

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LEI Nº 13.245/16: PRERROGATIVAS DO ADVOGADO E A INQUISITORIALIDADE
DO INQUÉRITO POLICIAL**

Amanda Gabriela Gomes Themudo

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**LEI Nº 13.245/16: PRERROGATIVAS DO ADVOGADO E A INQUISITORIALIDADE
DO INQUÉRITO POLICIAL**

Amanda Gabriela Gomes Themudo

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof.
Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2017

**LEI Nº 13.245/16: PRERROGATIVAS DO ADVOGADO E A INQUISITORIALIDADE
DO INQUÉRITO POLICIAL**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Rodrigo Lemos Arteiro

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti

Antenor Ferreira Pavarina

Presidente Prudente, 10 de Novembro de 2017.

*Uma coisa não é justa porque é lei,
mas deve ser lei porque é justa.*

Barão de Montesquieu

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pela vida e pela graça de alcançar mais um objetivo em minha vida.

Agradeço à minha mãe pela integral presença, dedicação e suporte em minha vida, por me apoiar e incentivar todos os dias, em todos os meus propósitos.

Agradeço ao meu pai por, mesmo distante, partilhar de minhas conquistas e desejar o melhor à mim.

Agradeço também à minha família de modo geral por sempre estarem ao meu lado, pelo carinho e esteio em todo tempo.

Agradeço de modo especial aos meus tios José e Antônia, meus primos Natália, Kayo seus companheiros e filha por serem pilares em minha vida e, de modo particular, nesta fase de vida acadêmica; agradeço por tudo mesmo.

Agradeço também às minhas duas madrinhas, Emília e Elaine, igualmente pelo incentivo de sempre aos meus estudos e pelo carinho de madrinhas.

Agradeço aos colegas de faculdade por compartilharem comigo os momentos de nossa vida de estudantes, com todas as alegrias e dificuldades, de modo especial agradeço a um amigo de vida, Leonardo, pela paciência e atenção à mim dispensados.

Agradeço ao meu orientador, professor Rodrigo Lemos Arteiro, pela confiança e apoio durante a elaboração deste trabalho e também aos professores Marcus Vinicius e Antenor Pavarina por terem aceitado compor minha banca neste momento tão significativo de minha vida acadêmica.

Agradeço ainda a uma pessoa muito especial que esteve e está ao meu lado por anos; por me apoiar, incentivar, pela paciência, amor, carinho e atenção dedicados à mim.

Por fim, agradeço a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para que este momento se tornasse realidade.

A todos o meu muito obrigada.

RESUMO

A presente Monografia analisa a Lei nº 13.245/16, as alterações decorrentes dela no tocante às prerrogativas do advogado no curso do inquérito policial e ainda o caráter inquisitorial do procedimento policial face a esta inovação legislativa. Utiliza os métodos comparativo, histórico e de pesquisa textual, sendo este último alicerçado em doutrina processualista penal, empregado na primeira parte deste trabalho, haja vista que a temática abordada na segunda parte é recente e deriva de interpretação de normas e doutrina moderna. Dessa forma, em um primeiro momento aborda-se a persecução penal como um todo, com suas fases e sistemas. Em seguida, dá enfoque a fase pré-processual, órgãos responsáveis e o procedimento constituinte desta fase investigativa, qual seja, o inquérito policial. Em sequência, dá-se uma análise mais aprofundada sobre o referido procedimento e passa-se a discorrer sobre a defesa durante o inquérito, de modo a conduzir o assunto para o segundo bloco dos estudos. Posteriormente, analisa-se minuciosamente a Lei nº 13.245/16, os direitos trazidos ou efetivados por ela aos advogados, como o de assistência e acesso aos autos e seus desdobramentos ante o inquérito policial. Por fim, conclui-se ponderando a incidência ou não do contraditório e da ampla defesa no inquérito e a permanência ou afastamento da natureza inquisitorial do aludido procedimento, sempre relacionado as alterações legislativas, fazendo ao final uma prognose sobre o tema.

Palavras-chave: Inquérito Policial. Penal. Princípios. Contraditório. Ampla Defesa. Lei nº 13.245/16. Inquisitorialidade. Advogado. Direitos.

ABSTRACT

This monograph examines Law 13.245/16, the changes arising from it regarding the prerogatives of the lawyer during the course of the police investigation and also the inquisitorial character of the police procedure in face of this legislative innovation. It uses comparative, historical and textual research methods, the latter being based on criminal proceduralist doctrine, used in the first part of this work, given that the theme discussed in the second part is recent and derives from interpretation of norms and modern doctrine. Thus, in a first moment it approaches the criminal persecution as a whole, with its phases and systems. It then focuses on the pre-procedural phase, responsible bodies and the constituent procedure of this investigative phase, that is, the police investigation. This is followed by a more in-depth analysis of the procedure and a discussion on the defense during the investigation in order to bring the matter to the second block of studies. Subsequently, Law 13.245/16 is analyzed in detail, the rights brought or made by it to lawyers, such as assistance and access to the records and their developments before the police investigation. Finally, it is concluded by weighing the incidence or not of the contradictory and the ample defense in the investigation and the permanence or distance of the inquisitorial nature of the mentioned procedure, always related to the legislative changes, making in the end a prognosis on the subject.

Keywords: Police Inquiry. Criminal. Principles. Contradictory. Wide Defense. Law nº 13.245/16. Inquisitoriality. Lawyer. Rights.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA PERSECUÇÃO PENAL	10
2.1 Fases Da Persecução Penal	10
2.1.1 Fase pré-processual	10
2.1.2 Fase processual	11
2.2 Sistemas Processuais	11
2.2.1 Acusatório	12
2.2.2 Inquisitivo	13
2.2.3 Misto	13
3 DOS ELEMENTOS DA FASE PRÉ-PROCESSUAL	15
3.1 Das Investigações Preliminares	15
3.2 Polícias	15
3.3 Polícia Judiciária	16
3.3.1 Conceito	16
3.4 Atuação da Polícia Civil	17
4 INQUÉRITO POLICIAL: PRINCIPAIS ASPECTOS	19
4.1 Conceito	19
4.2 Finalidade	20
4.3 Valor Probatório	20
4.4 Natureza	21
4.4.1 Escrito	21
4.4.2 Sigiloso	22
4.4.3 Inquisitorial	23
4.5 Das Diligências Probatórias	24
4.6 Nulidades	29
5 DOS PRINCÍPIOS APLICADOS AO INQUÉRITO POLICIAL	31
5.1 Legalidade	31
5.2 Devido Processo Legal	31
5.3 Publicidade	32
5.4 Ampla Defesa e Contraditório	33
5.4.1 Divergências	34
6 DA DEFESA DURANTE A FASE DO INQUÉRITO POLICIAL	38
6.1 Direito de Defesa do Investigado	38
6.2 Prerrogativas dos Advogados em Âmbito Investigativo	39
7 LEI Nº 13.245/16: A RATIFICAÇÃO DOS DIREITOS DO ADVOGADO EM ÂMBITO INVESTIGATÓRIO	42
7.1 Alterações nos Procedimentos Investigatórios	42
7.1.1 Investigações do Ministério Público	43

7.2 Alterações nas Prerrogativas dos Advogados no Curso da Fase Pré-Processual	45
7.2.1 O inciso XIV e suas peculiaridades	45
7.2.1.1 Os novos parágrafos 10 e 11 e o sigilo das investigações	47
7.2.1.1.1 Procuração para os autos sob sigilo	48
7.2.1.1.2 A eficácia das diligências enquanto meio probatório	49
7.2.1.2 O novo parágrafo 12 e a responsabilização criminal perante a inobservância do dispositivo	51
7.2.2 O novo inciso XXI e as alterações no interrogatório policial	52
7.2.2.1 Nova prerrogativa dos advogados	52
7.2.2.2 A questão da nulidade	54
7.2.2.3 Discricionariedade da autoridade policial <i>versus</i> o direito de defesa do investigado	58
8 DESDOBRAMENTOS DA NOVA LEI NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL	62
8.1 Contraditório e Ampla Defesa	62
8.2 O Caráter Inquisitorial do Inquérito Policial	66
9 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70
ANEXOS	72

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visou, essencialmente, ao estudo da Lei nº 13.245/16 – diploma alterador do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – em conjunto com o procedimento investigativo denominado Inquérito Policial.

Justificou-se a escrita do tema não só em razão da contemporaneidade do assunto, visto que a referida Lei foi publicada em 2016, mas também em virtude dos reflexos práticos que as alterações decorrentes da nova lei causaram na persecução penal, em especial em sua fase investigatória.

O objetivo desta monografia foi sobretudo analisar o que mudou em relação às prerrogativas dos advogados na fase pré-processual da *persecutio criminis*; se os princípios aplicados ao inquérito policial permaneceram os mesmos ante a inovação legislativa ou se doravante o princípio do contraditório e da ampla defesa poderão ser aplicados ao procedimento e, finalmente, analisar se houve ou não modificação da natureza inquisitorial do procedimento policial.

Para tanto, diversas obras de doutrinadores que sempre debateram sobre o sistema adotado para as investigações preliminares foram consultadas, desde as mais clássicas e conservadoras às mais modernas e complacentes. No entanto, em razão da modernidade relativa a Lei nº 13.245/16, sobre ela são pouquíssimos os materiais disponíveis para consulta, sendo as ponderações realizadas neste trabalho, referentes a este assunto específico, fruto da íntegra e melhor exegese das pesquisas realizadas.

Estruturalmente, o texto da tese dispôs-se em tópicos construídos de maneira a direcionar o conteúdo de forma lógica, com o intuito de facilitar a compreensão do tema e o acompanhamento do raciocínio. Inicialmente, abordou-se toda a organização da persecução penal, dando atenção especial à fase pré-processual e um de seus elementos constitutivos, qual seja, o inquérito policial. Após a análise deste procedimento, passou-se a estudar as alterações advindas da Lei nº 13.245/16 e sua repercussão no dia a dia da advocacia e das delegacias de polícia. Encerrou-se pontuando as consequências da referida Lei especificamente ao inquérito policial, fazendo um juízo de prognose a respeito do tema.

2 DA PERSECUÇÃO PENAL

Na atual conjuntura de nossa sociedade como um todo, o crime, embora não devesse ser, é um fato que ocorre de forma recorrente, podendo ser facilmente comprovada esta afirmação com a ampla frequência com que diversos delitos são noticiados. A cada minuto, um crime está sendo cometido em algum lugar.

Ao ser praticada a infração penal, seja qual for sua gravidade ou modalidade, surge ao Estado o *jus puniendi*, ou seja, o direito-dever de punir, aplicar uma sanção ao criminoso, infrator. Para tanto, há a necessidade de se apurar os fatos.

A persecução penal nada mais é do que o percurso realizado pelo Estado através de seus órgãos próprios, desde a investigação das ocorrências, com início na prática do delito, até a parte judicial, o processo penal em si, encerrando com a execução penal e a conseqüente satisfação da pretensão punitiva estatal.

Reproduz-se, pois, conceito que bem define a *persecutio criminis*: “Persecução penal, ou *jus perseguendi*, é a atividade desenvolvida pelo Estado visando punir os infratores das normas descritas como condutas ilícitas.”¹

2.1 Fases Da Persecução Penal

De forma sucinta, pode-se dizer que a persecução penal tem, basicamente, duas fases, sendo a primeira pré-processual, composta pela investigação e a segunda fase processual, correspondente a ação penal. A seguir serão explanadas as etapas separadamente.

2.1.1 Fase pré-processual

Apontada como sendo a primeira fase da persecução, esta etapa é representada pelas investigações que se dão pelo inquérito policial, elaborado pela Polícia Judiciária. Iniciando-se com a *notitia criminis*, a notícia da infração penal, visa apurar os fatos, a materialidade do crime e sua autoria para que com esses elementos possa embasar uma subseqüente ação penal.

¹ GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento policial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 4.

Como já foi mencionado, o direito de punir é do Estado e, assim sendo, ele detém o maior interesse no êxito da atividade investigatória para que ao final da segunda fase a justa pena possa ser aplicada ao responsável pela prática do crime investigado. “O Estado, portanto, investiga o delito na sua materialidade e na sua autoria para acusar e propor, ulteriormente, a ação penal.”²

O procedimento intitulado “inquérito policial” será analisado detalhadamente em tópico posterior.

2.1.2 Fase processual

Por não ser esta a fase que compõe o objeto principal desta monografia, será abordada de forma concisa.

A segunda fase é classificada como processual por se desenvolver mediante ação penal, iniciada por interesse público ou do ofendido, vítima do crime e tendo como alicerce substancial a investigação elaborada na primeira fase, ou seja, esta etapa processual possui uma vinculação de dependência com a anterior.

O objetivo desta fase da persecução é provocar a atividade do Estado-juiz para que julgue a pretensão punitiva e que, posteriormente, durante a execução, satisfaça-a.

O processo penal é instaurado, por isso mesmo, para que se julgue a pretensão punitiva. Ulteriormente, se considerada procedente essa pretensão, a atividade processual terá por fim a aplicação coativa da sanção penal imposta ao réu.³

Em suma, a somatória dessas duas fases compõe a persecução penal.

2.2 Sistemas Processuais

O processo penal, em seu todo, foi dividido e classificado em três sistemas processuais com particularidades bem distintas. São eles: acusatório, inquisitivo e misto. Cada sistema guarda íntima relação com as atuais fases da

² CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos. 5. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 32.

³ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume 1. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000, p. 139.

persecução penal e, justamente por isso, ainda são encontradas algumas divergências na doutrina, tais como: se há apenas um sistema puro adotado hoje no Brasil ou se pode-se considerar que algum deles predomina, mas sem excluir totalmente os outros que, por sua vez, trazem resquícios para os dias atuais.

2.2.1 Acusatório

Como o nome já traz a sugestão, por este sistema a persecução inicia-se com uma acusação, que pode ser feita por um Órgão estatal, pelo próprio ofendido ou seu representante, ou ainda qualquer pessoa do povo que tenha interesse naquele fato supostamente criminoso imputado a alguém.

A principal característica desse sistema é a de que “as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas”.⁴ Outros aspectos lhe competem, como o de ser o mais garantista dos sistemas, pois nele estão assegurados o contraditório, ampla defesa, igualdade processual e a publicidade dos atos processuais.

A produção probatória, aqui, fica a cargo das partes em relação aos fatos que alegam. Excepcionalmente, o juiz pode produzir provas se a finalidade for apenas a busca da verdade real e desde que não o faça em substituição às partes.

Em razão de ser um sistema que privilegia direitos e garantias, é presumida também a inocência do acusado, sendo a regra que ele permaneça em liberdade até que chegue ao fim a persecução.

Atualmente, a doutrina majoritária adere ao posicionamento de que o sistema adotado no Brasil é o acusatório, devido ao respeito às garantias que hoje estão previstas na Constituição Federal de 1988. Porém, muitos discordam desse parecer, a exemplo de Fernando da Costa Tourinho Filho: “No Direito Pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo.”⁵, sob o argumento de que não há mais sistema puro que vigora nos dias de hoje e que, além disso, a fase pré-processual não está resguardada sob o manto dessas tais garantias, consoante o que será abordado posteriormente.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

⁵ Ibid., p. 79.

2.2.2 Inquisitivo

Também chamado de inquisitório, esse sistema faz completa oposição ao anterior. Nele, as funções de acusar, defender e julgar estão concentradas apenas na figura do juiz inquisidor, que pode, inclusive, iniciar a acusação e a persecução *ex officio*, bastando que haja rumores da prática de algum ato considerado delituoso.

Em relação às garantias, aqui não se fazem presentes, sendo o processo sigiloso e, em viés histórico, já foi permitido até prática de tortura para que se obtivesse do acusado a confissão. Tendo isso em consideração, afirma-se que ao juiz também é incumbida a produção de provas, mais uma vez, contrariando o sistema anterior.

Dada a inquisitorialidade do processo, aqui vigora a presunção de culpa do acusado, devendo este, em regra, permanecer preso provisoriamente durante todo o curso da persecução. Em verdade, nesse sistema o réu deixa de ser sujeito de direitos e passa a ser mero objeto da investigação e do poder do Estado no processo.

Resta evidente afirmar que o sistema processual inquisitivo não vigora no atual contexto, pois o Ordenamento Jurídico vigente é claramente garantista em favor da justiça e do acusado.

Porém, o procedimento denominado como inquérito policial possui, conforme ampla doutrina, caráter inquisitório, sendo predominante o entendimento de que não há contraditório nem ampla defesa na fase de investigações, chamada pré-processual. Visto que este assunto compõe um dos principais objetos de estudo desta tese, será tratado de modo específico em momento oportuno.

2.2.3 Misto

De forma sucinta, pode ser definido esse sistema da seguinte maneira: “A forma mista de processo possui uma combinação do processo acusatório e do processo inquisitório: a instrução é inquisitória e o julgamento acusatório.”⁶

Embora o entendimento majoritário seja o de que o sistema acusatório prevalece hoje no Ordenamento Pátrio, alguns doutrinadores defendem que o misto representa mais a persecução penal brasileira, em razão da inquisitorialidade

⁶ SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Leme: LED, 1996, p. 41.

evidenciada na ausência de algumas garantias durante a fase do inquérito policial e o modo garantista do sistema acusatório presente na fase judicial.

3 DOS ELEMENTOS DA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Analisaremos a seguir os principais pontos que compõem a primeira fase da persecução penal, dando especial atenção aos responsáveis por esta etapa e sua atuação, bem como ao seu instrumento caracterizante: o inquérito policial.

3.1 Das Investigações Preliminares

De acordo com o que foi apontado anteriormente, a fase pré-processual é composta pelas investigações. Considerando “investigação” como gênero, podemos dividi-la em três espécies de acordo com seu órgão responsável, quais sejam, judiciária, legislativa e administrativa. Faz-se necessário salientar que também há uma modalidade de investigação que fica a cargo do Ministério Público, mas esta será vista em tópico futuro, quando serão relacionadas as alterações trazidas pela nova Lei nº 13.245/2016 e seus impactos nessa modalidade investigatória.

Retomando, a investigação judiciária, que se dava por meio do inquérito judicial, era uma modalidade prevista na antiga Lei de Falências, já revogada pela nova Lei nº 11.101/05, porém, atualmente não existe mais essa investigação.

Já a espécie legislativa, também chamada de parlamentar, é realizada pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's), criadas pelo Poder Legislativo, por meio do inquérito parlamentar, destinada a investigar fatos específicos de interesse público.

Finalmente, a forma administrativa de investigação. Esta pode ser dividida, ainda, em duas subespécies: investigação administrativa propriamente dita e investigação policial. A análise será restringida a investigação policial. Para tanto, é fundamental que sejam estudados, de forma particular, os órgãos responsáveis por essa investigação: as polícias.

3.2 Polícias

O vocábulo “polícia” remete a uma ideia de segurança. Em verdade, essa é a função da polícia, manter a ordem pública, a moralidade resguardar a segurança da sociedade.

Contudo, polícia é um gênero do qual derivam divisões, basicamente, duas principais: Polícia Administrativa e Polícia Judiciária.

O poder de polícia situa-se entre a sociedade e o Poder Judiciário em dois grandes tempos: o primeiro, da prevenção e repressão pelo exercício do policiamento ostensivo preventivo uniformizado; o segundo, da prevenção-repressão pelo exercício da polícia judiciária.⁷

A Polícia Administrativa tem como principal característica sua natureza preventiva, atuando nas ruas de forma ostensiva para prevenir a prática de crimes. O controle de legalidade dos seus atos é *a posteriori*, sendo que possui certa discricionariedade para agir, não dependendo de prévia autorização judicial. Em decorrência de seu cunho preventivo, atua antes da prática do delito, visando impedir sua ocorrência. Representada nos estados genericamente pela Polícia Militar.

Por outro lado, a Polícia Judiciária faz o contraste de características com a anterior, conforme será visto no próximo tópico dedicado a seu estudo mais detalhado.

3.3 Polícia Judiciária

Apesar de sua terminologia remeter a ideia de ser exercida pelo Poder Judiciário ou até mesmo pelo próprio juiz, sua atividade é administrativa. Consiste na administração vinculada, a serviço do Judiciário, ou melhor, da justiça.

3.3.1 Conceito

Diversamente da Polícia Administrativa, a Polícia Judiciária tem natureza repressiva, atuando após a prática do crime, investigando os fatos e colhendo elementos probatórios. Suas atividades são desenvolvidas, em grande parte, internamente e, por ser funcionalmente vinculada ao Poder Judiciário, depende de uma legitimação para exercer seus atos. Lembrando que, embora judiciária, esta polícia e suas instituições pertencem, fazem parte do Poder Executivo, tanto nos governos estaduais como no governo federal.

⁷ BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial: doutrina, prática, jurisprudência**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2004, p. 21.

É representada, em âmbito nacional, pela Polícia Federal e em âmbito estadual pela Polícia Civil. Embora alguns autores prefiram separar as atividades da polícia judiciária em “investigativas” e “de polícia judiciária propriamente dita”, optar-se-á pelo posicionamento majoritário de que ambas se fundem em uma mesma atividade pertencente às instituições supracitadas.

Em relação a sua atuação, o estudo será limitado ao do exercício da Polícia Civil.

3.4 Atuação da Polícia Civil

Em relação à segurança pública, o legislador preocupou-se em delimitar o campo de atuação de cada uma das polícias. A atividade da Polícia Civil encontra-se definida, ainda que genericamente, tanto na Constituição Federal como no Código de Processo Penal.

Versa a Magna Carta no parágrafo 4º de seu artigo 144:

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:

[...]

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (grifo nosso)

Já o Código de Processo Penal traz, de forma análoga, em seu artigo 4º: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.” (grifo nosso)

Com a leitura desses trechos, pode-se inferir que o campo de atuação da Polícia Civil é o investigatório. As investigações realizadas por tal instituição compõem, de forma praticamente integral, a fase pré-processual. Por meio delas é que será composta a base para a propositura da ação penal que dará início a fase seguinte e completará a persecução penal.

Nas palavras de José Frederico Marques: “A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o

crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido”⁸.

Complementando a ideia supracitada:

A Polícia Civil (ou Judiciária, como é mais conhecida) tem, assim, por finalidade investigar as infrações penais e apurar a respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos para ingressar em juízo, como bem diz o art. 4º do CPP.⁹

Estando a serviço do Judiciário e, portanto, sendo auxiliar da justiça, à Polícia Civil cabe reestabelecer a ordem pública, apurando os fatos criminosos e colhendo elementos probantes por meio das investigações para que, restando comprovada a materialidade do delito e identificada sua autoria, o responsável possa ser punido ao término da *persecutio criminis*.

Toda esta atividade deve ser conduzida mediante um procedimento investigatório formal, denominado Inquérito Policial. A razão de ser da atividade da Polícia Civil é o inquérito. Doravante, este procedimento será examinado já de forma a direcionar os estudos especificamente para o tema central desta Monografia, qual seja, sua natureza inquisitorial e os desdobramentos resultantes da lei nº 13.245/2016 que podem ser a ele aplicados.

⁸ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume 1. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000, pp. 159-160.

⁹ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 111.

4 INQUÉRITO POLICIAL: PRINCIPAIS ASPECTOS

Não obstante ser tal instrumento passível de amplo estudo, este tópico tem como propósito analisar apenas os principais aspectos pertinentes ao inquérito policial, em especial aqueles que mantêm relação com a temática da presente Monografia.

4.1 Conceito

De modo geral, a doutrina não diverge quanto ao conceito de inquérito policial, considerando que o conceito deste engloba suas finalidades e funções e, por ser algo deveras objetivo, é normal que não haja muita discrepância entre uma conceituação e outra.

Para José Frederico Marques:

O inquérito policial constitui o mais importante dos procedimentos prévios que se destinam à preparação da ação penal. O inquérito, como conjunto de atos procedimentais, é o instrumento formal da investigação realizada pela Polícia Judiciária para instruir os órgãos de acusação¹⁰

Partilhando do mesmo raciocínio, diz Romeu de Almeida Salles Júnior:

[...] inquérito policial é o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedindo a aplicação da lei ao caso concreto.¹¹

Analisando os artigos da Constituição Federal e do Código de Processo Penal outrora citados, é visível que o legislador adotou conceito equivalente ao da doutrina em seu texto jurídico.

Em suma, podemos extrair do entendimento doutrinário e legal que inquérito policial é um procedimento administrativo, um conjunto de diligências

¹⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume 2. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000, p.153.

¹¹ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995, p. 15.

investigatórias realizadas pela Polícia Judiciária visando à apuração do crime e de sua respectiva autoria, sendo assim, uma peça preparatória da ação penal.

4.2 Finalidade

De acordo com o que já foi mencionado e em alusão ao pensamento de Hidejalma Muccio, o inquérito policial “tem por finalidade apurar a existência da infração penal e a respectiva autoria, fornecendo aos titulares da ação penal os elementos necessários ao seu exercício.”¹²

Da mesma forma, se toda a investigação apurar que a autoria não se atribui ao investigado ou que de fato não houve infração penal, o inquérito, neste caso, tem como finalidade obstar uma instrução penal infundada, garantindo e resguardando a liberdade de um inocente, pois segundo extrai-se do artigo 395, inciso III do CPP, a ausência de justa causa (*fumus comissi delicti*) impossibilita o exercício da ação penal. “Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente.”¹³

Em síntese, é o inquérito policial, por meio da busca de informações probatórias, o sustentáculo para uma possível instrução criminal, caso reste comprovada a existência de um delito e sua respectiva autoria.

4.3 Valor Probatório

Tendo em vista que o inquérito policial é apenas um procedimento de caráter inquisitorial, assunto a ser abordado em tópico posterior, destinado à colheita de informações e não um processo, nele não se fazem presentes as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, segundo entendimento doutrinário majoritário, ainda que comporte divergências.

Considerando esta premissa e com respaldo na primeira parte do artigo 155 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo

¹² MUCCIO, Hidejalma. **Inquérito policial: teoria e prática**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Jaú: HM Editora, 2006, p. 20.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed., rev. e atual. com as leis Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 218.

fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”, pode-se inferir que o valor probatório desta peça é relativo, tornando necessário, para que o juiz forme sua *opinio delicti*, que as provas sejam reproduzidas no processo sob o crivo do contraditório e as garantias de ampla defesa e do devido processo legal que nesta fase se fazem presentes. Cabe observar que os princípios e garantias aplicados ao inquérito serão estudados de forma mais abrangente em momento oportuno.

De modo sucinto, significa dizer que, a julgar por seu valor informativo, as provas obtidas com base nas investigações são suficientes para abrir um processo, mas não o serão para condenar alguém, via de regra.

Há que se considerar que às provas colhidas durante as investigações conferem valor probatório relativo, que pode vir a ser consolidado durante a fase processual. Porém, não é correto afirmar que por si só estas sejam sempre insuficientes para uma possível condenação ou absolvição, tudo dependerá do caso em análise e da natureza da prova.

4.4 Natureza

Conforme já mencionado, o inquérito trata-se de um procedimento administrativo. Sua natureza e características são muito próximas, quase equivalentes, mas por questões de direcionamento, serão analisados apenas os elementos que compõem sua natureza.

É imprescindível dizer que o inquérito tem natureza jurídica de um procedimento persecutório administrativo, o que quer dizer que ele não é um processo, pois não tem as garantias constitucionais previstas neste nem tampouco visa punir acusados, mas apenas esclarecer fatos, colher informações e revelar o provável autor do delito. Persecutório porque persegue a satisfação do *jus puniendi*. Administrativo, pois não se perfaz no âmbito judicial, mas sim, da polícia.

4.4.1 Escrito

Prevê a primeira parte do artigo 9º do Código de Processo Penal que “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito [...]”. Com isto, pode-se concluir que o inquérito policial é escrito.

Tendo em vista que a função do procedimento é informativa e, porque não, comprobatória, de modo a fornecer ao autor ou ao Ministério Público suficientes subsídios para o exercício da ação penal, não seria apropriado que este fosse oral.

Fazendo uma interpretação extensiva do que consta no artigo 405, §1º do aludido *Códex*, poderia também ser admitido o registro de diligências por meio de gravação, inclusive audiovisual, realidade que apenas não está prevista na parte em que o Código de Processo Penal trata do inquérito devido à época em que foi redigido.

Em síntese, o meio escrito, por haver-se mais formal, correto e seguro é apontado como natural ao inquérito, não se dispensando, entretanto, outros meios cobertos de autenticidade e que se fazem fiéis à realidade.

4.4.2 Sigiloso

Traz em sua redação o artigo 20 do Código de Processo Penal: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Este preceito vai de encontro ao princípio da publicidade que, embora sendo constitucionalmente previsto, via de regra, não se faz presente na fase de investigações, haja vista que mesmo na Carta Magna o aludido princípio comporta a ressalva ao sigilo, caso seja necessário. Mas ora, de que valeria toda cautela nas diligências probatórias, nas investigações se tudo fosse exposto, público? Como poderiam trazer resultados satisfatórios se não houvesse o sigilo?

Assim afirma José Geraldo da Silva:

A medida tem cabimento, pois caso venha ocorrer a divulgação das atividades policiais investigatórias, poderia tal divulgação criar sérios embaraços ao esclarecimento do delito e sua autoria, com a destruição de vestígios, intimidação e suborno de testemunhas, ocultação de armas e instrumentos utilizados, bem como o comprometimento do trabalho de pesquisa levado a termo pela polícia.¹⁴

É importante observar que, conforme diz o Código, o sigilo deve ser aplicado se necessário à elucidação do fato. Se ao entendimento da autoridade policial não for essencial ou se o fato ou a autoria já tiverem sido esclarecidos, pode

¹⁴ SILVA, op. cit., p. 196.

ser dispensado. Em alguns casos ocorre o contrário, onde a publicidade se faz necessária, como nos casos de retrato falado, onde o público pode colaborar com as investigações.

Resumindo, à natureza sigilosa do inquérito atribuem-se duas razões principais, quais sejam, preservar a prova material do delito e garantir a eficiência das investigações.

Embora seja intrínseco ao procedimento policial o caráter sigiloso, este comporta exceções. Não cabe o sigilo perante o juiz, o Ministério Público e, em tese, o advogado. Segundo o Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil, Lei nº 8.906/94, é prerrogativa do advogado ter acesso aos autos, ainda que conclusos à autoridade, ou seja, ele pode tomar conhecimento das diligências já realizadas para que melhor possa exercer sua função. Porém, ainda que seja direito do advogado ter acesso às peças, o sigilo deve ser mantido em relação às diligências ainda em andamento, uma vez que este se faz necessário para garantir a eficácia das investigações.

A recente Lei de nº 13.245/16, que alterou o Estatuto da Advocacia, trouxe significativas mudanças com relação a alguns temas, inclusive sobre o sigilo das investigações em relação ao advogado, no entanto, tais alterações e seus efeitos serão analisados em momento posterior.

4.4.3 Inquisitorial

A natureza inquisitória do inquérito guarda estreita relação com o caráter discricionário do procedimento e com o princípio do contraditório. Assim o é, pois nele, segundo majoritária doutrina renomada, não cabe nenhuma espécie de contraditório e o poder de condução do procedimento está nas mãos do delegado de polícia.

O inquérito não é processo, não há decisão de mérito ao final; ele também não comporta a figura de um acusado, mas apenas de um indiciado, isto é, pessoa sobre a qual recai indícios. Significa dizer que não há sentido de haver contraditório, pois não há ainda uma acusação. “Um procedimento policial de investigação, com o contraditório, seria verdadeira aberração, pois inutilizaria todo esforço investigatório que a polícia deve realizar para a preparação da ação penal”.¹⁵

¹⁵ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume 1. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000, p. 168.

A mesma Lei nº 13.245/16 ampliou também as prerrogativas dos advogados no sentido de participarem mais ativamente na defesa de seus clientes na fase do inquérito, o que coloca em dúvida a ilibada supremacia da inquisitorialidade durante o procedimento. Todavia, este atual questionamento de caráter prático será novamente suscitado adiante, de modo que uma conclusão possa ser constituída embasada no estudo desta tese.

Sintetizando, os elementos que compõe a natureza do inquérito policial são: ser escrito, sigiloso e inquisitorial. Encerrado o tópico da natureza, serão doravante explanados dois itens que sofreram alterações em razão da vigência da lei supracitada, as diligências e as nulidades que podem ocorrer nesta fase.

4.5 Das Diligências Probatórias

Serão apontadas aqui as diligências às quais uma autoridade policial pode proceder como forma de contribuir para a elucidação dos crimes na fase de investigações.

Os artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal trazem, em um rol exemplificativo, algumas das diligências que o delegado pode realizar, conforme julgar necessário e adequado ao crime investigado.

Assim sendo, segundo o artigo 6º, “logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá”:

- I. Dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais: medida importante que se faz ainda mais necessária nos casos de crimes que deixam vestígios (*delicta facti permanentis*). É fundamental se preservar o local dos fatos para que a colheita de provas seja a mais precisa possível e para que as investigações obtenham sucesso;
- II. Apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais: esta diligência guarda relação próxima com a anterior, tendo em vista que, se o local do crime não for devidamente preservado, dificilmente serão nele encontrados os objetos com carga probatória que poderiam ser apreendidos para futura análise dos

peritos. A apreensão de objetos é uma diligência que demanda certo raciocínio lógico por parte da autoridade, pois esta deve recolher todo e qualquer objeto que possa servir de prova material e que ajude a elucidar o crime e não só aqueles que tenham a ver com a conduta delituosa em si, por exemplo, um lápis pode conter as digitais do autor, a partir de um fio de cabelo pode se chegar ao criminoso, etc. Esta diligência, a longo prazo, servirá como base para a formação do convencimento do juiz, para que, atingindo cognição exauriente em relação às provas durante a fase processual, possa condenar ou absolver o réu. Deve-se considerar ainda que, para que a apreensão possa gerar tais efeitos, deve ser feita sob o manto das disposições legais e das garantias constitucionais, pois, sendo violadas, será considerada como prova ilícita;

- III. Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias: esta disposição de diligência tem caráter residual, pois muitas vezes as previsões expressamente feitas pelo Código não são suficientes para o sucesso das investigações. Com base neste inciso, o delegado pode proceder à diligência que achar necessária e cabível ao caso, sempre respeitando os limites do Ordenamento Jurídico. Um exemplo seria a oitiva de testemunhas que, por mais comum que seja não está prevista nos incisos do artigo 6º;
- IV. Ouvir o ofendido: cabe fazer aqui uma consideração, haja vista que a vítima, na maioria dos casos, pode estar emocional ou psicologicamente abalada, o que quer dizer que o que for dito por ela em oitiva deve ser levado em conta seu estado emocional no momento da valoração das provas. Às vezes pode acontecer também de a vítima se deixar levar pela vontade de ver o autor “pagar pelo que fez” e isso acabar influenciando negativamente em seu testemunho, tornando este de valor relativo. Em que pese estas considerações, as declarações do ofendido são substanciais, até porque em alguns casos ele será a única testemunha do ocorrido. Também se faz relevante mencionar que, adotada esta diligência, sendo devidamente notificado, se o ofendido deixar de comparecer à

presença da autoridade para ser ouvido, pode ser conduzido à presença desta, segundo prevê o artigo 201, §1º do Código de Processo Penal;

- V. Ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura: à oitiva do indiciado no curso do inquérito policial se aplica, no que for cabível, o disposto sobre o interrogatório judicial. Ressalte-se que foi usado o termo “indiciado” e isto pressupõe que já se tenham indícios suficientes da autoria do crime, pois se assim não o fosse, não seria indiciado e apenas “investigado”, o qual prestaria declarações e não seria interrogado. É fundamental fazer um apontamento neste tópico no que diz respeito as alterações advindas na Lei nº 13.245/16 e seus reflexos quanto a esta diligência. Passa a ser prerrogativa do advogado assistir a seu cliente, ora indiciado, durante o respectivo interrogatório ou depoimento (se ainda na condição de investigado). Ou seja, com da vigência desta lei, o acusado em geral passa a ter direito, em querendo, de estar acompanhado por um advogado que se fará presente para zelar pela íntegra aplicação das garantias de seu cliente durante a oitiva. Porém, isso não constitui uma obrigação, um dever, mas esse assunto será abordado em momento posterior;
- VI. Proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações: trata-se de ato formal, com o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal. No caso de reconhecimento de pessoas, vítimas, testemunhas, acusados e investigados podem, por meio desta diligência, reconhecer tanto a terceiros como uns aos outros (no caso das vítimas e testemunhas reconhecerem os autores do crime). Para o reconhecimento de coisas, os objetos a serem analisados serão aqueles que possivelmente possam ter alguma relação com o delito e que foram apreendidos em diligência anterior. Por fim, a acareação se trata de um confronto frente a frente de depoentes, com a finalidade de esclarecer elementos que se fazem contraditórios em seus depoimentos. Muitas vezes, em razão do constrangimento e da

pressão psicológica de estar frente a frente à outra pessoa, uma delas acaba se retratando de suas falsas declarações;

- VII. Determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias: providência tomada no caso de delitos que deixam vestígios e, nestes casos, as perícias são revestidas de caráter obrigatório, não podendo ser supridas nem mesmo pela confissão do investigado (art. 158, Código de Processo Penal), mas podendo o ser por prova testemunhal nos casos em que os vestígios do crime tenham desaparecido ou sido altamente prejudicados. Tamanha a importância desta diligência que, embora haja o caráter discricionário do delegado em realizar ou não um procedimento probatório em face de um pedido do ofendido ou investigado, esta forma de perícia (corpo de delito) não pode ser inferida;
- VIII. Ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes: o primeiro procedimento trata-se da identificação criminal do investigado, a qual será submetida se ele se recusar, ou por algum motivo não puder ser identificado civilmente. Segundo o artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, “O civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Em referência ao segundo procedimento, a folha de antecedentes se trata da vida pregressa do investigado. Esta, sob análise, serve para que o juiz possa fazer a dosimetria da pena, bem como pode alicerçar um pedido de prisão preventiva, entre outras consequências práticas, daí a importância de sua juntada aos autos;
- IX. Averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter: diligência que também guarda relação com a futura dosimetria da pena do acusado. Porém, não se trata da mesma folha de antecedentes ou do histórico da vida pregressa do autor do fato delituoso, mas sim com características colhidas sobre sua personalidade, condição social, caráter, idoneidade moral entre

outros fatos relevantes que o juiz poderá levar em conta na primeira fase da dosimetria da pena, caso a investigação culmine em ação penal;

- X. Colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa: com redação dada pela Lei nº 13.257 de 2016, esta nova disposição de diligência prevê que o delegado deve averiguar, no momento da prisão, se o preso possui filhos, se estes são menores e/ou deficientes e desde já verificar também quem é o responsável pelos cuidados destes filhos, pois, se a pessoa presa for a única responsável pelos cuidados, o Estado deve tomar as devidas providências no caso dos filhos serem menores e deficientes para que não fiquem desamparados, ou ainda se não for o único responsável, o preso deve indicar alguém que o possa ser durante o período em que estiver recolhido ao cárcere. Trata-se mais de política pública voltada às crianças e pessoas com deficiência para que não fiquem desassistidas, desprotegidas no período em que seu responsável se encontre privado de sua liberdade.

Em caráter alternativo, o artigo 7º do Código sob análise traz como possibilidade de diligência a ser realizada a reprodução simulada dos fatos, mais comumente conhecida como “reconstituição do crime”. Em que pese sua carga probatória, esta só pode ser realizada desde que “não contrarie a moralidade ou a ordem pública”. Por meio desta, pode-se verificar a veracidade ou, no mínimo, a verossimilhança das alegações trazidas aos autos pelos depoimentos e ainda pode ser constatado o modo mais provável de como tenha ocorrido o crime praticado. Importante se faz mencionar que desta diligência o réu, acusado ou investigado não está obrigado a participar, pois impera a premissa de que ninguém será obrigado a produzir provas contra si mesmo, derivada do princípio da não autoincriminação.

Conforme já mencionado, estas hipóteses de diligências são exemplificativas e também não constituem uma ordem rígida a ser seguida, cabendo a autoridade analisar quais são convenientes a cada caso, além da possibilidade do

ofendido e do indiciado requerem diligências que serão realizadas, ou não, a juízo da autoridade responsável, conforme relata o artigo 14 do mesmo Código.

No próximo tópico, analisar-se-á se o inquérito policial, com seu caráter de procedimento, também está sujeito a nulidades, como ocorre com o processo.

4.6 Nulidades

Tendo em vista tudo o que já foi ponderado no presente escrito sobre as características do inquérito policial, especialmente em relação à sua natureza notória e essencialmente informativa e considerando tratar-se de um procedimento e não de um processo, pode-se afirmar que o inquérito, como peça extrajudicial, não está sujeito às nulidades presentes na fase processual.

De forma bastante precisa, sustenta José Geraldo da Silva que “Por tratar-se o inquérito policial de peça informativa, o mesmo não comporta nulidades, as quais só existem no processo penal”¹⁶. O fato de este procedimento ter como característica a inquisitorialidade confirma essa tese, pois apenas o sistema acusatório, usado na fase processual, prevê o devido processo legal e este sim está sujeito a nulidades.

De acordo com clássico entendimento doutrinário, o que pode haver no procedimento policial seriam meras irregularidades no caso de inobservância aos preceitos legais em determinados atos realizados durante as investigações. Como consequência disto, por ser peça informativa, esta apenas “informaria mal”, de modo incompleto, mas por se tratar apenas de um informe, não seria passível de nulidade, não maculariam o processo, haja vista que os atos probatórios podem naturalmente ser repetidos durante a referida fase. Os defeitos ou vícios de um inquérito serão apurados pela corregedoria da polícia e, posteriormente, sanados no curso do processo judicial.

Uma exceção peculiar em relação à mácula do processo se daria no caso de o único indício probatório ter sido colhido de forma ilícita, neste caso, haveria a contaminação da ação penal subsequente, em razão da nulidade que as provas ilícitas causam, via de regra, ao processo.

¹⁶ SILVA, op. cit., p. 98.

Duas observações fazem-se pertinentes e a primeira diz respeito à prisão em flagrante. Uma irregularidade nas peças informativas elaboradas pela polícia pode levar ao relaxamento desta prisão, sendo um dos casos em que um vício nesta fase gera uma consequência, isso por se tratar da privação da liberdade de alguém.

A segunda é relativa a determinados atos realizados dentro do próprio inquérito, algumas peças que podem ser invalidadas em razão destas irregularidades, isto por conta do valor probatório que tais peças têm em juízo. Um exemplo deste caso seria as perícias quando não realizadas em conformidade com que a lei prescreve. Com base nelas não pode sobrevir condenação em posterior ação pena e se estas não puderem ser reproduzidas no curso da referida ação para que se possam sanar os vícios, ao juiz resta absolver o réu por insuficiência probatória em relação a materialidade do crime e no caso de o juiz não observar este preceito, o processo será nulo, sendo este um caso que uma aparentemente simples irregularidade no curso das investigações pode resultar em nulidade, ainda que no processo.

No entanto, conforme supra indicado, esse é o entendimento de clássica doutrina que escrevia antes do advento da Lei nº13.245/16. Recentemente, já são encontrados outros posicionamentos em razão no novo inciso XXI do artigo 7º do já alterado Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil, onde encontra-se a possibilidade de nulidade absoluta em âmbito de inquérito policial - o que gera infimas divergências - assunto este que será amplamente analisado em momento oportuno.

Por questões de didática e especificidade, no próximo tópico, de forma apartada, serão vistos os princípios aplicáveis ao Inquérito Policial.

5 DOS PRINCÍPIOS APLICADOS AO INQUÉRITO POLICIAL

Embora sendo procedimento e não processo, ao inquérito policial também são aplicados alguns princípios penais constitucionais. Serão explanados neste tópico aqueles que têm aplicação de fato e outros que ainda geram divergências dentre as doutrinas processualistas penais.

5.1 Legalidade

Previsto no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, o princípio da legalidade aduz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No âmbito do procedimento policial, este princípio possui duas vertentes, a primeira diz respeito à instauração do inquérito e à colheita de informações probatórias por meio das diligências e a segunda aos limites que a lei impõe em relação aos atos discricionários da autoridade policial.

Em referência a primeira vertente e em se tratando de instauração do inquérito, a autoridade policial está obrigada, em virtude de lei, a iniciar o procedimento policial sempre que tomar conhecimento de um fato delituoso e que houver justa causa para dar início às investigações, levando em consideração os requisitos para iniciar cada tipo de ação penal. Também é dever do delegado colher tantas provas quantas forem necessárias para apurar materialidade e autoria do crime, ou seja, ele deve conduzir as investigações até que se elucide o crime.

Acerca da segunda vertente, o princípio da legalidade estabelece limites quanto a essas mesmas diligências realizadas à discricionariedade da autoridade para que esta não se torne arbitrariedade e também em relação às medidas aplicadas no curso das investigações, visto que várias delas (tanto diligências como as medidas) restringem direitos dos indivíduos como, por exemplo, a busca e apreensão, a quebra de sigilo telefônico e eventual decretação de prisão temporária.

5.2 Devido Processo Legal

Este princípio tem como propósito garantir a todos os indivíduos que tenham direito a todas as etapas de um processo regular, resguardados de suas

garantias. Em concordância com o que já foi verificado no começo desse estudo, a persecução penal é dividida em fases e o inquérito situa-se na pré-processual que também faz parte do processo, em verdade é sua base. Logo, pode-se dizer que tal princípio deve ser observado nesta fase para que todos os atos subsequentes possam ser válidos e atingirem sua finalidade dentro da *persecutio criminis* como um todo.

Sua previsão é encontrada na Constituição Federal, em seu artigo 5º, no rol dos direitos e garantias fundamentais, ficando demonstrada a importância que o legislador deu a este princípio e seus correlatos. Segue o texto da Magna Carta:

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

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (grifo nosso)

Tendo em vista o que já foi pontuado, embora seja um procedimento e não processo, ao inquérito aplica-se o presente princípio em razão de seus corolários citados no inciso LV supra, quais sejam, o contraditório e a ampla defesa, além da publicidade. Os dois primeiros são tema de infundáveis debates doutrinários quanto a sua aplicação ou não em âmbito de inquérito, especialmente com a mudança nas prerrogativas dos advogados pela nova redação trazida pela Lei nº 13.245/16 no que diz respeito a presença do defensor nesta fase e as garantias que essa alteração traz consigo.

Dando continuidade ao conteúdo em análise, o próximo tópico abordará a publicidade, seus efeitos e sua aplicação face ao sigilo necessário na fase de investigações.

5.3 Publicidade

Por força do artigo 37 da Constituição Federal, a publicidade é um dos princípios que regem a Administração Pública. Por ser um procedimento administrativo de natureza pública, ao inquérito policial deveria ser aplicado tal

princípio, porém, é de sua natureza também ser inquisitorial como já foi visto e desta natureza decorre outra característica que é o sigilo.

Aparentemente, gera uma contradição, mas esta pode ser dirimida ao se constatar que a publicidade se faz presente sim no inquérito, mas de forma relativa, conforme interpretação do artigo 20 do Código de Processo Penal, que trata do sigilo necessário para a elucidação dos fatos criminosos investigados ou daquele decorrente do interesse da sociedade.

Se a publicidade fosse aplicada integralmente as investigações, estas não lograriam êxito, pois muitas atividades probantes têm como quesito imperioso o sigilo para atingirem sua finalidade.

Consoante ao que foi dito, por ser relativa, de alguma forma há publicidade no procedimento, mas esta decorre, além de sua natureza pública, do fato de ser escrito. À medida que os atos são realizados, encerrados e reduzidos a termo e juntados aos autos, estes podem ser objeto de exame pela vítima do crime, pelo investigado e pelo órgão acusador, pois são legítimos interessados no andamento das investigações.

O contraste entre publicidade e sigilo face as alterações decorrentes da nova redação do Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil dada pela Lei nº 13.245/16 será salientado em momento propício.

5.4 Ampla Defesa e Contraditório

Por serem derivados da garantia do Devido Processo Legal, muito se discute sobre sua aplicação no inquérito policial. Traz a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Para justificar se há ou não efetiva aplicação destes princípios no curso da fase pré-processual, a interpretação deste inciso fez surgir duas correntes, por óbvio, os que refutam e os que defendem a presença da ampla defesa e do contraditório no âmbito do inquérito policial.

5.4.1 Divergências

Primeiramente, será feita a explanação acerca da ampla defesa e, em seguida, o foco será o contraditório.

Para a primeira linha de doutrinadores, majoritária e mais tradicional, não é cabível a ampla defesa para os investigados no curso do inquérito. Estes argumentam que o direito de defesa em sua forma ampla é conferido apenas ao acusado, ao réu do processo e o inquérito, por sua vez, é apenas um procedimento. O fato de não culminar em uma acusação e de não existirem partes propriamente ditas nesta fase também é arguido por esta corrente.

Segundo eles, o procedimento tem natureza inquisitorial e isto confere ao delegado a discricionariedade de conduzir o inquérito da maneira que entender mais conveniente para atingir o fim esperado, que é colher provas para que a peça sirva como base para a possível propositura de uma ação penal que pode resultar em sua condenação ou absolvição, logo, a acusação não se faz presente na fase pré-processual e então não se faz necessária ampla defesa por parte do investigado.

Nem mesmo as alterações trazidas pela Lei nº 13.245/16 vieram instituir a ampla defesa ao procedimento policial. De acordo com o pensamento desta corrente, esta lei buscou garantir, assegurar os direitos fundamentais do investigado, como o da presença e assistência e um defensor no curso do inquérito, ainda que esses direitos já fossem previstos por meio da interpretação de outros textos legais.

A defesa prevista para a fase de investigações se dá durante a oitiva do investigado em seu interrogatório, onde ele pode se defender verbalmente – autodefesa positiva - ou apenas ficar em silêncio, não produzindo provas contra si mesmo – autodefesa negativa.

Já para a segunda linha de doutrinadores, minoritária ainda, porém mais contemporânea, a ampla defesa é aplicada sim à fase de investigações, ainda que de modo não tão abrangente quanto no processo. Um dos expoentes desta corrente é o professor e também delegado Fábio Motta Lopes que, já no início de uma de suas obras faz constar:

Demonstra-se no presente livro que, à luz da Constituição Federal e em prol de um tratamento digno aos investigados, podem ser aplicados na fase de

investigação criminal, a partir de certo momento, ainda que de uma maneira mitigada, os direitos de informação e de defesa.¹⁷

Os que dizem serem as investigações preliminares sujeitas à ampla defesa argumentam, inicialmente com base no mesmo inciso referido da Constituição, pois nele há menção aos “acusados em geral”, aos quais é assegurada a ampla defesa. Por esta expressão, subentende-se alcançarem os acusados em fase de investigação e não apenas aos réus em processos. Segundo eles, a este inciso não pode ser dada uma interpretação restritiva para atingir apenas os que estão na fase processual por se tratar de um dispositivo que beneficia os sujeitos da persecução penal como um todo. O simples fato de serem objetos de investigação já é suficiente para serem considerados como acusados de algo, ainda que informalmente.

Outro argumento que justifica o entendimento desta corrente seria o de que, embora o juiz não possa decidir unicamente com base nas provas produzidas no inquérito, estas são usadas para formar o convencimento do magistrado, ou seja, tem uma consequência prática que pode sim vir a prejudicar o acusado, no caso de sobrevir uma condenação.

A já mencionada Lei nº 13.245/16, que alterou o rol de prerrogativas dos advogados presente no Estatuto da Advocacia, Lei 8.906/94, trouxe mais fundamento para estes doutrinadores ao positivizar o direito da presença (assistência) e intervenção de um defensor ainda na fase do inquérito.

Aos que aderem a esse pensamento, a incidência da ampla defesa ainda na fase de investigações seria uma forma de proteger o imputado, garantindo que seus direitos constitucionais estariam assegurados através da presença de um advogado que pode orientá-lo corretamente a como comportar-se em prol de sua própria defesa.

A respeito da eficácia das investigações, a qual, em tese, seria prejudicada se fosse nesta fase aplicada a ampla defesa, há um argumento que diz:

Logo, o exercício do direito de defesa na investigação preliminar não depõe contra a eficácia do trabalho investigatório. Depõe, sim, a favor dessa suposta eficiência, evitando que possíveis inocentes sejam processados criminalmente.¹⁸

¹⁷ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, capa.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2016, p. 122.

Em suma, a aplicação do princípio da ampla defesa se dá a depender da corrente adotada, porém, na prática e na grande maioria dos casos, não é aplicada na fase investigatória.

Discorrendo agora sobre o segundo princípio, também por ser derivado da garantia do Devido Processo Legal e extraído do mesmo inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, a aplicação do contraditório no âmbito do inquérito policial gera muita divergência doutrinária, da mesma forma e pelos mesmos motivos que o princípio abordado anteriormente.

Em que pese ser admitido, nos casos de provas urgentes colhidas durante as investigações e não repetíveis na fase judicial, o contraditório diferido, por meio do qual tais provas são debatidas pelas partes já no processo, o que predomina é o entendimento de que ao inquérito não se aplica o princípio do contraditório.

Como dito, os argumentos são basicamente os mesmos, “como inexistente acusação na fase do inquérito policial, também não haverá defesa, que é o princípio do contraditório.”¹⁹

O doutrinador com argumento mais eloquente e mais citado em toda doutrina com posicionamento contrário sobre esta temática é José Frederico Marques, que em uma de suas obras conclui:

Logo, é também desaconselhável uma investigação contraditória processada no inquérito. Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação.²⁰

No mais, os argumentos favoráveis à aplicação de tal princípio a esta fase inicial são, basicamente, os mesmos referentes à ampla defesa, isto é, ampliar a interpretação do artigo 5º, inciso LV da Magna Carta, considerar que as consequências negativas que as provas não passíveis de impugnação podem trazer ao investigado são demasiadamente graves, a exemplo de sua condenação e não poder usar da natureza inquisitorial do procedimento para afastar a incidência do contraditório da fase extrajudicial da persecução penal.

Como expressiva fundamentação, cita-se o trecho a seguir:

¹⁹ SILVA, op. cit., p. 99.

²⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume 1. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000, p. 167.

À luz do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e em estrita harmonia com uma tendência crescente de jurisdicionalização do processo administrativo, assim compreendida a inserção das garantias do devido processo legal no âmbito processual administrativo, a garantia do contraditório deve, sim, ser inserida na investigação criminal, ainda que de maneira diferida e restrita, dando-se ciência ao investigado – e a seu defensor – exclusivamente dos elementos informativos documentados, resguardando-se, logicamente, o sigilo quanto aos atos investigatórios ainda em andamento, tanto na deliberação quanto na sua prática, quando o direito à informação inerente ao contraditório puder colocar em risco a própria eficácia da diligência investigatória.²¹

Por fim, cabe ressaltar que as controvérsias e conclusões a respeito de serem efetivamente aplicados ou não tais princípios ao inquérito em razão da nova Lei nº 13.245/16 serão detalhadamente estudadas em tópico próprio posterior.

²¹ LIMA, op. cit., p. 120.

6 DA DEFESA DURANTE A FASE DO INQUÉRITO POLICIAL

Conforme já foi visto, muito ainda se discute sobre a presença da ampla defesa durante a fase pré-processual, em especial, no âmbito do inquérito policial, porém, embora não admitida como princípio amplo, verdade é que alguma defesa há nesta fase.

De forma particular, pode ser pontuado tal direito sob dois aspectos, sendo o primeiro em relação a defesa do investigado por si próprio e a segunda em relação às prerrogativas de um defensor quando presente nesta fase tida como inquisitorial.

6.1 Direito de Defesa do Investigado

A ideia central deste tópico é analisar como o investigado, por ele mesmo, pode demonstrar defesa no decorrer da fase do inquérito policial.

A chamada “defesa pessoal” ou “autodefesa” é o meio pelo qual o investigado pode se defender nesta fase, falando a verdade a seu favor (autodefesa positiva) ou apenas ficando em silêncio (autodefesa negativa), sendo este último um direito constitucionalmente previsto (direito ao silêncio) no artigo 5º, inciso LXIII da Carta Magna, inclusive devendo ser informado ao sujeito das investigações pela autoridade responsável por seu interrogatório antes de sua realização, “sob pena de nulidade do ato por violação de uma garantia constitucional.”²²

Por autodefesa positiva se entende o direito que o acusado possui de comparecer pessoalmente aos atos processuais (direito de presença) e de ser interrogado (direito de audiência). [...] Por outro lado, a autodefesa negativa consubstancia-se no direito ao silêncio, que engloba a garantia maior de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.²³

É importante dizer que durante o interrogatório policial, o investigado pode, inclusive, como forma de defesa negativa, mentir, afinal, ele não é obrigado a se auto incriminar, produzindo provas contra si mesmo, como já foi mencionado na citação acima.

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed., rev. e atual. com as leis Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 194.

²³ LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 89.

Ainda sobre a defesa negativa, o silêncio do sujeito passivo não deve gerar presunção de culpa sobre ele, pois, se constitui direito de defesa, não pode acarretar em possíveis punições quanto ao seu regular exercício.

Por ser uma modalidade de defesa pessoal, subjetiva, ela se faz disponível à pessoa do investigado, logo, é renunciável.

Sob outra perspectiva, há também a (muito questionada) defesa técnica, exercida pelos advogados em âmbito policial, que será discutida no tópico seguinte.

6.2 Prerrogativas dos Advogados em Âmbito Investigativo

O direito de defesa exercido por um advogado no decorrer da fase pré-processual em favor de seu cliente investigado ou já indiciado é chamado de “defesa técnica”. “No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo.”²⁴

Em que pese alguns doutrinadores não admitam a presença da defesa (e de um defensor) durante o inquérito sob o argumento de que, em havendo, seriam formados dois processos e não mais um procedimento e um processo em fases distintas, a doutrina mais moderna já concorda que há atuação dos causídicos nesta primeira fase investigativa.

Tomando como base a Lei Maior, nela já se previa o direito à ampla defesa aos acusados em geral que, conforme já explanado anteriormente, podem ser assim considerados aqueles acusados ainda durante as investigações. Portanto, desde 1988 já era assegurada ao indivíduo que, ao ver seu direito à liberdade ameaçado, a possibilidade de constituir defesa técnica por meio de um advogado, sob pena de violação ao consagrado princípio da ampla defesa.

Posteriormente, com a Lei nº 8.906/94, foram legalizadas as prerrogativas dos advogados em âmbito investigativo, sendo uma delas o direito de acesso aos autos do inquérito policial como meio de defesa do cliente investigado ou mesmo já indiciado.

Porém, mesmo estando todos esses direitos positivados em forma de lei, não foi suficiente para que pudesse garantir a mínima efetividade destes na prática. Eis que em 2009 foi aprovada a Súmula Vinculante de nº 14 que veio reforçar a

²⁴ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 188.

importância e a necessidade de ser observadas tais prerrogativas que favorecem a defesa do sujeito passivo das investigações. Segue o texto da Súmula:

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.

Conquanto, muito ainda se discutiu sobre os limites da aplicação dessa Súmula e das leis anteriormente citadas. Mas, de fato, o que interessa neste momento é pontuar o papel da defesa técnica na fase pré-processual e, em razão disso, tornou-se necessário fazer esta prévia explanação.

Conforme já indicado, um dos direitos do advogado em favor de seu cliente investigado, nesta fase, é ter acesso aos autos do inquérito para que ambos possam ter ciência dos atos que estão sendo realizados e do rumo que as investigações estão tomando, de acordo com as diligências já realizadas e, assim, poder analisar os elementos de prova que estão sendo produzidos que digam respeito ao seu cliente. Dessa forma, a defesa pode, ainda que de modo passivo, interferir, vista alguma irregularidade em prejuízo do investigado.

Outra forma de atuação da defesa técnica nesta fase se dá pelo que está disposto no artigo 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.” (grifo nosso) Embora o dispositivo não mencione, este direito pode ser exercido pelo defensor de modo a “angariar elementos em prol da tese do investigado”.²⁵ Importante destacar que, sendo ato discricionário do delegado responsável por conduzir o inquérito, ele pode deferir ou não tais diligências ou produção de provas solicitadas pela defesa a depender da natureza de tais pedidos e da possível eficácia probatória de tais meios. Melhor dizendo, fica a cargo da autoridade responsável analisar se há realmente necessidade e utilidade de se produzir aquela prova ou diligência requerida pela parte.

Com esses meios técnicos de defesa já é possível concluir que existe sim possibilidade de defesa no curso do inquérito policial. No entanto, o que vinha ocorrendo na realidade não condiz com esta, por vezes, utópica teoria.

²⁵ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 201.

Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5º, LV, da Constituição, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras.²⁶

Em razão disso, fez-se necessário alterar o Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil por meio da Lei nº 13.245/16, com o objetivo de dar maior efetividade às prerrogativas dos advogados neste âmbito investigativo, alterações estas que serão analisadas no tópico a seguir.

²⁶ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 308.

7 LEI Nº 13.245/16: A RATIFICAÇÃO DOS DIREITOS DO ADVOGADO EM ÂMBITO INVESTIGATÓRIO

Em janeiro de 2016, foi publicada a Lei de número 13.245, com a finalidade teórica de alterar o artigo 7º de outra Lei deveras conhecida, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94). Mas a lídima intenção do legislador, em verdade, foi de certa forma ratificar e ainda ampliar as prerrogativas dos advogados na esfera investigativa, tanto no que tange as investigações policiais, como nas que ficam a cargo do Ministério Público – antes, muito debatida essa possibilidade; hoje, porém, já aceita.

Dentre as alterações resultantes da nova lei, podemos citar essencialmente três, sendo que uma delas já era uma garantia prevista anteriormente pela já referida Súmula Vinculante nº14: o direito de acesso aos autos pelo defensor. A inovação aqui é a segunda alteração, que passou a prever responsabilização criminal e funcional para aquele que impedir esse acesso ao advogado.

Já a terceira e mais polêmica mudança diz respeito a inserção do inciso XXI ao artigo 7º, que passou a garantir o direito de assistência do advogado a seus clientes já na fase pré-processual e ainda prevê a pena de nulidade absoluta dos atos em que não forem observados essa nova prerrogativa, fortalecendo, assim, a ideia de defesa durante o inquérito.

Com isso, várias questões foram suscitadas pelos que vivem a teoria na prática no dia a dia e também pela mais moderna doutrina, tais como, passará a ser obrigatória a presença do advogado em defesa de seu cliente investigado no curso de todo o inquérito? A aludida nulidade deve mesmo ser observada como absoluta? Sendo assim, quais as consequências disso? E, por fim, haveria agora ampla defesa e contraditório nesta fase tipicamente inquisitorial?

Essas perguntas serão objeto de estudo nos tópicos a seguir.

7.1 Alterações nos Procedimentos Investigatórios

Em linhas gerais, as presentes inovações ou alterações podem ser divididas em dois grupos: as referentes aos procedimentos investigatórios e aquelas que dizem respeito as próprias prerrogativas em si.

Nesta seção, serão analisadas as alterações do primeiro grupo. Estas podem ainda ser cindidas em dois subgrupos: alterações alusivas às investigações policiais e às investigações concernentes ao Ministério Público.

Como a temática desta Monografia é mais restrita ao âmbito policial, as referentes a este subgrupo serão tratadas com mais atenção nos tópicos seguintes. Mas antes disso, na seção subsequente, a abordagem será relacionada as mudanças trazidas pela nova lei relacionadas as investigações que ficam a cargo do Ministério Público.

7.1.1 Investigações do Ministério Público

Cumpre-nos fazer uma observação já ao início deste tópico. Em que pese o tema deste trabalho aborde de forma privativa o inquérito na esfera policial, é importante pontuar também os reflexos da Lei nº 13.245/16 no âmbito do Ministério Público.

Dando continuidade ao que já fora citado anteriormente, nunca foi pacífica a aceitação quanto ao Ministério Público ter poderes investigatórios. Mas em 2015 esse cenário mudou de forma bastante significativa quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em um de seus julgamentos, que tal órgão também pode proceder legitimamente a investigações criminais por meio do Procedimento Investigatório Criminal (PIC). Não que essa possibilidade seja recente, mas seu reconhecimento como pacífico pelo Supremo tirou o estigma de que somente a Polícia Civil (por excelência) tem a competência de conduzir investigações criminais.

Insta salientar que também neste julgado, o Supremo estabeleceu que as prerrogativas dos advogados previstas no Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil devem ser, de igual forma, respeitadas e observadas no decorrer das investigações que ficaram a cargo do Ministério Público.

Com certeza pode-se afirmar que tão somente essa reconhecimento já é uma conquista para essa instituição, no entanto, o advento da Lei em estudo representou um dos marcos para a confirmação deste reconhecimento, como será demonstrado a seguir.

O artigo 1º da Lei nº 13.245/16 prevê que o artigo 7º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) que versa sobre as prerrogativas dos advogados, passou, então, a vigorar com a seguinte redação:

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. (grifo nosso)

De todas as alterações promovidas pela nova Lei, estas destacadas necessitam ser estudadas nesse tópico que trata sobre as investigações do Ministério Público. A justificativa se dá pois, na redação anterior, o mesmo inciso XIV previa apenas o acesso aos autos na “repartição policial”, sendo estes pertencentes exclusivamente ao “inquérito”.

Com a leitura do novo texto, fica evidente que a inovação se deu para que pudessem ser incluídos os demais procedimentos investigatórios (não só mais criminal, como administrativo, por exemplo) e também as investigações presididas pelo Ministério Público, conforme já reconhecido pelo Supremo, entre outras instituições e procedimentos. Em suma, pode-se afirmar que a intenção do legislador era de ampliar o acesso dos advogados aos autos que guardem relação com a matéria de defesa de seu cliente investigado.

Outro grande reflexo resultante do advento da Lei nº 13.245/16 concerne a edição, em fevereiro deste ano, da Resolução de nº 161 pelo Conselho Nacional do Ministério Público que teve o condão de alterar as já existentes Resoluções nº 13/2006 e nº 23/2007, ambas do referido Conselho, que normatizam a respeito do Procedimento Investigatório Criminal e do Inquérito Civil presidido pelo Ministério Público, respectivamente.

A elaboração da Resolução alteradora nº 161 teve como justificativa a necessidade de se incorporar ao Ministério Público as modificações nas prerrogativas dos advogados constituídas pela Lei do objeto de estudo. Para não dispersar o assunto principal desta Monografia, o texto na íntegra da aludida Resolução encontra-se anexo ao final. Todavia, doravante sempre que for citada uma inovação da Lei nº 13.245/16 que corresponda a algum ponto da redação das Resoluções, a devida remissão será indicada no próprio trabalho.

Em conformidade com o que já foi supra mencionado, na seção seguinte serão analisadas as alterações relativas às prerrogativas em si durante a fase investigativa.

7.2 Alterações nas Prerrogativas dos Advogados no Curso da Fase Pré-Processual

De início, cabe fazer uma observação. Deste tópico em diante, o foco dos estudos será novamente direcionado ao âmbito policial, em especial ao inquérito policial realizado pela Polícia Civil dos estados, apenas contando com algumas remissões as Resoluções mencionadas no ponto anterior.

O assunto a ser tratado aqui versa sobre as alterações relacionadas aos direitos dos advogados em âmbito policial na defesa de seu cliente. Ante tudo o que já foi visto até então, é possível afirmar ainda que de forma sumária que tais direitos foram ampliados, seja por sua confirmação ou introdução no rol de prerrogativas no Estatuto da Advocacia. Passemos agora a discorrer sobre cada uma das inovações advindas da Lei nº 13.245/16 e sua consequência prática no decorrer do inquérito policial.

7.2.1 O inciso XIV e suas peculiaridades

O inciso XIV do artigo 7º do Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil não foi criado pela Lei nº 13.245/16, mas sim, alterado e, dentre as modificações, estão aquelas já destacadas outrora quando tratou-se das investigações do Ministério Público.

Em linhas gerais, com a leitura do já transcrito inciso XIV, pode-se perceber que de fato sua nova redação ampliou a forma de acesso aos autos de investigações pelo defensor. Ampliação sim, pois o inciso XIII do mesmo artigo 7º já previa como prerrogativa o acesso aos autos, porém, de processos, em órgãos do Poder Judiciário e Legislativo.

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XIII - 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; (grifo nosso)

Com a leitura deste inciso, nota-se que ele guarda muita semelhança com o inciso XIV, objeto de análise principal, porém, com as peculiaridades destacadas.

O referido inciso também é análogo ao conteúdo da já citada Súmula Vinculante nº 14. De fato, já havia a garantia de acesso aos autos na Súmula, o que ocorreu com a nova redação do inciso XIV foi uma interpretação de algo que já existia, ou seja, este inciso trata-se de um esclarecimento legislativo em conformidade com a Súmula.

No entanto, uma importante diferença entre eles reside na limitação imposta pela Súmula ao abranger apenas as investigações de competência da Polícia Judiciária, restrição esta que foi suprimida na edição do inciso XIV, que hoje possibilita o exame dos autos em “qualquer instituição responsável por conduzir investigação”. Em síntese, conclui-se esta ideia dizendo que o aludido inciso configura uma reanálise da Súmula Vinculante nº 14, de modo a tornar sua abrangência mais ampla em favor dos advogados e, conseqüentemente, dos seus clientes.

Outro ponto a ser observado a respeito do conteúdo do inciso XIV são os reflexos práticos de sua aplicação. Ele garante, em termos de exegese, a oportunidade do causídico, com o acesso as peças, estudar o inquérito, a tese de defesa, para que assim possa melhor orientar seu cliente que está sendo investigado ou mesmo já indiciado. Isso faz toda a diferença. Um advogado bem informado, se prepara melhor e tem mais chances de obter êxito na defesa do interessado na “causa”. Em situações já avançadas, caso o investigado se torne indiciado e, posteriormente venha a ser réu em uma ação penal, o advogado já terá suas teses defensivas elaboradas, pois outrora já teve acesso a todos os elementos probantes, toda a carga informativa constante no inquérito policial que servirá de base para tal ação, aumentando igualmente a probabilidade de obter bons resultados para seu cliente.

Necessário também se faz mencionar o acréscimo a parte final do dispositivo, que assegura o direito do advogado copiar peças e tomar apontamentos tanto em meio físico como digital. Tal adição tornou-se relevante pois, à época do escrito original do Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil, não havia com tanta facilidade o meio digital para copiar documentos e como hoje o cenário é outro, sendo que todos têm à mão um celular, por exemplo, foi necessário compatibilizar os dias atuais com a redação do texto legal.

Como forma de remissão, o inciso XIV corresponde ao artigo 7^a, §1^o da Resolução nº 13 e ao artigo 7^o, § 6^o da Resolução nº 23, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público (texto integral da Resolução alteradora nº 161 anexo).

Para que possa ser seguido o raciocínio desta tese, nos próximos tópicos serão desmembradas as demais inovações da Lei nº 13.245/16, de forma que serão estudados a seguir os novos parágrafos 10 e 11 por relacionarem-se intimamente com o inciso XIV e tratem do mesmo assunto, em seguida o parágrafo 12 e, por último, o inciso XXI.

7.2.1.1 Os novos parágrafos 10 e 11 e o sigilo das investigações

No decorrer deste trabalho, já ficou demonstrada a natureza sigilosa do procedimento policial, ou melhor, da fase pré-processual como um todo. Porém, vimos também que a publicidade é um princípio aplicado ao inquérito pelo fato de ser escrito. Neste tópico, serão confrontadas essas duas características tendo como base os diplomas legais já referenciados neste texto.

Segundo o artigo 37 da Constituição Federal, a publicidade é um princípio a ser seguido pela Administração Pública, da qual as Polícias são integrantes. Ser um procedimento escrito é mais uma premissa para entendermos que a regra seria a publicidade.

Porém, conforme já ponderado outrora, um dos elementos que perfazem a natureza do inquérito policial é o sigilo. Este se faz essencial para que se possa obter êxito nas investigações, conforme prevê o artigo 20 do Código de Processo Penal: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”.

Muitas vezes, a publicidade pode ser útil, como já apontado em tópico anterior, nos casos em que são feitos retratos falados. Assim, por ser algo amplamente divulgado em razão da publicidade, a sociedade pode contribuir para as investigações.

Visto isso, considerando que o sigilo é inerente a eficácia das diligências investigatórias, que a fase pré-processual é, em regra, sigilosa e, por fim, considerando ainda que a publicidade é um princípio que via de regra deve ser observado, concluímos que, embora sendo a publicidade a regra prevista na Magna Carta, ao inquérito policial é cabível a exceção do sigilo a ser adotada por padrão.

Feitas as devidas considerações, convém fazer uma importante constatação. Ainda que o sigilo impere nesta fase, nada impede, via de regra, o direito de acesso aos autos pelo advogado, conforme disposto anteriormente. As exceções serão pontuadas a seguir.

7.2.1.1.1 Procuração para os autos sob sigilo

Em certos casos, o sigilo dispensado ao procedimento deve ser mais rigoroso, fazendo com o que o acesso aos autos seja restrito apenas aos que provarem interesse legítimo. Trata-se de um sigilo específico, muito mais abrangente que o genérico já inerente as investigações.

Considerado um sigilo externo, associado ao público em geral, haja vista que para as partes ele não é válido. Casos em que a exposição da intimidade seria demasiadamente gravosa para os envolvidos como, por exemplo, investigações relacionadas a crimes contra a dignidade sexual, ou que envolvam interceptações telefônicas, ou ainda relativas a atos infracionais, por resguardar interesse de menores. Nestes casos, para se ter acesso as peças, é necessário provar que há interesse legítimo, que realmente o faz em benefício da defesa do investigado, como é o caso estudado.

Diante disso, a regra da desnecessidade de se apresentar procuração para examinar os autos passa a apresentar uma exceção, sendo que, ao ser imposto este sigilo específico, o advogado deve apresentar sim procuração que represente seu cliente. É isso que dispõe o novo § 10º do artigo 7º do Estatuto da Advocacia, alterado pela Lei nº 13.245/16: “Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.”.

Dito isto, surge a seguinte questão: quem decreta esse sigilo? Com a simples leitura do artigo 20 supra transcrito, a interpretação que se pode ter é que a autoridade responsável pelo inquérito, no caso, o delegado de polícia que decreta. Porém, com o conhecimento da lei, o correto a se afirmar é que o delegado representa para que, então, o magistrado decrete fundamentadamente o sigilo necessário para aqueles autos.

No entanto, há situações em que o sigilo advém de uma determinação legal, ou seja, sua decretação já é prevista em lei e deve ser feita de ofício. Tais casos devem ser resultado da correta interpretação do artigo 5º, inciso LX da Constituição

Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Ao ler esse dispositivo, fica claro que as hipóteses são abertas, porém, excepcionais. O que não pode ocorrer é decretar o sigilo usando da arbitrariedade como forma de tentar obstruir a defesa do investigado, caracterizando abuso de autoridade contra os direitos do advogado.

Visto isso, cumpre-nos fazer a remissão dos textos, sendo que o § 10, por ora estudado, corresponde ao artigo 7º, § 3º da Resolução nº 13; relaciona-se com o artigo 13, § único, inciso II do mesmo texto e corresponde também ao artigo 7º, § 7º da Resolução nº 23, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público (texto integral da Resolução alteradora nº 161 anexo).

Encerrando, pode-se inferir pelo que foi ponderado até então que o sigilo do qual necessita de procuração para obter acesso aos autos é uma modalidade excepcional, por ser embasado no direito à intimidade das partes ou no interesse social. À exceção disso, a regra é a desnecessidade de procuração para o advogado poder examinar as peças do inquérito policial.

No próximo tópico, ao tratar do igualmente novel § 11, artigo 7º da Lei nº 13.245/16, continuar-se-á a analisar as exceções, ou melhor, restrições ao direito de acesso aos autos.

7.2.1.1.2 A eficácia das diligências enquanto meio probatório

Mais uma inovação da Lei nº 13.245/16 foi o acréscimo do § 11 ao rol de prerrogativas dos advogados presente no artigo 7º do Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil, porém, de forma a instituir mais uma restrição ao direito de acesso aos autos previsto no já analisado inciso XIV.

O que se extrai do referido parágrafo é que as diligências ainda em andamento poderão sofrer restrições de acesso quando houver risco ao resultado útil das investigações. Vejamos o que diz a redação literal do parágrafo:

Art. 7º São direitos do advogado

[...]

§ 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.

Ao analisar a redação do parágrafo 11, nota-se que ele é significativamente relacionado à Súmula Vinculante nº 14, oportunamente explanada, a qual permite o acesso apenas aos autos já documentados. Equacionando a situação, é possível sustentar que o inciso XIV somado à Súmula Vinculante nº 14 resultou no parágrafo 11, acrescido de algumas particularidades.

Mas será que a concepção deste parágrafo foi pertinente ou acabou dando azo para possíveis arbitrariedades de autoridades policiais que, visando obstaculizar a defesa do investigado, deixam de encartar algumas peças aos autos sob a justificativa de que o acesso a estas prejudicaria a eficácia das investigações, quando, na verdade, em nada atrapalharia?

O dispositivo contempla a discricionariedade da autoridade responsável por presidir o inquérito policial e esta não pode ter qualquer relação com a temerária arbitrariedade. Portanto, quando realmente necessário para preservar a finalidade das diligências, desde que fundamentado, o delegado pode sim delimitar o acesso do advogado aos autos ainda em andamento.

Isso ocorre pois há um perigo concreto da prova se tornar ineficaz, de forma a prejudicar a investigação com o um todo. Por exemplo, se a diligência se trata de uma interceptação telefônica, ao deixar que o advogado do sujeito tenha conhecimento desta medida ainda em andamento, tornará totalmente ineficaz a prova que se pretende produzir, pois o investigado ficará ciente e não falará nada que possa lhe comprometer ao telefone.

Em suma, esta limitação é totalmente pertinente, desde que devidamente fundamentada, pois visa resguardar o êxito das investigações.

Fazendo as devidas remissões, este parágrafo 11 corresponde ao artigo 7º, § 4º da Resolução nº 13 e ao artigo 7º, § 8º da Resolução nº 23, ambas, como já mencionado outrora, pertencentes ao Conselho Nacional do Ministério Público, sendo que o texto na íntegra da Resolução alteradora nº 161/2017 disponível para consulta encontra-se anexo.

Findos os estudos referentes a este tópico, a seguir será explanada a novidade trazida pela edição do parágrafo 12 do artigo 7º da Lei em estudo.

7.2.1.2 O novo parágrafo 12 e a responsabilização criminal perante a inobservância do dispositivo

Até então, todas as inovações estudadas referem-se as alterações do inciso XIV e os parágrafos a ele relacionados. O objetivo agora será analisar qual a consequência para a inobservância do disposto neste inciso e a previsão para tal encontra-se no também acrescido pela Lei nº 13.245/16, parágrafo 12, transcrito a seguir:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

§ 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.

Conforme extrai-se da leitura do parágrafo, a autoridade responsável pela condução do inquérito que dificultar de forma insidiosa o acesso pleno do advogado aos autos do procedimento incorrerá em abuso de autoridade, devendo ser responsabilizada por seus atos ilegais.

Por dificultar o acesso, entende-se impedir de qualquer forma o direito do defensor de examinar os autos previsto no inciso XIV, bem como fornecer tais autos de forma incompleta ou tendo retirado alguns de seus documentos previamente, tudo com o objetivo de prejudicar a defesa.

De acordo com a previsão do texto, a penalidade para esta ação torpe é a “responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade” e a previsão legal para tanto está no artigo 3º, alínea “j” da Lei nº 4.898/65, que dispõe que constitui abuso de autoridade qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional, no caso, as prerrogativas dos defensores.

Na parte final do texto legal, há uma previsão que merece ser comentada. Nos casos em que ocorrer tal violação a esses direitos, o advogado prejudicado tem direito subjetivo de requerer ao magistrado a efetiva consolidação de tais prerrogativas em âmbito policial, bem como em qualquer instituição responsável pela condução das investigações, porém, segundo já advertido anteriormente, o tema será restringido ao âmbito policial.

Deste modo, finalizam-se os estudos em relação ao inciso XIV e seus derivados parágrafos. Doravante o conteúdo sob análise será o inovador inciso XXI e seus reflexos práticos na fase pré-processual.

7.2.2 O novo inciso XXI e as alterações no interrogatório policial

Sem dúvida, a maior inovação trazida pela Lei nº 13.245/16 para o Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil foi a elaboração do inciso XXI. Por ser bastante polêmico, será desmembrado em três tópicos, sendo que cada um tratará de uma das peculiaridades contidas no dispositivo.

7.2.2.1 Nova prerrogativa dos advogados

De modo geral, a nova prerrogativa consiste em confirmar o direito de assistência aos clientes investigados já na fase do inquérito, em especial, no decorrer do interrogatório policial. No entanto, em meados de 1995, Romeu de Almeida Salles Júnior, assim como outros doutrinadores, já afirmava existir tal direito mesmo antes da edição da Lei em estudo. Segundo ele:

Dado o caráter administrativo e inquisitório do inquérito policial, inexistente oportunidade para o indiciado apresentar a sua defesa nesta fase da persecução penal. Não obstante, se ele entender conveniente, poderá constituir advogado para acompanhá-lo em seu interrogatório, bem assim para assisti-lo durante o desenrolar das investigações a serem empreendidas.²⁷

Isso se deve ao fato de tal garantia já estar prevista na Constituição Federal, mas era interpretada restritivamente ao preso, ou a quem estivesse já na fase judicial.

Para melhor entender as teses abordadas nestes tópicos, é necessária a menção do texto do parágrafo:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

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

²⁷ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995, p. 59.

decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

- a) apresentar razões e quesitos;
- b) (VETADO).

Basicamente, este parágrafo foi incluído visando fortalecer a ideia de defesa no inquérito policial. Assim, estando presente no curso do procedimento, em especial durante o interrogatório, o advogado pode resguardar as garantias constitucionais de seu cliente, assegurar que estas serão respeitadas. Pode igualmente certificar que o investigado não será oprimido pela autoridade, forçado a falar algo que ele não queira, ou ainda assinar o termo de depoimento contendo algo que ele não disse.

O propósito é intensificar a possibilidade de defesa técnica nesta fase, mas tendo em vista a melhor tese defensiva, o causídico pode orientar seu cliente a ficar em silêncio durante sua declaração, influenciando também, dessa forma, a auto defesa.

Questão bastante relevante que merece atenção ainda neste tópico é relativa a incomunicabilidade da pessoa investigada ou já mesmo indiciada. Ainda nestes casos, o direito de assistência do advogado permanece inalterado, pois dispõe o mesmo artigo 7º do Estatuto da Advocacia que versa sobre as prerrogativas do advogado em seu inciso III que constitui direito do advogado comunicar-se com seu cliente que se encontre recolhido ou mesmo preso em uma repartição policial ou qualquer outro estabelecimento prisional, ainda que este esteja incomunicável, ou seja, a incomunicabilidade não atinge ao advogado atuante em favor de seu cliente.

Atendendo ao que ficou expresso anteriormente, cumpre-nos fazer as devidas remissões, considerando que o referido inciso XXI corresponde ao artigo 7º, § 2º da Resolução nº 13 e ao artigo 6º, § 11 da Resolução nº 23, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público. Mais uma vez, ressalta-se que o texto da Resolução alteradora destas resoluções encontra-se anexo, na íntegra, disponibilizado para consulta e esclarecimento de quaisquer dúvidas.

Como as particularidades deste inciso estão desmembradas para melhor serem estudadas, a primeira parte encerra-se aqui. No entanto, já pode ser levantado o seguinte questionamento, que atualmente é bastante discutido dentre os processualistas penais e atuantes na área: a partir desta inovação, passa a ser obrigatória a presença do advogado na fase do inquérito? Se esta não for observada,

realmente gera nulidade ao procedimento? Este debate será elucidado no tópico seguinte.

7.2.2.2 A questão da nulidade

A segunda particularidade do destacado inciso XXI diz respeito a previsão de nulidade absoluta resultante da inobservância do direito previsto no próprio inciso. A partir de então, passaria a ser obrigatória a presença do advogado durante todos os atos do inquérito policial? Se ele não se fizer presente por questões de disponibilidade ou por impedimento da autoridade policial, em ambos os casos, há a incidência de nulidade absoluta sobre todos os atos decorrentes daquele em que o defensor esteve ausente? Tais questões são alvos de exaltados debates dentre os estudiosos da área, advogados e também as autoridades responsáveis pelo inquérito.

Como não há nada pacificado, podemos dizer que surgiram duas correntes a respeito do tema: aqueles que defendem ser obrigatória a presença do causídico e, conseqüentemente, existe sim a nulidade absoluta e os que sustentam não haver qualquer obrigatoriedade, mas sim, possibilidade de assistência do advogado e, para estes, não há nulidade. Adiante, analisaremos as duas correntes e suas conseqüências.

Para os que entendem ser obrigatória a presença do advogado, conforme dito anteriormente, são adeptos da nulidade em caso de inobservância desse preceito. Neste caso, decorrem duas hipóteses: o caso em que o advogado constituído pelo investigado se faz presente, mas é impedido pela autoridade policial de participar da apuração das infrações – aqui, geraria nulidade imediata – e o segundo caso em que o investigado não constitui advogado. Estaria a autoridade obrigada a providenciar, junto a Defensoria Pública, um profissional para defender aquele sujeito que não tem condições ou simplesmente optou por não apresentar defesa técnica “sob pena de nulidade absoluta”? Ou apenas deve fazer constar nos autos a ausência do defensor e ficaria então impedido de dar prosseguimento aos atos em razão da conseqüência prevista no inciso?

Se a primeira interpretação vigorar, haveria um problema de ordem estrutural, pois não teria como disponibilizar um advogado para cada investigado em todas as delegacias de polícia do país, logo, ao inquérito seria sempre aplicada a nulidade absoluta nestes casos e impossibilitaria a atividade investigatória da polícia.

Ainda que vigore a segunda interpretação, o resultado seria o mesmo, a criação de obstáculos para a atividade policial. Em suma, para os adeptos da obrigatoriedade, o respectivo interrogatório do investigado/indiciado – e todos os demais atos consequentes deste – será nulo se o sujeito não estiver assistido por um advogado. Ao nosso ver, é demasiadamente extremista essa corrente.

De outro modo, a segunda corrente de pensamento é mais branda em relação à anterior. Segundo ela, a melhor interpretação para o inciso XXI é a de que, caso o investigado constitua um advogado, este tem o direito de assistir seu cliente durante os atos do inquérito e, se caso esse direito for negado, incidirá sobre “todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados” a nulidade absoluta.

Ainda assim, desta interpretação decorrem outras duas, uma delas argumentando a favor da nulidade e outra negando a existência desta em sede de inquérito policial, pois, sendo este um procedimento administrativo, estaria sujeito apenas a irregularidades.

No entanto, em que pese haver fundamento neste último posicionamento, não haveria sentido o legislador prever expressamente “nulidade absoluta” no texto do inciso. É do conhecimento de todos que “a lei não contém palavras inúteis”.

Deixando a conclusão desta discussão para o fim deste tópico, é importante fazer uma análise paralela a isto relacionada especificamente a nulidade dos atos decorrentes ou derivados, conforme traz o texto do dispositivo, também chamada de “nulidade derivada”. Legalmente, ela encontra respaldo no parágrafo 1º do artigo 573 do Código de Processo Penal:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. (grifo nosso)

É perceptível, também, que o escrito faz alusão à célebre Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, agregando à nulidade prevista os mesmos efeitos da prova ilícita. O artigo 157 e seu parágrafo 1º do mesmo Código trazem o fundamento legal desta Teoria:

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

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (grifo nosso)

Ao adaptar esta Teoria ao caso específico do inciso XXI, pode-se obter dois entendimentos, quais sejam:

- a) Considerando que o procedimento policial é ato meramente informativo, nele não incidem nulidades, mas tão somente irregularidades e isto não obsta para dar continuidade ao inquérito, tampouco dar início a uma possível ação penal;
- b) Considerando a existência de nulidade no inquérito policial e que tal nulidade do interrogatório ou depoimento pode contaminar os demais atos subsequentes, ao ser arguida, as peças contaminadas devem ser desentranhadas dos autos, caso contrário, constituir-se-á um vício que prejudicará a justa causa para se iniciar uma ação penal, o que tornará sem efeito a atividade investigatória.

Visto isso, podemos retornar ao debate principal sobre a obrigatoriedade da presença do advogado nesta fase e se a inobservância desta geraria ou não nulidade absoluta ao feito. Como já estabelecido outrora, não há nada pacífico ainda em termos doutrinários ou jurisprudenciais devido a tamanha contemporaneidade da alteração legislativa, mas cabe aqui fazer uma interpretação com base na ponderação e no que tem sido estudado até então, para ao menos tentar dirimir este debate.

Analisando o tema deste estudo e adequando-o ao ideal do inciso XXI, extrai-se como exegese que a assistência que menciona o texto é um direito que há muito já era previsto e garantido ao sujeito das investigações, porém, ganhou um viés obrigacional na hipótese em que o defensor se apresentar para assistir a seu cliente investigado. A *contrario sensu*, se o indivíduo não constituir advogado, não cabe ao delegado providenciar um para se fazer presente aos atos, ou seja, neste último caso, não há a obrigatoriedade.

Fazendo analogia ao que preceitua a Súmula Vinculante nº 5, “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a

Constituição.”, se no processo administrativo é dispensável, no procedimento também o deve ser.

Sintetizando, se o advogado estiver presente, ele terá o direito de acompanhar seu cliente durante os atos da investigação preliminar, ou seja, estando presente, passa a ser obrigatória sua participação, não podendo o delegado negar este direito de assistência. Por outro lado, se o investigado não apresentar defensor, inexistente a obrigatoriedade.

Agora, relativo à nulidade absoluta prevista no inciso, a interpretação que se pode ter, fruto de ponderação entre as correntes supra citadas, é a de que, caso esse direito de assistência for negado ao advogado e ao investigado, constituirá, então, a nulidade absoluta do ato em que se teve a negativa por parte da autoridade policial e de “todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente”.

Isso quer dizer que, se o advogado for impedido de exercer o direito de assistir a seu cliente investigado/indiciado durante seu interrogatório, todos os elementos de prova derivados ou decorrentes deste ato serão considerados nulos e, por interpretação nossa, deverão ser desentranhados dos autos, sob pena de macular uma possível futura ação penal resultante daquele inquérito policial. Sempre lembrando que, se o sujeito não constituir advogado, não incidirá nulidade alguma.

Importante mencionar que esta aparente solução para a polêmica criada em torno do assunto não é absoluta, mas representa apenas uma interpretação imparcial e plausível com o que foi estudado até então e com a ponderação realizada sobre a temática do inciso XXI.

Um outro ponto de dúvidas sobre o assunto faz referência ao alcance dessa prerrogativa do defensor. Pode-se considerar que essa assistência abrange apenas o interrogatório do indiciado / declarações do investigado ou também ao depoimento das testemunhas, da vítima ou ainda, de forma ampla, abrange a todos os atos do inquérito policial? Seria uma interpretação demasiadamente elástica se pensarmos de acordo com essas últimas formas?

Adotamos o posicionamento de que o direito de assistência é amplo, pois além do interrogatório, todos os demais atos de inquirição e probatórios do inquérito não são apenas meio de prova, mas também, meio de defesa que podem sim contar com a participação de um advogado, para que este possa elaborar sua tese defensiva em favor de seu cliente.

Observando tudo o que foi exposto até o momento, pode ser que tenha surgido a ideia de que, a partir de agora, com todos esses direitos, passe a ter definitivamente a Ampla Defesa e o Contraditório já no curso do inquérito, na fase pré-processual. Porém, esta proposta será analisada em tópico posterior.

Avançando para o final do estudo do inciso XXI do artigo 7º do Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil, resta-nos analisar as alíneas que o compõe e este será o assunto do próximo tópico.

7.2.2.3 Discricionariedade da autoridade policial versus o direito de defesa do investigado

O intuito deste tópico é analisar mais uma parte do já transcrito inciso XXI, qual seja, suas alíneas. É válido evocar o dispositivo:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

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:

- c) apresentar razões e quesitos;
- d) (VETADO).

Com a leitura das alíneas, constata-se que uma outra prerrogativa do advogado no curso do inquérito policial consiste em “apresentar razões e quesitos”. Além disso, nota-se que o que se faria constar na próxima alínea foi vetado e isso será abordado posteriormente. Inicialmente, o foco será nesta prerrogativa supracitada.

De fato, é possível afirmar que esses direitos não são uma grande inovação. A previsão de “apresentar razões” veio dar maior efetividade ao que já está exposto no direito de assistência e, em relação aos quesitos, o §3º do artigo 159 do Código de Processo Penal já assegurava essa hipótese no que tange as perícias, vejamos:

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.

Em relação as razões, estas podem ser verbalizadas ou reduzidas a forma escrita e consistem na exteriorização de ideias com caráter crítico-opinativo da defesa relativas ao procedimento, às diligências que serão realizadas, etc.

Já no tocante aos quesitos, encontramos algumas divergências. Por quesitos podemos considerar as perguntas realizadas pelo advogado a alguém que esteja participando do procedimento. Comumente, são associados às perícias, ou seja, ao advogado apresenta suas perguntas (quesitos) ao perito, normalmente como forma de propiciar uma melhor tese defensiva. Por vezes, isso é considerado como uma “participação colaborativa ao inquérito”.

No entanto, a divergência reside na abrangência dos quesitos, melhor dizendo, a quem eles podem ser dirigidos? É permitido ao advogado formular perguntas de forma direta? Em caso afirmativo, estas terão como destinatário apenas o perito ou pode-se incluir também as testemunhas, o ofendido e o cliente indiciado/investigado durante seu interrogatório/declarações?

Se entendermos pela amplitude do direito de assistência, as perguntas acima podem ser respondidas de forma afirmativa. Questiona-se também, com frequência, se estes quesitos, quando considerados com sua forma ampla, devem ser dirigidos diretamente ao seu destinatário ou ao delegado responsável pela presidência do inquérito, para que este redirecione as perguntas ao receptor final. Mas independentemente da maneira adotada na prática, há que se observar o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal que, mesmo se tratando de norma aplicável ao processo, pode ser analogamente inserida no contexto do procedimento policial.

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida

Com a leitura, pode-se aferir que a autoridade pode indeferir os quesitos que, em sua análise ponderada, julgar como sendo meramente protelatórios ou impróprios. Sem embargo, tudo isso dever ser registrado no termo do respectivo interrogatório ou depoimento, ou ainda, genericamente, deve constar em algum momento nos autos do inquérito. Assim, é possível evitar condutas temerárias e arbitrárias no sentido de prejudicar a defesa.

Direcionando agora o objeto de análise para a alínea “b” do mesmo inciso, constata-se que ela foi vetada. Em seu texto, ela previa a possibilidade do advogado requisitar diligências diretamente a autoridade policial responsável pelo inquérito. Compreendendo que “requisitar” remete à ideia de obrigatoriedade na aceitação, fez-se necessário o veto do texto com a seguinte justificativa:

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. [...] ²⁸

Compete-nos examinar as razões expostas nesta mensagem de veto. Realmente, é plausível a justificativa apresentada pelos motivos anteriormente mencionados, daria o sentido de obrigação em que o delegado estaria obrigado a acatar a requisição de diligências feita pelo advogado. Para alguns, pode parecer uma afronta às prerrogativas ou ao direito de defesa, no entanto, existem dois argumentos capazes de explicar a pertinência do veto.

Primeiro, o artigo 14 do Código de Processo Penal aduz que “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.” (Grifo nosso). Há anos já existia a possibilidade do advogado requerer diligências ao delegado e, neste sentido, requerer não implica em aceite obrigatório como explica a parte final do dispositivo. Assim sendo, prevalece a regra da discricionariedade das decisões da autoridade policial.

Segundo, conceder tão grande privilégio ao defensor causaria um conflito entre advogados e Ministério Público, uma vez que tornaria demasiadamente amplo o direito do causídico face a restrição que limita o poder da Instituição mencionada, haja vista que o *Parquet*, se achar necessário a realização de alguma diligência em âmbito de inquérito policial, deve solicitar ao juiz para que este sim possa requisitar à autoridade policial presidente do inquérito sua realização.

Em síntese, o que se pode dizer é que o veto foi perfeitamente adequado, tendo em vista a discricionariedade do delegado de polícia e a preservação da igualdade entre acusação e defesa, ainda que em fase pré-processual.

²⁸ BRASIL. Mensagem nº 10, de 12 de Janeiro de 2016. Estabelece razões do veto à alínea ‘b’ do inciso XXI do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de Julho de 1994, alterada pelo art. 1º do projeto de lei. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm> Acesso em: 06 out. 2017.

Desta forma, encerramos a parte de estudos aprofundados sobre as particularidades da nova Lei nº 13.245/16 e suas alterações relativas às prerrogativas dos advogados. A partir de agora, já nos direcionando ao fim deste trabalho, serão analisados os reflexos destas alterações diretamente nas características do inquérito policial. Questões que geraram grandes debates serão exploradas neste próximo tópico com a intenção de serem elucidadas, tais como: passaria agora o inquérito a ter ampla defesa e contraditório? Neste caso, deixaria de ser um procedimento inquisitorial? Feita a devida ponderação sobre o assunto, encerrar-se-ão os estudos sobre o tema desta Monografia.

8 DESDOBRAMENTOS DA NOVA LEI NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL

Diante de tudo que foi estudado até então, é perceptível a importância da Lei nº 13.245/16 e suas alterações práticas ao dia a dia dos defensores e dos órgãos responsáveis pela fase pré-processual, sendo o nosso estudo mais especificamente relacionado às investigações preliminares a cargo da Polícia Civil por meio do inquérito policial.

Tais alterações vieram com o intuito de estabelecer direitos e responsabilidades ao advogado, ao delegado e ainda assegurar direitos e garantias fundamentais ao sujeito (por vezes considerado objeto) das investigações – o investigado – e, como objetivo substancial, garantir a eficácia do inquérito policial, tanto como meio de prova, quanto como meio de defesa.

No que tange especificamente as prerrogativas dos advogados em âmbito investigativo, os principais reflexos da alteração legislativa são, basicamente, dois: a efetivação do direito de acesso aos autos e do direito de assistência.

Já no que diz respeito ao inquérito policial e suas características, as influências decorrentes da nova lei serão analisadas no tópico a seguir.

8.1 Contraditório e Ampla Defesa

Não é de hoje que há a discussão sobre a presença ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial. Com o advento da nova lei, apenas reavivaram os já acirrados debates.

Para a linha mais conservadora de doutrinadores que sempre defendeu ser o inquérito policial procedimento administrativo de natureza estritamente inquisitorial, não poderia incidir, de forma alguma, esses dois princípios, sob pena de alterar a própria natureza supracitada do procedimento, tornando-o acusatório, assim como a fase processual e o processo em si. Para eles, se o inquérito policial passar a ter as características do sistema acusatório (como ampla defesa e contraditório), qual seria a “razão de ser” de tal instrumento? Acabaria por inviabilizar a finalidade das investigações.

Como dito, a grande maioria da clássica doutrina entende desta forma. Tanto é assim que, Fernando de Almeida Pedroso, em uma de suas obras, traz o pensamento de Francesco Carnelutti, demonstrando ser a ele favorável: “Se na fase

preliminar o defensor pudesse agir como no processo definitivo, o procedimento preliminar perderia o seu caráter, tornando-se uma duplicação do procedimento definitivo”.²⁹

Outro argumento também defendido por eles é o de que só pode haver contraditório quando há acusação e como é de amplo conhecimento, na fase pré-processual ainda não há uma acusação formal.

Mesmo com o advento da Lei alteradora do Estatuto da Ordem Dos Advogados Do Brasil, estes continuam com o mesmo pensamento, inclusive afirmando que a referida lei não institui o contraditório, tampouco a ampla defesa ao inquérito policial.

Já para a segunda linha de doutrinadores, tidos como mais tolerantes, inovadores e também para os mais modernos, há a possibilidade sim destes princípios estenderem-se ao inquérito, servindo a nova Lei para reforçar esse entendimento.

Para estes, a partir do momento em que o indivíduo passa de investigado para indiciado – ainda no curso do procedimento policial – já incide sobre ele a culpa formal, fazendo-se então necessária a aplicação do contraditório e ampla defesa já nesta fase.

Outro argumento seria o de que, ainda que diferido, o contraditório se faz presente pois há no inquérito o direito à informação e esta é uma forma, ainda que precária de se exercer um mínimo de contraditório. Este direito está intimamente ligado ao direito de acesso aos autos já estudado no tópico referente ao inciso XIV do artigo 7º da Lei em análise.

Em relação à ampla defesa, segundo estes doutrinadores, nesta fase ela pode não ser exatamente “ampla”, mas certamente pode-se afirmar que há defesa sim e que isso pode ser facilmente visualizado nos textos das “novas” prerrogativas dos advogados alteradas pela Lei nº 13.245/16.

Enfim, é perceptível que mesmo com tantas mudanças significativas, a Lei nova não conseguiu solucionar tal impasse, visto que seu objetivo foi o de alterar o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e não propriamente o Código de Processo Penal, sendo este último responsável por orientar todo o procedimento policial, além de toda a *persecutio criminis*. Logo, não caberia a um diploma alterador

²⁹ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal**: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 61.

de lei especial legislar sobre matéria de competência exclusiva de lei geral sob pena de ferir o Princípio da Razoabilidade.

Se a intenção fosse instituir definitivamente o contraditório ou a ampla defesa, que são elementos próprios da fase processual, já na fase investigativa, ou ainda modificar a natureza inquisitorial do inquérito, haveria uma mudança legislativa nesse sentido sobre o Código citado.

Ocorre que, em meados de setembro deste corrente ano, foi aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania o Projeto de Lei nº 366, de 2015³⁰, de autoria do Senador Roberto Rocha que parece ter sido criado para solucionar o problema da alteração legislativa correta. A justificativa de tal Projeto de Lei é alterar o Código de Processo Penal para que possa incidir sobre o inquérito policial o contraditório relativo e também para assegurar o direito de defesa do indiciado no curso do procedimento.

Para tanto, seriam acrescentados dois parágrafos ao artigo 14 e seria alterada a redação do artigo 155 de forma a compatibilizar a Lei Processual Penal às mudanças trazidas pela Lei nº 13.245/16, objeto de nosso estudo, ainda que esta não tivesse sido publicada à época da propositura do Projeto. Esta premissa é nítida ao se fazer a leitura das novas redações propostas:

Art. 14 [...]

§ 1º É direito do defensor, no interesse do investigado ou indiciado, ter acesso aos elementos de prova que, já documentados nos autos do inquérito policial ou outro procedimento de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, excetuados os registros relativos a diligências em andamento e medidas cautelares sigilosas, cujo acesso possa prejudicar a eficácia das investigações.

§ 2º Ressalvado risco à eficácia das investigações, em caso de indiciamento pelo delegado de polícia, em ato fundamentado nos elementos de prova que comprovem a materialidade delitiva e indícios de autoria, o indiciado, por meio de seu defensor, terá vista dos autos, podendo tomar nota, obter cópia e requerer diligência, suspendendo-se o prazo do inquérito, se for o caso, observando o disposto no *caput*. (NR)³¹

³⁰ SENADO FEDERAL: Atividade Legislativa. **Projeto de Lei do Senado nº 366, de 2015**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121818> > Acesso em: 15 set. 2017.

³¹ SENADO FEDERAL. **Texto Final do Projeto de Lei do Senado nº 366, de 2015**. 13 set. 2017. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7183526&disposition=inline> > Acesso em: 23 set. 2017.

Este é o texto do projeto já com a emenda ao parágrafo 2º aprovada pela Comissão. O material pode ser consultado na íntegra nos anexos deste trabalho. Relativo ao contraditório, cita-se a proposta de alteração ao artigo 155:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de prova colhidos no inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis, antecipadas ou produzidas sob crivo do contraditório, com a participação da defesa técnica. (NR) (Grifo nosso)

Nos destaques estão contidas as mudanças propostas. Nota-se que há a inserção da possibilidade do contraditório no âmbito do inquérito policial. Importante se faz mencionar a justificativa manifestada pelo próprio autor do Projeto:

O autor da proposta, senador Roberto Rocha (PSB-MA), afirma que o principal objetivo da sua iniciativa, que modifica o Código de Processo Penal, é garantir que o acusado não seja “mero enfeite ou refém” do inquérito. “É preciso promover mais condições para que o indiciado participe do procedimento investigatório, indicando meios de prova para que a investigação se aproxime ao máximo da verdade. A garantia de uma persecução penal eficiente não pode descuidar da garantia dos direitos do investigado”, explica o senador em sua justificativa para o projeto.³²

Nos parece que os membros da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ao deliberarem sobre a aprovação da proposta, filiaram-se a corrente mais moderna de doutrinadores, pois na análise constante do parecer é notável a tendência favorável à aplicação do contraditório e da ampla defesa ainda em fase de inquérito; se assim não o fosse, o projeto não seria aprovado. Consideramos pertinente transcrever alguns pontos da análise feita no referido parecer, o qual pode ser encontrado na íntegra nos anexos desta Monografia.

A possibilidade de a defesa técnica acessar provas e elementos de informação já documentados em inquéritos policiais é garantia afinada com o contraditório e a ampla defesa, e que já é assegurada pelos nossos tribunais. Como bem salientado pelo autor da proposição, o novo § 1º acrescentado ao art. 14 do CPP basicamente incorpora ao ordenamento jurídico o enunciado no 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal.

[...]

Não se pode olvidar que os principais elementos de prova são produzidos durante a fase da investigação, razão pela qual se mostra adequado garantir

³² SENADO FEDERAL: **Senado Notícias: CCJ deve votar projeto que garante participação da defesa durante o inquérito policial.** Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/26/ccj-deve-votar-projeto-que-garante-participacao-da-defesa-durante-o-inquerito-policial>> Acesso em: 23 set. 2017

que a defesa possa se manifestar sobre os elementos probatórios que levaram ao indiciamento ainda na fase do inquérito policial.

[...]

Quanto à nova ressalva inserida ao art. 155 do CPP, também entendemos que é de todo necessária e valorosa. [...] Nesses casos, o juiz acaba se valendo de elementos de prova do inquérito produzidos sem participação da defesa. Nos moldes do modelo proposto, a defesa, com atuação desde o inquérito policial, evitará que as instruções processuais sejam prejudicadas pela ausência de testemunha, ao mesmo tempo em que evitará quaisquer alegações de nulidade, como sói ocorrer, fortalecendo o contraditório e o sistema acusatório.³³

Atualmente, o Projeto aguarda deliberação do plenário do Senado Federal.

Em suma, podemos concluir que o Projeto de Lei nº 366/2015 e a Lei nº 13.245/16 estão intimamente ligados, sendo que esta efetivou as garantias no âmbito do Estatuto da Advocacia e aquele tem o viés de assegurar tais garantias, direitos no próprio Código de Processo Penal, além de instituir, definitivamente, a possibilidade do contraditório, ainda que relativo, já no curso do inquérito policial.

No entanto, ainda nos resta uma questão a ser analisada e resolvida. Todas essas inovações legislativas tiveram o condão de alterar o caráter inquisitorial do inquérito policial? Deixaria ele de ser um procedimento inquisitivo para ter as características desde já do sistema acusatório? Esta explanação será objeto do próximo tópico.

8.2 O Caráter Inquisitorial do Inquérito Policial

De acordo ao que já foi exposto anteriormente neste estudo, pode-se afirmar que a natureza do inquérito policial é inquisitorial ou, melhor dizendo, de procedimento administrativo de natureza preparatória e inquisitorial.

Ainda que seja um sistema consagrado, ele apresenta suas falhas também, por vezes já se considerou que existe uma “crise” no inquérito policial, como narra Aury Lopes Júnior:

Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e, nos casos mais complexos, é incompleto,

³³ SENADO FEDERAL: **Diário do Senado Federal**, 15 set. 2017, p. 126-136. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datDiario=15/09/2017&tipDiario=1> > Acesso em: 23 set. 2017

necessitando de novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução.³⁴

Constituirão as mudanças já estudadas mais um obstáculo à eficácia do inquérito policial? Essas alterações legislativas seriam capazes de afastar a inquisitorialidade do procedimento? Desde a publicação da Lei nº 13.245/16, a doutrina quase que pacificamente concordou em defender que não, essas alterações não afastariam o caráter inquisitorial do inquérito, até porque não ficaria instituído o contraditório nem a ampla defesa nesta fase. Porém, considerando a aprovação do Projeto de Lei nº 366 anteriormente citado, esse cenário pode mudar.

Considerar o inquérito como sendo procedimento puramente inquisitivo, aderindo a concepção de que não pode haver direitos e garantias mais amplos ao investigado/indiciado, é uma ideia um tanto quanto medieval. Atualmente, a tendência é recepcionar o aspecto defensivo nas investigações. O fato de intensificar a defesa e fazer com que apareçam “traços” do contraditório já na fase pré-processual não faz com que o inquérito perca sua natureza inquisitorial.

A inquisitorialidade, como característica, está relacionada à responsabilidade dos atos do inquérito concentrar-se exclusivamente na pessoa do delegado de polícia responsável por conduzir o procedimento (assim como no sistema inquisitivo todos os atos da persecução penal concentravam-se nas mãos do juiz-inquisitor) e não a ausência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no curso deste.

Portanto, podemos em conclusão afirmar que o inquérito policial não perdeu sua natureza inquisitorial, apenas ganhou um viés garantista com as alterações decorrentes das inovações legislativas ou, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima: “Na verdade, preservada esta natureza, o que houve foi a outorga de um viés mais garantista à investigação preliminar, buscando-se garantir os direitos fundamentais do investigado.”³⁵

Desta forma, encerramos a análise das prerrogativas do advogado e a natureza inquisitorial do inquérito policial face as alterações advindas da Lei nº 13.245/16.

³⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed., rev. e atual. com as leis Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 308.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2016, p. 122.

9 CONCLUSÃO

Ao analisar inicialmente a constituição do inquérito policial como procedimento destinado as investigações da fase pré-processual e suas peculiaridades, constata-se que se trata de instrumento com características padrões, seguindo uma linha formal desde sua concepção. Por ter natureza inquisitorial, pode ser considerado um tanto quanto inflexível em relação a aplicação de certos princípios em seu curso, principalmente em relação ao contraditório e à ampla defesa, por serem tradicionalmente associados à fase processual.

No entanto, o advento da Lei nº 13.245/16 traz algumas modificações não só referentes ao seu objeto inicial, qual seja, às prerrogativas dos advogados constantes no Estatuto da Advocacia, mas também ao desenvolvimento do inquérito policial, efetivando direitos ao investigado e a seu defensor, como forma de resguardar o direito de defesa dos acusados em geral constitucionalmente previsto e de fazer com que os resultados obtidos através das investigações não sejam apenas meios de prova contra o sujeito destas, como também meio de defesa contra possíveis injustiças que resultariam em uma futura restrição do direito de liberdade de um indivíduo.

O estudo aprofundado da Lei supracitada permite-nos concluir que seu objetivo principal não foi instituir ampla defesa tampouco contraditório ao procedimento inquisitório como muitos temiam que acontecesse, mas sim legitimar o direito de acesso aos autos do inquérito e o direito de assistência de um defensor a seu cliente investigado, como forma de garantir que haja defesa, ainda que não ampla, já nesta fase pré-processual e não só durante o processo, como era o entendimento radical de alguns.

O intuito de estabelecer contraditório ao inquérito policial é, na realidade, propósito do Projeto de Lei nº 366/2015 analisado durante os estudos desta tese. Ainda que seja contraditório relativo ou diferido, significa uma grande mudança ao âmbito investigativo policial, visto que tal projeto tem o condão de alterar o diploma legal que rege o inquérito, qual seja, o Código de Processo Penal, diferentemente da Lei nº 13.245/16 que alterou apenas o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Embora em meio a tantas alterações no procedimento policial, não é correto afirmar que com isso ele perdeu sua natureza inquisitorial, haja vista que esta relaciona-se unicamente com a concentração dos atos em apenas uma autoridade,

no caso, o delegado de polícia. Ainda que seja estabelecido contraditório e possibilidade de defesa durante esta fase, a inquisitorialidade do feito não se altera.

Finalizando, de modo a fazer uma prognose sobre o tema e seus reflexos práticos, a expectativa é que, doravante o inquérito policial estabilize este viés garantista resultante dos efeitos da Lei nº 13.245/16 e futuramente das alterações derivadas da aprovação do Projeto de Lei nº 366/2015, de modo que as investigações a cargo da Polícia Judiciária, figurada neste estudo especialmente na instituição da Polícia Civil, não visem como resultado, unicamente, meras informações destinadas a acusação formal do ora indiciado em futura ação penal, mas visem alcançar, sobretudo, a mais lúdima justiça, objetivo primordial em um Estado Democrático de Direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial: doutrina, prática, jurisprudência**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL. Mensagem nº 10, de 12 de Janeiro de 2016. Estabelece razões do veto à alínea 'b' do inciso XXI do art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de Julho de 1994, alterada pelo art. 1º do projeto de lei. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm> Acesso em: 06 out. 2017.

CASTELO BRANCO, Tales. **Da prisão em flagrante**: doutrina, legislação, jurisprudência, postulações em casos concretos. 5. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCIA, Ismar Estulano. **Procedimento policial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4.ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2016.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed., rev. e atual. com as leis Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**: volume 1. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000.

_____. **Elementos de direito processual penal**: volume 2. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000.

MUCCIO, Hidejalma. **Inquérito policial**: teoria e prática. 2. ed., rev., ampl. e atual. Jau: HM Editora, 2006.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal**: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1995.

SENADO FEDERAL: Atividade Legislativa. **Projeto de Lei do Senado nº 366, de 2015**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121818> > Acesso em: 15 set. 2017

_____. **Senado Notícias: CCJ deve votar projeto que garante participação da defesa durante o inquérito policial**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/26/ccj-deve-votar-projeto-que-garante-participacao-da-defesa-durante-o-inquerito-policial> > Acesso em: 23 set. 2017

_____. **Texto Final do Projeto de Lei do Senado nº 366, de 2015**. 13 set. 2017. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7183526&disposition=inline> > Acesso em: 23 set. 2017

_____. **Diário do Senado Federal**, 15 set. 2017, p. 126-136. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?datDiario=15/09/2017&tipDiario=1>> Acesso em: 23 set. 2017

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Leme: LED, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANEXOS

ANEXO A – Lei nº 13.245/16



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 13.245, DE 12 DE JANEIRO DE 2016.

Mensagem de veto

Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994

(Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

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

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

“Art. 7º

.....

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

.....

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

b) (VETADO).

.....

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

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

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

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

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

DILMA ROUSSEFF
José Eduardo Cardozo

Este texto não substitui o publicado no DOU de 13.1.2016

*

ANEXO B – Resolução nº 161/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público



CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RESOLUÇÃO Nº 161, DE 21 DE FEVEREIRO DE 2017.

Altera os artigos 7º e 13 da Resolução n.º 13, de 02 de outubro de 2006, e os artigos 6º e 7º da Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício da competência fixada no artigo 130-A, §2º, inciso I, da Constituição Federal, com fundamento nos artigos 147 e seguintes de seu Regimento Interno, e na decisão plenária proferida nos autos da Proposição n.º 1.00580/2016-19, julgada na 4ª Sessão Ordinária, realizada no dia 21 de fevereiro de 2017,

Considerando o disposto no art. 5º, LX, da Constituição Federal, que instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da publicidade dos atos processuais, no sentido de que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”;

Considerando que a Lei Federal n.º 13.245/2016 (que alterou o Estatuto da OAB) disciplinou a possibilidade de amplo acesso aos autos pelo Defensor, ressalvadas as hipóteses que envolvem sigilo, e o direito do Defensor de acompanhar e auxiliar seu cliente durante o interrogatório ou depoimento no curso da investigação, podendo apresentar razões e quesitos;

Considerando que o mencionado diploma legal não têm o condão de afastar a natureza inquisitorial das investigações preliminares, mas sim de outorgar um viés mais garantista à investigação, buscando assegurar os direitos fundamentais do investigado;

Considerando que a disciplina adequada do acesso aos autos e a participação nas investigações são ferramentas indispensáveis ao Defensor, sem as quais não há que se falar em exercício do direito de defesa dos cidadãos;

Considerando que tais matérias precisam ser incorporadas às Resoluções CNMP n.º

13/2006 e 23/2007, que disciplinam, respectivamente, os Procedimentos Investigatórios Criminais e os Inquéritos Cíveis no âmbito do Ministério Público;

Considerando a necessidade de evitar a ocorrência de nulidades em processos administrativos oriundos dos Órgãos Ministeriais, RESOLVE:

Art. 1º O artigo 7º da Resolução n.º 13, de 02 de outubro de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º O autor do fato investigado será notificado a apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, facultado o acompanhamento por defensor.

§ 1º O defensor poderá, mesmo sem procuração, examinar autos de investigações findas ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

§ 2º O defensor constituído nos autos poderá assistir o investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do seu interrogatório e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos.

§ 3º No exame de autos sujeitos a sigilo, deve o defensor apresentar procuração.

§ 4º O presidente do procedimento investigatório criminal poderá delimitar, de modo fundamentado, o acesso do defensor à identificação do(s) representante(s) e 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.”

Art. 2º O artigo 13, parágrafo único, inciso II, da Resolução n.º 13, de 02 de outubro de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 13

Parágrafo único. A publicidade consistirá:

.....

II – no deferimento de pedidos de vista ou de extração de cópias, desde que realizados de forma fundamentada pelas pessoas referidas no inciso I, pelos seus procuradores com poderes específicos ou por defensor, mesmo sem procuração e independentemente de fundamentação, para estes últimos, ressalvadas as hipóteses

de sigilo;”

Art. 3º O artigo 6º da Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007, fica acrescido do §11, o qual terá a seguinte redação:

“Art. 6º

.....
§ 11. O defensor constituído nos autos poderá assistir o investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do seu depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos.”

Art. 4º O artigo 7º da Resolução n.º 23, de 17 de setembro de 2007, fica acrescido dos §§ 6º, 7º e 8º, os quais terão as seguintes redações:

“Art. 7º.....

§ 6º O defensor poderá, mesmo sem procuração, examinar autos de investigações findas ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

§ 7º Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o § 6º.

§ 8º O presidente do inquérito civil poderá delimitar, de modo fundamentado, o acesso do defensor à identificação do(s) representante(s) e 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.

Art. 5º Os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público da União deverão adequar seus atos normativos internos à presente Resolução.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília-DF, 21 de fevereiro de 2017.

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

**ANEXO C – Projeto de Lei nº366/2015 – Texto Final aprovado pela Comissão de
Constituição, Justiça e Cidadania**



**SENADO FEDERAL
SECRETARIA-GERAL DA MESA
SECRETARIA DE COMISSÕES
COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA**

**TEXTO FINAL
Do PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 366, DE 2015
Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que:**

Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal para assegurar contraditório relativo no inquérito policial, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 14 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido dos §§ 1º e 2º, com a seguinte redação:

“Art. 14

.....

§ 1º É direito do defensor, no interesse do investigado ou indiciado, ter acesso aos elementos de prova que, já documentados nos autos do inquérito policial ou outro procedimento de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, excetuados os registros relativos a diligências em andamento e medidas cautelares sigilosas, cujo acesso possa prejudicar a eficácia das investigações.

§ 2º Ressalvado risco à eficácia das investigações, em caso de indiciamento pelo delegado de polícia, em ato fundamentado nos elementos de prova que comprovem a materialidade delitiva e indícios de autoria, o indiciado, por meio de seu defensor, terá vista dos autos, podendo tomar nota, obter cópia e requerer diligência, suspendendo-se o prazo do inquérito, se for o caso, observando o disposto no *caput.* (NR)”

Art. 2º O caput do art. 155 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos de prova colhidos no inquérito, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis, antecipadas ou produzidas sob crivo do contraditório, com a participação da defesa técnica. (NR)

.....

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, 13 de setembro de 2017.

Senador **EDISON LOBÃO**, Presidente

**ANEXO D – Parecer nº 95 de 2017 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
referente ao Projeto de Lei do Senado nº 366 de 2015 do Senador
Roberto Rocha**



SENADO FEDERAL
PARECER (SF) Nº 95, DE 2017

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o processo Projeto de Lei do Senado nº366, de 2015, do Senador Roberto Rocha, que Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal para assegurar contraditório relativo no inquérito policial, e dá outras providências.

PRESIDENTE: Senador Edison Lobão

RELATOR: Senador João Capiberibe

13 de Setembro de 2017





SENADO FEDERAL
Gabinete Senador João Capiberibe
PARECER Nº , DE 2017

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 366, de 2015, do Senador Roberto Rocha, que *altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal para assegurar contraditório relativo no inquérito policial, e dá outras providências.*



Relator: Senador **JOÃO CAPIBERIBE**

I – RELATÓRIO

Vem a esta Comissão para exame, em decisão terminativa, nos termos dos arts. 91, I, e 101, II, *d*, do Regimento Interno, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 366, de 2015, do Senador Roberto Rocha, que altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal (CPP), para assegurar contraditório relativo no inquérito policial e dar outras providências.

O Projeto acrescenta os §§ 1º e 2º ao art. 14 do CPP para assegurar ao defensor do investigado ou indiciado amplo acesso aos elementos de prova já documentados nos autos de inquérito policial ou de procedimento judicial, quando digam respeito ao exercício do direito de defesa, exceto no caso de diligências sigilosas. Ainda é previsto que, após o indiciamento pelo delegado de polícia, seja aberta vista ao defensor para ciência e requerimento de diligências, com a suspensão do prazo do inquérito, se for o caso.

O PLS nº 366, de 2015, também altera o art. 155 do CPP. Atualmente, este dispositivo veda que o Juiz fundamente sua decisão





SENADO FEDERAL
Gabinete Senador João Capiberibe

exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, contudo, ressalva os casos das provas cautelares, não repetíveis ou antecipadas. A nova redação proposta pelo projeto acrescenta mais uma ressalva, qual seja, quando os elementos de prova colhidos no inquérito forem produzidos sob o crivo do contraditório, com a participação da defesa técnica.

Em sua justificação o autor da proposta informa que a inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 14 garante ao investigado uma atuação mais ativa na fase de investigação criminal, vez que abre a possibilidade de o investigado requerer o que entender de direito, bem como acessar os elementos de prova já carreados aos autos. Além disso, argumenta que a mudança do art. 155 irá conferir maior celeridade às ações penais, sem desprezar o devido contraditório.

Até o momento não foram apresentadas emendas nesta Comissão.

II – ANÁLISE

A matéria cinge-se à competência privativa da União para legislar sobre direito processual penal, podendo a iniciativa partir de qualquer membro do Congresso Nacional, nos termos dos arts. 22, I, e 48 da Constituição Federal (CF).

Não identificamos no projeto vício de natureza constitucional, regimental ou de juridicidade.

No mérito, o PLS nº 366, de 2015, deve ser aprovado.

A possibilidade de a defesa técnica acessar provas e elementos de informação já documentados em inquéritos policiais é garantia afinada com o contraditório e a ampla defesa, e que já é assegurada pelos nossos tribunais. Como bem salientado pelo autor da proposição, o novo § 1º acrescentado ao art. 14 do CPP basicamente incorpora ao ordenamento jurídico o enunciado nº 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. Assim, nesse ponto, entendemos que o projeto se mostrou oportuno e conveniente.



SF/17844.96807-88





SENADO FEDERAL
Gabinete Senador João Capiberibe

A abertura de vista ao defensor, após o ato de indiciamento, para que possa “*tomar nota, obter cópia e requerer diligência*”, com a suspensão do prazo do inquérito policial, se for o caso, nos parece medida que reforça a atuação da defesa da fase investigativa.

Vale registrar que o direito de defesa se estende a todas as fases da persecução penal, se mostrando ainda mais relevante no processo penal por ser procedimento que pode trazer as mais graves consequências à esfera dos direitos individuais do cidadão.

Não se pode olvidar que os principais elementos de prova são produzidos durante a fase da investigação, razão pela qual se mostra adequado garantir que a defesa possa se manifestar sobre os elementos probatórios que levaram ao indiciamento ainda na fase do inquérito policial.

Não se trata, como poderia supostamente transparecer, de burocratização do procedimento. A uma, porque a proposta é razoável e está diretamente ligada ao direito de defesa. Segundo lugar, porque a simples abertura de vista à defesa é um ato único que se acrescenta ao procedimento, que não gerará retardamento desarrazoado, trazendo, pelo contrário, ganhos expressivos para se chegar a investigações coesas e bem fundamentadas.

Embora o indiciamento possa, em algumas hipóteses, ocorrer no encerramento do inquérito policial, isso não retira a importância de se ouvir a defesa, pelo contrário, reforça a sua necessidade, na medida em que permitirá uma análise de todo o conjunto probatório, permitindo que a manifestação defensiva possa até mesmo ensejar o desindiciamento do investigado, caso a autoridade policial verifique a existência de elementos que excluam a sua responsabilidade.

Já disse Rui Barbosa que *a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*.

Portanto, a previsão de vistas do inquérito à defesa em caso de indiciamento é medida que robustece o procedimento e resguarda o exercício da defesa, necessária à legitimação de todo o procedimento.



SF/17844-96807-88





SENADO FEDERAL
Gabinete Senador João Capiberibe

Não obstante nossa concordância com a nova regra disposta no § 2º que se pretende acrescentar ao art. 14 do CPP, entendemos que a redação desse dispositivo pode ser aprimorada, para deixar claro que a abertura de vista à defesa poderá ser excepcionada, quando colocar em risco a eficácia das investigações. Essa ressalva, todavia, não impedirá que o defensor tenha o acesso assegurado pelo § 1º. Assim, a fim de harmonizar a redação do § 2º com a prevista para o § 1º, será apresentada emenda de redação ao final.

Quanto à nova ressalva inserida ao art. 155 do CPP, também entendemos que é de todo necessária e valorosa.

Conquanto se diga que possa fragilizar a atuação do magistrado, o fato é que a ampliação dos elementos de prova passíveis de utilização pelo magistrado fortalecerá sua atuação durante o julgamento.

Não resta dúvida de que a participação efetiva da defesa valoriza e robustece os elementos de prova produzidos na fase do inquérito policial que serão valorados pelo magistrado.

Isso não implica dizer que tais elementos se constituirão em prova plena, haja vista que, sendo prova passível de repetição, ou havendo qualquer questionamento sobre sua validade, a defesa e o Ministério Público poderão requerer seu refazimento.

Logo, antes de prejuízos, a medida traz sensíveis vantagens, especialmente naqueles casos em que, depois de vários anos, ao se chegar na fase de instrução processual, a testemunha faleceu ou não é mais encontrada.

Nesses casos, o juiz acaba se valendo de elementos de prova do inquérito produzidos sem participação da defesa. Nos moldes do modelo proposto, a defesa, com atuação desde o inquérito policial, evitará que as instruções processuais sejam prejudicadas pela ausência de testemunha, ao mesmo tempo em que evitará quaisquer alegações de nulidade, como sói ocorrer, fortalecendo o contraditório e o sistema acusatório,

Além disso, tal medida permitirá maior celeridade ao processo penal propriamente dito, fase que, indubitavelmente, é a que leva maior tempo para se chegar ao final.



SF/17844.96807-88



6



SENADO FEDERAL
Gabinete Senador João Capiberibe

Portanto, a alteração do art. 155 do CPP não nos parece causar prejuízos, uma vez que, caso não tenha sido observado o contraditório na fase do inquérito policial, ele deverá ser necessariamente repetido. Por outro lado, havendo contraditório pleno, poderá ser utilizado pelo magistrado, sem prejuízo de que ser repetido caso haja solicitação da defesa ou do Ministério Público, em juízo.

III – VOTO

Destarte, votamos pela **aprovação** do PLS nº 366, de 2015, com o oferecimento da seguinte emenda de redação.

EMENDA Nº 1 – CCJ

(ao PLS nº 366, de 2015)

Dê-se ao art. 1º do Projeto de Lei do Senado nº 366, de 2015, a seguinte redação:

“**Art. 1º** O art. 14 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passa a vigorar acrescido dos §§ 1º e 2º, com a seguinte redação:

‘**Art. 14.**.....

.....

§1º É direito do defensor, no interesse do investigado ou indiciado, ter acesso aos elementos de prova que, já documentados nos autos do inquérito policial ou outro procedimento de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa, excetuados os registros relativos a diligências em andamento e medidas cautelares sigilosas, cujo acesso possa prejudicar a eficácia das investigações.



SF/17844-96807-88





SENADO FEDERAL

Gabinete Senador João Capiberibe

§ 2º Ressalvado risco à eficácia das investigações, em caso de indiciamento pelo delegado de polícia, em ato fundamentado nos elementos de prova que comprovem a materialidade delitiva e indícios de autoria, o indiciado, por meio de seu defensor, terá vista dos autos, podendo tomar nota, obter cópia e requerer diligência, suspendendo-se o prazo do inquérito, se for o caso, observando o disposto no *caput.* (NR)”

Sala da Comissão, em 13 de setembro de 2017

Senador Edilson Lobão, Presidente

Senador João Capiberibe, Relator

SF/17844.96807-88



DECISÃO DA COMISSÃO

(PLS 366/2015)

NA 37ª REUNIÃO ORDINÁRIA, REALIZADA NESTA DATA, A COMISSÃO APROVA O PROJETO E A EMENDA N° 1-CCJ, RELATADOS PELO SENADOR JOÃO CAPIBERIBE.

13 de Setembro de 2017

Senador EDISON LOBÃO

PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA