendo cada vez mais o sistema acusatório delimitado pela CFRB.

2.4 A FINALIDADE DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO

O principal objetivo do inquérito policial é dar sustentação a justa causa, para que o Ministério Público ou os particulares possam propor, respectivamente, uma ação penal pública ou ação penal privada (RANGEL, 2009, p. 70).

No transcorrer do procedimento investigativo, a autoridade determina diligências com a finalidade de apurar as circunstâncias, materialidade e autoria do delito, conforme pontua o artigo 2º, §1º da Lei nº 12.830/2013. Buscando fornecer elementos probatórios para o titular da ação penal promovê-la em Juízo, sendo, assim, fundamental para sustentar a acusação.

Nesse diapasão, Távora e Alencar (2017, p. 131) aduz que:

“O inquérito policial vem a ser o procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, no intuito de identificar o autor do ilícito e os elementos que atestem a sua materialidade (existência), contribuindo para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, ou seja, fornecendo elementos para convencer o titular da ação penal se o processo deve ou não ser deflagrado.”

Respeitando esse raciocínio, o propósito da investigação é auxiliar a Justiça Criminal, possibilitando uma segurança na ação judicial e até mesmo do próprio acusado, pois na fase pré-processual são reunidos todos os elementos de

informação para apontar com firmeza a ocorrência do delito e o seu autor. Portanto, conforme entende Guilherme Nucci (2014, p. 108), essa instrução prévia objetiva que não haja a propositura de processos com acusações infundadas, posto que o ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo para qualquer indivíduo.

Deve ser levado em consideração, que o procedimento investigativo tem também a finalidade de fornecer elementos de informação ao juiz, pois contribui para a decretação de medidas cautelares no decorrer da persecução penal, no qual o juiz pode até mesmo proferir decisões ainda antes de iniciado o processo penal, como por exemplo, a decretação da prisão preventiva conforme o artigo 311 do CPP.

3 PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL

É de conhecimento que o advogado é legalmente habilitado a exercer a advocacia judicial, amparando os interesses de outrem quando discutido judicial ou extrajudicial. Corroborando a isso, a CRFB em seu artigo 133 dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Sendo conferido ao advogado o dever de garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais da sociedade e do Estado de Direito. Nesse sentido, Alexandre de Moraes (2003, p. 421) diz que “tal previsão coaduna-se com a necessária intervenção e participação da nobre classe dos advogados na vida de um Estado democrático de direito”.

A participação do advogado no inquérito policial objetiva permitir um melhor controle na investigação policial para que seja evitada arbitrariedade e abuso de autoridade. Sendo assim, é uma parte importante no procedimento administrativo, pois busca fiscalizar a fase investigativa a qual poderá dar base para uma ação penal, portanto devendo atuar no interesse dos seus clientes, desempenhando a supervisão de atos ilegais que possam ser praticados durante esse procedimento.

O sistema normativo brasileiro assegura também ao advogado regularmente constituído pelo indiciado, o direito de pleno acesso aos autos na investigação penal. Nessa esteira, no dia 02 de fevereiro de 2009, foi aprovada em sessão plenária do STF, a Súmula Vinculante nº 14, a qual estabeleceu 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”. Pode-se dizer

que um dos objetivos dessa Súmula Vinculante é proporcionar ao advogado as informações já introduzidas na fase de investigação, possibilitando uma análise se a produção de prova foi obtida por meio lícito. Consequentemente, salvaguardando a publicidade na fase pré-processual.

Além disso, pode o casuístico no momento do interrogatório no inquérito judicial acompanhar o seu cliente investigado, objetivando ali garantir que seus direitos durante o interrogatório sejam respeitados, como por exemplo, o direito ao silêncio em casos de auto incriminação. Assim como, busca poder ajudar a diminuir a pressão que muitas vezes é exercida sobre ele naquela situação.

Ademais, o artigo 7º, inciso III do EOAB, assegura ao advogado o acesso ao indiciado preso, podendo ele “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração”, e conversar com o indiciado sobre os fatos ocorridos pelo qual foi preso, conhecendo sua versão da história, informar sobre a natureza da infração lhe imputada, o direito a permanecer calado e averiguar se foi resguardado a sua integridade física e moral na ocasião da prisão.

Em conformidade com o artigo 7º, inciso VI, alínea “b”, do EOAB, é direito do causídico o acesso à autoridade policial, uma vez que pode ingressar livremente em “delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares”.

É garantido ao advogado, também, o acompanhamento à defesa, conforme o artigo 7º, inciso XI, do EOAB e o artigo 5º, inciso LXIII, da CFRB, os quais dispõem, respectivamente, o direito de reclamar perante autoridade policial quando a inobservância de preceito legal, regulamento ou regimento, e o direito de ser informado sobre a prisão para assim poder dar assistência ao indiciado. Consequentemente, buscando garantir a sua proteção à liberdade, podendo o defensor impetrar um Habeas Corpus, como prescreve o artigo 5º, inciso XXXIV, da CFRB.

Ainda, é salvaguardado o direito do defensor ter acesso aos processos administrativos de qualquer natureza, assim como retirar autos de processo findos, mesmo sem necessidade de apresentar procuração, pelo prazo de dez dias, de acordo com o artigo 7º, inciso XV e XVI, do EOAB.

Portanto, a atuação do advogado no inquérito policial é de suma importância, uma vez que proporciona através de seu conhecimento técnico a guarda dos direitos de seu cliente conforme os ditames da lei. Colaborando a esse

entendimento, Marta Saad (2004, p. 203) diz que “no inquérito policial, esteja o acusado preso em flagrante delito ou não, a atuação do advogado é relevante para solicitar a produção de provas, em favor do suspeito ou indiciado, de modo a garantir, posteriormente, um juízo de acusação justo e equilibrado”.

4 LEI Nº 13.245/2016

No dia 12 de janeiro de 2016, entrou em vigência a Lei nº 13.245, que alterou o dispositivo do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994), objetivando conferir maior participação do advogado na investigação preliminar, promovendo uma grande repercussão entre os juristas do Direito Penal, principalmente àqueles que atuam em defesa do investigado ainda em sede administrativa do inquérito policial.

Para melhor entendimento do que essa Lei propôs, é importante mencionar que a redação anterior estabelecida pela Lei nº 8.906/1994 no seu artigo 7º expressava que:

“Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV – examinar 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” (BRASIL, 1994)

Em específico, a Lei nº 13.245/2016 modificou a redação do artigo supracitado em seu inciso XIV, adicionou o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12, conforme dispõem em redação final os seguintes dispositivos:

“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;

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.” (BRASIL, 2016)

Essa Lei foi decorrente de um Projeto de Lei nº 6.705/13–A, apresentado na Câmara dos Deputados, através do Parlamentar Arnaldo Faria de Sá (2013, p. 11), o qual justificou que a norma do projeto buscava estabelecer “a possibilidade de o advogado assistir aos seus clientes investigados durante a apuração de infrações, cominando a nulidade do procedimento investigatório realizado sem sua observância, bem como o direito de apresentar razões formular quesitos e requisitar diligências”. No entanto, é perceptível em acordo com a letra da Lei mencionada anteriormente, que no transitar do seu projeto não foi mantida toda a ideia inicial do Parlamentar, uma vez que foi vetada a alínea que delimitava a requisição de diligências por meio do advogado.

Portanto, as inovações oriundas da Lei trouxeram profundas mudanças na fase de investigação criminal, pois concedeu novos direitos ao advogado, quais sejam, o acesso aos autos de inquérito policial, a possibilidade de dar assistência ao seu cliente investigado durante a fase da investigação, sob pena de nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento, assim como os decorrentes desses, e também obteve a garantia de apresentar razões e quesitos.

4.1 ALTERAÇÕES NO ARTIGO 7º DA LEI Nº 8.906/1994

4.1.1 Artigo 7º, inciso XIV

De acordo com a leitura antiga do artigo 7º, inciso XIV, da Lei nº 8.906/94, é possível observar que era direito do advogado examinar apenas autos de flagrante e de inquérito, sendo esses somente realizados em repartição policial.

Sendo assim, a primeira mudança que pode ser analisada com a redação da Lei nº 13.245/16 diz respeito à substituição do termo “inquérito policial” por “investigação de qualquer natureza”, o que proporcionou uma ampliação na natureza da investigação que o advogado poderá atuar, ou seja, agora o defensor pode ter

acesso tanto ao inquérito policial, como ao termo circunstanciado e ao boletim de ocorrência.

Outra alteração foi quanto à expressão “qualquer repartição policial” utilizada na lei antiga por “qualquer instituição responsável por conduzir investigação”, que permitiu ao advogado o acesso aos autos em todos os órgãos/repartição que realizam investigação, não havendo mais uma restrição à sede policial, mas também abrangendo o procedimento investigatório criminal produzido, por exemplo, pelo Ministério Público, as Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras.

A nova Lei também assegurou ao advogado o direito de “copiar e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”, dessa forma garantindo que o mesmo possa utilizar inovações tecnológicas, como por exemplo, tirar fotos via celular ou por meio do uso de pen drive dos autos do inquérito policial.

4.1.2 Artigo 7º, inciso XXI

Já no que tange as outras inovações feitas pela nova lei, pode ser verificado a adição do inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual expandiu a participação do advogado no inquérito policial, sendo assegurando a ele o direito de assistir ao seu cliente investigado durante a apuração das infrações. Confirma isso Manoel Peixinho (2016, p. 1062) quando diz que “deve o advogado assistir ao seu cliente para que possa participar do inquérito com pleno conhecimento dos fatos que são investigados e que possivelmente serão objeto de indiciamento ou de provas numa futura ação penal”.

O inciso supracitado também estabeleceu uma penalidade caso seja negado ao advogado o direito de assistir ao seu cliente, desse modo se ocorrer inobservância da norma haverá uma “nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados”. Isto é, se não for permitido o acompanhamento do advogado ao seu cliente investigado durante o interrogatório, todos os atos ali praticados e futuros serão nulos.

É importante destacar que a norma não tornou obrigatória a presença do advogado em todos os atos realizados no curso da investigação, somente proporcionou ao defensor o direito de participar da inquirição do investigado. Afirmar Edmundo Vieira (2016, p. 131) que:

“Na realidade, o almejo do legislador em ampliar a atuação do defensor ainda em fase de investigação é limitada ou propositalmente frágil. Afinal, se o defensor precisa estar presente do início ao final da investigação, seria necessário que houvesse uma nulidade entre os atos realizados, caso não fossem devidamente acompanhados do advogado, não somente a partir da oitiva. A opção dada pelo legislador em delimitar como marco inicial a oitiva do investigado, é porque os atos como depoimento e interrogatório são o foco da nova lei em questão.”

Ademais, a alínea ‘a’, do inciso XXI do mesmo artigo, fez menção ao direito do advogado de “apresentar razões e quesitos” no curso da apuração do inquérito policial. Tal normativa tem apresentado bastante conflito na sua interpretação, desse modo, futuramente, o presente trabalho analisará com maior particularidade as divergências das interpretações metodológicas.

A alínea ‘b’ do mesmo dispositivo, que permitia a defesa requisitar diligências, foi vetada. Segundo o Ministério da Justiça, em Mensagem nº 10, de 12 de janeiro de 2016, “da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça”. Contudo, existe a previsão, conforme artigo 14 do CPP, de que é direito do “ofendido, ou representante legal, e o indiciado poderão querer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. Desse modo, é assegurado ao advogado solicitar diligência, no entanto a realização ficará dependendo do juízo discricionário da autoridade.

O recém adicionado §10 no inciso prevê que nos casos de inquérito policial com sigilo decretado, o acesso aos autos somente poderão ser disponibilizados para o advogado que assiste ao seu cliente com a apresentação da procuração. Destarte, na fase de investigação, o comum é que o casuístico ter direito ao acesso aos autos sem necessidade de procuração, uma vez que a publicidade é a regra, em acordo com o artigo 5º, inciso XXXIII da CFRB. Colaborando a isso, destaca Renato Lima (2016, p.116):

“Apesar de a regra ser a publicidade ampla no processo judicial, deve-se compreender que a publicidade, como toda e qualquer garantia, não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrição e, situações em que o interesse público à informação deva ceder em virtude de outro interesse de caráter preponderante no caso concreto”

A nova lei também acrescentou o §11, segundo o qual, “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”, sendo outra hipótese de restrição das prerrogativas do advogado na fase investigativa, quando as diligências que estão em andamento possam comprometer a eficácia da investigação estando sob o manto do sigilo interno.

Além disso, o §12 também introduzido com a Lei nº 13.245/16 expressa que:

“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”.

O dispositivo em epígrafe tem a finalidade de garantir efetividade à nova regulação em caso de descumprimento do inciso XIV, ou seja, caso haja negativa de acesso aos autos ou a subtração de peças do inquérito policial com o intuito de prejudicar de alguma maneira a defesa, irá configurar crime de abuso de autoridade. Justen Filho (2014, p. 1107) afirma que a nova legislação prevê a hipótese de abuso de autoridade que “consiste no exercício reprovável de competências administrativas que traduzem o poder de coação física, de modo a produzir violação de direitos fundamentais de um particular atinentes à sua dignidade, patrimônio e liberdade”.

4.1.2.1 As metodologias das interpretações do inciso XXI, alínea “a”

Em primeiro lugar, é preciso entender que interpretar uma lei, segundo Tourinho filho (2013, p. 99) é “descobrir ou revelar a vontade contida na norma jurídica”. Essa interpretação pode ser dividida quanto à origem ou ao sujeito que a realiza, quanto ao modo ou aos meios empregados e quanto ao resultado.

Como já aludido previamente, a alínea “a” do inciso XXI do artigo 7º adicionado pela Lei nº 13.245/16, a qual expressa o direito do advogado no curso da apuração apresentar razões e quesitos causou bastante conflito em sua interpretação, quanto à menção ao termo “quesitos”.

A expressão “razões” referencia os argumentos jurídicos que podem ajudar na condução do inquérito, ou seja, segundo Manoel Peixinho (2016, p. 1063), “o advogado pode requerer que a autoridade policial chame o feito administrativo à ordem para: arguir vícios que possam provocar nulidade, suscitar dúvidas,

esclarecer pontos obscuros ou contraditórios e outros aspectos considerados relevantes”. No entanto, a autoridade policial, uma vez que motive a sua decisão, poderá indeferir os requerimentos apresentados pelo advogado.

Para melhor compreensão da problemática que o entendimento divergente do termo “quesitos” vem trazendo é possível expor um caso concreto de uma prisão em flagrante pelo crime de tráfico de drogas. Segundo o site G1 RN, no mês de fevereiro de 2018, em Parnamirim/RN, o juiz Raimundo Carlyle relaxou uma prisão de traficantes na audiência de custódia justificando que durante o registro da ocorrência na delegacia, a autoridade policial negou aos advogados dos indiciados o direito de manifestação após a prisão, não os deixando apresentar quesitos para a testemunha do caso.

Diante disso, o delegado, Natanion Freitas, responsável pela autuação se manifestou informando que conforme entendimento doutrinário, a apresentação de quesitos é pertinente à prova técnica pericial, e não à inquirição das testemunhas.

Buscando apresentar uma interpretação correta para o dispositivo “quesito”, será utilizada a interpretação quanto ao modo ou aos meios empregados, sendo utilizados dois métodos de interpretação: a sistemática e a lógica.

4.1.2.1.1 Sistemática

Ao aplicar a metodologia sistemática, segundo Tourinho Filho (2013, p. 101), “o intérprete deve colocar a norma em relação com o conjunto de todo o Direito vigente e com as regras particulares de Direito que têm pertinência com ela”.

Analisando a expressão “quesitos” com base no CPP fica bem claro que o termo é referente a exame de corpo e delito e outras perícias em geral quando houver na fase investigativa, vide o artigo 159, §3º do CPP:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.
§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. (BRASIL, 1941)

Sendo assim, o defensor poderá requerer quesitos somente quando se tratar de prova pericial, podendo realizar indagações ao perito. Apoiando esse entendimento, Ruchester Barbosa (2016) diz que:

“Ao autorizar quesitação o legislador está se referindo a prova pericial. Não há outro sentido para esta previsão senão a participação do investigado, por intermédio de seu advogado, em contraditório das denominadas provas irrepetíveis, já aludidas no artigo 155 do CPP”.

4.1.2.1.2 *Lógica*

Na utilização da metodologia lógica, segundo Tourinho Filho (2013, p. 101), “o intérprete se serve das regras gerais do raciocínio para compreender o espírito da lei e a intenção do legislador”, objetivando a finalidade da lei.

Destarte, foi necessário fazer uma análise consoante o Minidicionário Houaiss (2004, p. 616), o qual traz a palavra quesito com o significado de “pergunta, esp. escrita, a ser respondida”.

Observando o contexto no qual o termo foi pregado, é possível fazer uma interpretação de que a vontade manifestada pela lei não é somente em referência a questionar as provas periciais, devendo abranger a assistência ao investigado como um todo. Que, dessa maneira, asseguraria ao advogado o direito de realizar indagações tanto no interrogatório como no depoimento das testemunhas.

Colaborando a esse entendimento, Mário Cavalcante (2016), aduz que:

“As razões e os quesitos poderão ser formulados durante o interrogatório e o depoimento ou, então, por escrito, durante o curso do procedimento de investigação, como no caso de um requerimento de diligência ou da formulação de quesitos a serem respondidos pelo perito”.

5 EFICÁCIA DA APLICABILIDADE DA LEI 13.245/16 NO INQUÉRITO POLICIAL

A Lei nº 13.245/16, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, objetivou expandir a participação do advogado na fase investigativa. É possível observar que o novo inciso XIV ampliou o elenco existente no inciso XIII do Estatuto, o qual já previa o direito do advogado de “examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”.

No entanto, o inciso supracitado não incluía, expressamente, o termo inquérito policial no rol dos atos administrativos que o advogado teria direito de acesso, sendo assim, existia uma interpretação restritiva do dispositivo, vide Manoel Peixinho (2016, p. 1062), pois haviam “negativas reiteradas por parte de certas autoridades policiais que obstavam ao advogado o direito de ter acesso aos

inquéritos policiais foi o motivo determinante (*mens legislatores*) para que a recente lei explicitasse de forma inconteste que o inquérito policial não pode ser excepcionado do rol de direitos indispensáveis à defesa do cliente”. Portanto, com a finalidade de garantir ao defensor à análise dos documentos presentes na fase investigativa que foi criada a nova lei.

A inclusão do inciso XXI concedeu o direito ao advogado de assistir ao interrogatório do seu cliente, foi expandida a participação do casuístico no inquérito policial, e legitimou que caso seja negado assistir ao investigado haverá nulidade absoluta do respectivo ato, bem como os elementos probatórios e investigatórios decorrentes. Ainda, adicionou uma alínea “a”, a qual conferia a possibilidade do advogado “apresentar razões e quesitos”, como leciona Aury Lopes Jr. (2016) que:

“Vejo com muito bons olhos a previsão expressa de que a defesa possa apresentar razões e indicar quesitos nas eventuais perícias feitas. Não se trata propriamente de uma grande inovação, na medida em que o art. 14 do CPP já dava espaço para isso, mas sem dúvida vai reforçar a participação da defesa e sua efetividade.”

Em referência ao §10 ficou delimitado que os autos no inquérito policial sujeitos a sigilo só poderiam ser acessados pelo advogado em caso de apresentação de procuração para o exercício do direito. Desse modo, afastando a mera alegação de sigilo para negar o acesso do defensor ao inquérito.

No que tange o §11, houve uma restrição ao direito de examinar os autos do inquérito quando houver elementos de provas em diligências que ainda não foram concluídas e documentadas ou tiver risco de comprometimento da diligência. Esse dispositivo ficou muito abrangente, desse modo afetando a atuação do advogado, pois criou uma discricionariedade que poderia ser evitada caso fosse especificado com maior detalhamento os casos de risco que o parágrafo procura expressar. Nesse entendimento, Manoel Peixinho (2016, p. 1066) aduz que:

“Poderão existir conflitos se a autoridade policial restringir o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências com base numa avaliação subjetiva ao interpretar discricionariamente o “risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências”. Neste caso, para que a discricionariedade não se transforme em arbítrio, a autoridade policial deverá motivar a decisão que limita o acesso do advogado aos documentos protegidos em nome da “eficiência, eficácia ou finalidade das diligências”.

Tal fundamentação das decisões da autoridade policial é resultado do que o §6º do artigo 2º da Lei nº 12.830 regula: “o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

Em relação ao §12, o mesmo buscou garantir a efetividade da nova regulação jurídica em caso de inobservância ao dispositivo no inciso XIV. Sendo assim, teve a finalidade de proteger o advogado de um possível abuso de autoridade quando a ele fornecido os autos do inquérito incompleto.

Portanto, com a Lei nº 13.245/16 pode ser verificado que houve uma ampliação na presença do advogado no inquérito policial, o qual colaborou para fortalecer a defesa e o contraditório para o investigado nessa fase pré-processual, conforme prevê a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LV.

A quem defenda que mesmo com essas alterações é possível notar que existem traços no inquérito policial de um sistema de caráter inquisitório. Nesse sentido, Aury Lopes Jr (2016) entende que a nova lei não é a revolução copérnica da investigação, somente contribui para uma pequena ampliação da defesa na fase pré-processual.

No entanto, tais mudanças reforçaram a importância do advogado para a justiça, puderam garantir maior transparência aos atos praticados nessa fase, e, consequentemente, aumentaram a segurança às garantias do investigado. Portanto, as alterações proporcionaram um avanço para a investigação criminal e se mostraram positivas frente aos direitos estabelecidos pela CFRB.

6 CONCLUSÃO

Conforme foi analisado, a Lei nº 13.245/16 aperfeiçoou a participação do advogado da defesa na investigação criminal, dando a ele, conforme o artigo 7º, inciso XIV e XXI, respectivamente, o direito de acesso aos autos do inquérito policial e a garantia de assistir ao indiciado no interrogatório ou depoimento de testemunhas, caso sendo negado o ato ali praticado, assim como os futuros, estarão sob pena de nulidade absoluta.

Com a adição do artigo 7º, inciso XXI, alínea “a”, foi concedido ao advogado o direito de “apresentar razões e quesitos”, e quando se trata do termo “quesito”, o qual vinha tendo conflitos em sua interpretação, o presente trabalho entende que, a expressão, em acordo com a metodologia lógica, tem o dever de abranger e garantir

ao defensor o direito de fazer perguntas ao investigado no momento do interrogatório ou a testemunha em seu depoimento, podendo a autoridade policial indeferir as perguntas. Uma vez que, quanto às apresentações de quesitos para a perícia no inquérito policial já era possível conforme o artigo 184 do CPP, o qual diz que “salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”.

Além disso, a nova norma também assegurou ao advogado, com procuração em mãos, o direito de examinar os autos do inquérito policial quando estiverem sujeitos ao sigilo. No entanto, restringindo somente se houver elementos probatórios que ainda estejam em diligências e que não foram documentadas.

De resto, a Lei nº 13.245/16 estabeleceu que caso fosse entregue para exame do advogado os autos incompletos do inquérito policial, caberá à autoridade competente a responsabilização de abuso de autoridade, podendo a mesma ser punida por seus atos.

Nesse viés, entende-se que a Lei pode proporcionar na fase de investigação, mesmo que pouco quando comparado à fase processual, o direito de uma maior atuação do advogado, e, por consequência, assegurando uma melhor possibilidade de defesa do indiciado nessa fase investigativa. Desse modo, colaborando para o que preceitua a CFRB, quando dispõe sobre garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório do acusado.

Por fim, a Lei pôde proporcionar mais características do sistema processual acusatório, conforme estabelece a CFRB, ao inquérito policial. Assim, podendo cada vez mais se afastar do sistema processual inquisitivo, estabelecido pelo CPP, o qual foi criado em 1941, e devido a esse lapso temporal e histórico, comparado a Carta Maior de 1988, vai em contradição as normas regidas nessa.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rafael. Suspeitos presos na Grande Natal com 150 quilos de droga e soltos em audiência de custódia têm prisão decretada. **G1 RN**, sem categoria, Natal, 2018, 24 fev. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/suspeitos-presos-com-150-de-droga-e-soltos-em-audiencia-de-custodia-tem-prisao-decretada.ghtml>>. Acesso em: 27 out. 2018.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. Lei 13.245/16 exige mais do que o advogado na investigação criminal. **Revista jurídica eletrônica Consultor Jurídico**, sem categoria, 2016, 15 jan. 2016. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-15/lei-1324516-exige-advogado-investigacao-criminal>>. Acesso em: 10 nov. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto por Juarez de Oliveira. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871**. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM4824.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. **Lei de 29 de novembro de 1832**. Promulga o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia com disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.245/16, 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). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. **Mensagem nº 10, de 12 de janeiro de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm>. Acesso em: 14 out. 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.705-A, de 2013**. Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1348162.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 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.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. 19. ed. Saraiva: São Paulo, 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal. **Site Dizer Direito**, sem categoria, 13 jan. 2016. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html>>. Acesso em: 10 nov. 2018

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

EFFTING, Suelen Cristina. **Ampla defesa no inquérito policial**. Site Jus, sem categoria, dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26150/ampla-defesa-no-inquerito-policial/5>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói: Impetus, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRAU, Joan Verger. **La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio**. Barcelona Bosch, 1994.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

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

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES Jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional: volume I**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LOPES Jr, Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação. **Revista Consultor Jurídico**, categoria limite penal, 29 jan. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 01 nov. 2018

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp->

content/uploads/wpforo/attachments/2/1659-Teoria-Geral-do-Estado-Sahid-Maluf-2018.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2018.

MEIRA, Leo Garrido de Salles. **Inquérito Policial: histórico, finalidade e direito de defesa**. Brasília: 2013. 63 f. Monografia (Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal) - Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2013. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/733/Monografia_Leo%20Garrido%20de%20Salles%20Meira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – Breves anotações sobre as inovações da Lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia). **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1060-1074. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22575/16227>>. Acesso em: 12 set. 2018

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SAAD, Marta. **O direito de defesa o inquérito policial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. São Paulo, Juspodivim, 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIEIRA, Edmundo Brescancin. *Opinio Iuris*. In: _____. **A lei 13.245/16 e a permanência do caráter inquisitório no inquérito policial**. Erechim: Deviant, 2016. Cap. VIII. p. 127–138.