

A NECESSIDADE DE ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO PARA O INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL

THE ADVOCATE'S NEED FOR ASSISTANCE FOR THE INDICATE IN THE POLICE INVESTIGATION

Anderson Ferreira Bezerra ¹⁸

Ygor de Almeida Batista ¹⁹

RESUMO

O objetivo deste artigo é demonstrar as alterações trazidas na Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016 que influenciaram a ampla defesa e o contraditório no que tange ao inquérito policial. Deste modo, é necessário a compreensão dos sistemas processuais penais, para que, de modo bibliográfico, seja demonstrado as visões relacionadas a natureza jurídica deste instituto. A partir disso, é importante entender as mudanças em relação ao direito dos investigados, que possui uma natureza jurídica inquisitorial. Com as inovações trazidas pela aprovação desta legislação, houve grande influência na participação do advogado no inquérito policial, com isso o investigado passa a ter um acompanhamento maior de seu patrono, tendo assim uma garantia ao contraditório e ampla defesa. Neste sentido, esta participação permite que o advogado possa ter ciência de todos os fatos investigados com o intuito de garantir uma defesa justa ao acusado, além de coibir qualquer arbitrariedade dentro do processo.

Palavras-chave: Sistemas Processuais; Inquérito Policial; Contraditório; Ampla Defesa; Advogado.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the changes brought in Law 13,245 of January 12, 2016 that influenced the broad defense and the contradictory regarding the police investigation. Thus, it is necessary to understand the criminal procedural systems, so that, in a bibliographic way, the views related to the legal nature of this institute are demonstrated. From this, it is important to understand the changes in relation to the investigated law, which has an inquisitorial legal nature. With the innovations brought by the approval of this legislation, there was a great influence on the participation of the lawyer in the police investigation, with that the investigated person starts to have a greater monitoring of his patron, thus having a guarantee to the adversary and wide defense. In this sense, this participation allows the lawyer to be aware of all the facts investigated in order to guarantee a fair defense to the accused, in addition to restraining any arbitrariness within the process.

Key-words: Process Systems; Police Inquiry; Contradictory; Broad Defense; Lawyer.

INTRODUÇÃO

O inquérito policial é um procedimento administrativo estabelecido pela polícia judiciária tendo como objetivo reunir os elementos necessários para alcançar a materialidade e indícios de autoria de um crime.

No entanto, quando colhidos os elementos de informações, durante o inquérito policial, não se faz obrigatória a presença do advogado na investigação criminal. Porém a

¹⁸ Graduando do 10º período de Direito – Faculdade Quirinópolis. E-mail: zandersonzz3@gmail.com

¹⁹ (Orientador) Docente do curso de Direito da Faculdade Quirinópolis. E-mail: prof.ygor@gmail.com

presença deste coíbe qualquer arbitrariedade, dando legalidade ao procedimento e garantindo direito de defesa.

O interesse em abordar este tema surgiu da dúvida quanto a carreira a seguir após finalizar o curso de direito e, assim, analisar a importância do advogado para o processo. A partir da compreensão dos preceitos utilizados pelo advogado, principalmente no inquérito policial, surgiram questionamentos sobre possíveis adversidades neste processo e se a presença do advogado ajuda a coibir possíveis arbitrariedades.

Embora não seja obrigatória a presença do advogado no inquérito policial, a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal mostra que é direito do defensor, no interesse do representado, ter amplo acesso aos elementos de prova do inquérito policial, tornando todo o processo válido.

Importante frisar que, em caso de negatória ao advogado, admite-se a nulidade absoluta de todas as provas e atos subsequentes.

A técnica de pesquisa, que mais se amolda à problemática escolhida por mim, é documental e bibliográfica. Modalidade que está inserida na técnica de documentação indireta e observa-se que, no campo jurídico, as pesquisas, normalmente, são descritivas, bibliográficas, básicas e qualitativas em razão de muitos operadores do direito se limitarem a examinar textos doutrinários e decisões dos tribunais pátrios, sem avançar para uma análise mais abrangente dos temas, ouvindo pessoas, examinando diretamente documentos, realizando estudos de casos e preocupando-se em trazer resultados que possam influenciar diretamente a sociedade, implementando mudanças.

Nesse contexto, irei buscar pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais nas quais buscam falar sobre a necessidade de assistência do advogado para o indiciado no inquérito policial.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1 Conceituação

Inicialmente, é necessário compreender os sistemas processuais penais, os quais definem as regras que serão seguidas para aplicação do direito penal no caso concreto.

Mauro Fonseca Andrade (2013, p.37) conceitua os sistemas processuais penais como “subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada e unificada, de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal”.

Em decorrência das mudanças histórico-culturais de cada país, os sistemas ficam sujeitos a modificações e adaptações, conforme leciona Aury Lopes Jr:

A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária. Goldschmidt, por se turno, afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários (LOPES JR, 2015, p. 40).

Neste pensamento, Mauro Fonseca Andrade, diz que:

A função dos sistemas processuais penais é servir como um instrumento de auxílio ao legislador, à hora de estabelecer a política criminal, em âmbito processual. Eles são responsáveis por determinar o grau de eficiência da repressão criminal, o grau de imparcialidade do juiz e o grau de tecnicidade da persecução penal (ANDRADE, 2013, p. 48).

Destarte, os sistemas processuais penais encontram-se divididos em inquisitório, acusatório e misto.

1.2 Evolução Histórica

O histórico processual penal é de suma importância para compreender o poder punitivo no atual âmbito jurídico. Ao aprofundar no contexto histórico, é fácil perceber como o direito penal se destacou, visto que houveram no decorrer do tempo diversas formas de poder e conseqüentemente vários marcos de violência.

No início da civilização não existiam formas sistematizadas para solução de conflitos, sendo assim, o que mais se moldava era a força, ou seja, utilizava-se a lei do mais forte. No decorrer do tempo, os moldes de resolução de conflitos foram se aperfeiçoando e regras começaram a ser implantadas de forma que o direito e a justiça fossem garantidos.

Se tratando de histórico, não há como não falar do direito processual romano, o qual era dividido em Processo Penal Público e Processo Penal Privado. No primeiro, o Estado atuava como sujeito de um poder público de repressão, incidindo sobre os crimes mais graves, que ameaçavam a segurança da própria comunidade, enquanto no segundo, o Estado assumia o papel de mero árbitro, resolvendo conflitos de maior interesse para os particulares, solucionando litígios entre as partes, decidindo de acordo com as provas por elas apresentadas.

Conforme salienta Manzini (1951), por efeito da tendência do Direito Penal Romano de tornar pública a ação penal em todos os casos, resultou no progressivo abandono do

Processo Penal Privado, restando a persecução deste tipo reservada à injúria e outros poucos crimes.

O Direito Processual Penal no Brasil teve um passo importante com a promulgação da Constituição de 1891, a qual os Estados passaram a ter suas próprias Constituições, dando o poder a eles de legislar sobre o processo, no entanto, poucos estados se submeteram a novas regras, respeitando assim as leis federais vigentes conforme o Código de Processo Criminal do Império.

Consequente a Constituição de 1934, foi promulgado o Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689 de 30 de outubro de 1941). Nesta lei, foi mantido o inquérito policial conforme herdado do Império, porém estabelecendo a instrução contraditória, porém separando as funções acusatória e julgadora.

Com a vigência da Carta Magna de 1988, foram ampliados os direitos e garantias individuais, conforme disposto em seu artigo 5º, incisos LXII, LXVI, LXVIII, LV, LIII e XXXVIII, garantindo-se então os direitos ao contraditório e a ampla defesa, os quais garantem um sistema processual predominantemente acusatório, conforme será tratado no próximo capítulo.

1.3 Classificação

No direito comparado, são encontradas três espécies de sistemas processuais: sistema acusatório, sistema inquisitivo e sistema misto. (AVENA, 2015). O sistema inquisitorial, conforme demonstrado na obra de Renato Brasileiro em seu Manual de Processo Penal (2018), afirma que este sistema fora adotado pelo Direito canônico em meados do século XIII, se propagando por toda a Europa. Este sistema, tem como característica principal, atribuir a uma única pessoa, que assume o papel de juiz acusador, as funções de acusar, defender e julgar.

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento (LIMA, 2018, p. 38).

Desta forma, “em virtude dessa concentração de poderes nas mãos do juiz, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa” (LIMA, 2018, p. 40).

Sendo assim, quando se fala em sistema inquisitivo, fica claro que ele não é compatível com a carta magna e até mesmo a Convenção de Direitos Humanos, violando os direitos e garantias individuais, de forma que não garante os princípios processuais penais.

De outro lado, está o sistema acusatório, caracterizado por partes distintas no processo, debatendo-se como acusação e defesa em igualdade, além de ambas se sobreporem a um juiz de forma imparcial (LIMA, 2018).

Neste caso, Renato Brasileiro de Lima (2018) denota que “há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*”.

A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo. (LIMA, 2018, p. 62).

Desta forma, segundo Brasileiro de Lima (2018), a diferença real entre o sistema inquisitorial e o acusatório é a posição dos sujeitos processuais, bem como a produção de provas dentro do processo. Este tipo de modelo mostra a igualdade entre as partes, cabendo apenas a elas a produção de matéria probatória, destacando e analisando sempre o contraditório e a ampla defesa, além do dever de motivação das decisões judiciais. Destarte, a marco mais importante deste tipo de sistema é que o juiz, por excelência não é o gestor da prova no processo.

Por fim, temos o sistema misto ou francês, que de acordo com Lima (2018), nada mais é do que a fusão dos dois sistemas anteriores.

Neste modelo, segundo Brasileiro de Lima (2018), o processo se dá em dois momentos, sendo o primeiro considerado como a fase inquisitorial, a qual denota o direito romano, que se dá com uma instrução de forma escrita e secreta, sem qualquer acusação, não havendo assim, o contraditório. Esta etapa nada mais é do que o momento para apurar a autoria e a materialidade do fato delituoso. Em uma segunda etapa é a fase que mostra o caráter acusatório do processo, de forma que é apresentado a acusação, o réu irá se defender e o juiz irá julgar, vigorando os princípios da publicidade e oralidade.

Quando o Código de Processo Penal entrou em vigor, prevalecia o entendimento de que o sistema nele previsto era misto. A fase inicial da persecução penal, caracterizada pelo inquérito policial, era inquisitorial. Porém, uma vez iniciado o processo, tínhamos uma fase acusatória. Porém, com o advento da Constituição Federal, que prevê de maneira expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar, estando assegurado o contraditório e a ampla defesa, além do princípio da presunção de não culpabilidade, estamos diante de um sistema acusatório. (LIMA, 2018, p. 65).

Analisando estes diversos modelos de sistemas processuais penais, é notório que a visão mais coerente com a Carta Magna, a qual vigora no Brasil, é o sistema acusatório. Entendimento este respaldado em diversas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Supremo Tribunal de Justiça, que por mais que não haja previsão legal descrita na Constituição Federal do Brasil, é dele que é retirado todos os princípios e normas que induzem ao acolhimento do sistema acusatório como o adotado pelo Brasil.

2 INQUÉRITO POLICIAL

2.1 Conceitos

Nas palavras de Norberto Avena (2015) entende-se como inquérito policial as diligências realizadas pela autoridade policial para obter indícios que apontem autoria e materialidade das infrações penas investigadas, para que assim, o Ministério Público possa oferecer a denúncia ou queixa-crime.

A denominação inquérito policial surgiu no país com o Decreto-Lei nº 4.824 de 28 de novembro de 1871, que regulamentou a execução da lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 e em seu artigo 42 nos diz que, *in verbis*: “Art. 42. O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; e deve ser reduzido a instrumento escrito, [...]” (BRASIL, 1871).

Neste sentido, o inquérito policial é um procedimento de natureza instrumental, com o intuito de expor os fatos delituosos, fornecendo informações necessários para prosseguir ou arquivar o processo.

Para Lima:

Como caráter instrumental ela se sobressai com sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo⁶ (LIMA, 2018, p. 107).

Portanto, a finalidade do inquérito policial é assegurar a investigação do fato delituoso, com o intuito de colher informações sobre a autoria e materialidade da infração penal, para que o titular desta ação possa exercê-la, seja ele o Ministério Público (MP) ou o particular.

2.2 Natureza Jurídica

O inquérito policial não faz nenhuma imposição direta de nenhuma sanção, deste modo a doutrina majoritária entende este, como um procedimento de natureza administrativa, não sendo um processo judicial e nem um processo administrativo, sendo o inquérito policial realizado pela polícia judiciária.

Sendo o inquérito policial de natureza administrativa, ele tem uma característica de procedimento, conforme afirma Renato Brasileiro de Lima:

Apesar de o inquérito policial não obedecer a uma ordem legal rígida para a realização dos atos, isso não lhe retira a característica de procedimento, já que o legislador estabelece uma sequência lógica para sua instauração, desenvolvimento e conclusão. Por sua própria natureza, o procedimento do inquérito policial deve ser flexível. Não há falar, em sede de investigação policial, em obediência a uma ordem predeterminada, rígida, o que não infirma sua natureza de procedimento, já que o procedimento pode seguir tanto um esquema rígido quanto flexível (LIMA, 2018, p. 107).

Importante ressaltar que no inquérito policial uma nulidade imposta não acarreta a nulidade total do processo, pois existem elementos de informação que foram produzidos de forma lícita e não são afetados pela nulidade em questão, fato esse protegido pela teoria da fonte independente.

Mostrando assim a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, conforme descrito na Constituição Federal de 1988:

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: **LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;** (BRASIL, 1988) (*Grifou-se*)

Desta forma, o inquérito policial possui natureza administrativa de caráter inquisitório e de cunho investigativo, sendo este realizado pela polícia judiciária.

2.3 Características do Inquérito Policial

São muitas as características do inquérito policial, as quais podemos apontar que ele é um procedimento escrito, dispensável, sigiloso, oficial, oficioso, indisponível e inquisitivo. Vejamos estes separados.

Procedimento escrito: Por força do artigo 9º do Código de Processo Penal e por se tratar de um procedimento administrativo, o inquérito deve ser escrito, vejamos: “Art. 9º Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

Procedimento dispensável: Como o inquérito policial é elucidado como peça informativa para amparar o titular da ação penal, este procedimento pode ser dispensado a qualquer momento. O próprio Código de Processo Penal, em alguns dispositivos, deixa claro a forma dispensável de investigação policial.

Exemplo disso é o artigo 12 do Código de Processo Penal, já que nele denota-se que se o inquérito não servir de base à denúncia ou queixa, não há necessidade de solicitar a instauração deste procedimento.

Do mesmo modo, o artigo 27 do mesmo código permite a provocação ao Ministério Público por qualquer pessoa, desde que caiba ação pública, munindo este por escrito de informações do fato, autoria, tempo, lugar e elementos pertinentes de convicção.

Desta forma é notório a quantidade de dispositivos legais que denotam o caráter dispensável do inquérito policial.

Procedimento sigiloso: De acordo com 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. “, neste sentido é notório o sigilo é um procedimento obrigatório, exceto em decisão garantida pelo magistrado ou Ministério Público.

Neste sentido, Lima (2018, p.117) nos mostra que:

Se tratando de inquérito sigiloso, tem prevalecido o entendimento de o advogado ter acesso aos autos do procedimento investigatório, caso a diligência realizada pela autoridade policial já tenha sido documentada (LIMA, 2018, p. 117).

No mais, se tratando de diligências que ainda não foram realizadas ou estão em andamento Renato Brasileiro diz que:

Porém, em se tratando de diligências que ainda não foram realizadas ou que estão em andamento, não há falar em prévia comunicação do advogado, nem tampouco ao investigado, na medida em que o sigilo é inerente à própria eficácia da medida investigatória. É o que se denomina de sigilo interno, que visa assegurar a eficiência da investigação, que poderia ser seriamente prejudicada com ciência prévia de determinadas diligências pelo investigado e por seu advogado (LIMA, 2018, p.120).

De forma a pacificar o assunto, o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado da Súmula Vinculante nº 14, vejamos:

Súmula vinculante 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa (BRASIL, STF, 2009).

Desta forma, caso haja documentos que estejam anexados no processo, não se pode mais falar em sigilo, e se caso houver recusa por parte da autoridade responsável, é permitido a propositura de mandado de segurança, habeas corpus ou reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal.

Procedimento inquisitivo: Tratando da essência do inquérito policial, ele é considerado um procedimento inquisitivo, de forma que os poderes estão concentrados em uma única pessoa, não havendo possibilidade do contraditório e ampla defesa.

No entanto, com a entrada em vigor da Lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016, veio à tona várias discussões a respeito das investigações preliminares, com ênfase no inquérito policial, de forma que o advogado passou a participar das diligências e como isso, para alguns doutrinadores transformou o caráter inquisitivo do inquérito policial em procedimento acusatório.

Procedimento oficial: A presidência do inquérito policial incube ao Delegado de Polícia, seja civil ou federal, conforme previsto no artigo 144, § 1º, c/c art. 144, § 4º, ambos da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 144, § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...] §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 (BRASIL, 1988).

Procedimento oficioso: Conforme denota Lima (2018, p. 128), “Ao tomar conhecimento de notícia crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial é obrigada a agir de ofício, independentemente de provocação da vítima e/ou qualquer outra pessoa”.

Em confirmação ao doutrinador Renato Brasileiro é possível verificar o entendimento conforme artigo 5º, inciso I, do Código de Processo Penal, como se vê adiante, *in verbis*: “Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; [...]”.

Procedimento indisponível: Conforme previsto em Lei acima posta, não se pode arquivar autos de inquérito policial, *in verbis*: “Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

Portanto, a autoridade deve concluí-lo e remeter ao juízo competente para que a decisão seja tomada.

2.4 Formas de instauração do Inquérito Policial

Tais formas serão definidas conforme a espécie da ação penal.

Segundo Lima (2018), caso seja um crime de ação penal pública incondicionada, deverá este ser instaurado de ofício, por força do princípio da obrigatoriedade, por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, por requerimento do ofendido ou de seu representante legal e por fim, por notícia oferecida por qualquer do povo.

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. [...] § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito (BRASIL, 1941).

Ao se tratar de um crime de ação penal pública condicionada, é necessário a representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça, conforme descrito no artigo 5º, § 4º do Código de Processo Penal.

Vejamos: “Art. 5º [...]. § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado”.

Por último, ao se tratar de crime de ação penal de iniciativa privada, o Estado fica condicionado ao requerimento do ofendido ou de seu representante legal, segundo Lima (2018), neste viés o artigo 5º, § 5º do Código de Processo Penal diz que que nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder o inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la. No mais, ainda é possível a instauração do inquérito policial por meio de auto de prisão em flagrante, sendo neste necessário o requerimento da vítima ou de seu representante legal.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório e ampla defesa são princípios muito importantes ao se tratar do sistema acusatório no processo penal

Avena afirma que:

O princípio do contraditório trata-se do direito assegurado às partes de serem cientificadas de todos os atos e fatos havidos no curso do processo, podendo manifestar-se a respeito e produzir as provas necessárias antes de ser proferida a decisão jurisdicional (AVENA, 2015, p. 15).

No mesmo sentido, Avena (2015, p. 16) diz que, o princípio da ampla defesa “traduz o dever que assiste ao Estado de facultado ao acusado a mais completa defesa quanto a imputação que lhe foi realizada”.

Neste viés, o princípio da ampla defesa guarda relação com o contraditório, no qual ninguém poderá ser condenado sem antes ter sido ouvido quanto aos fatos que lhe foram imputados.

A Carta Magna considera ambos os princípios como direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LV:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988).

3.1 Contraditório

Como visto anteriormente, este direito fundamento está previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, este princípio tem a funcionalidade de assegurar a defesa a qualquer parte, seja de processo administrativo ou judicial.

Alguns doutrinadores entendem que para que exista a possibilidade do contraditório é necessário existir a ampla defesa, conforme entendimento de Vicente Greco Filho:

O Contraditório pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em: poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem, se pertinentes, obrigatoriamente ser produzidas; acompanhar a produção das provas, fazendo, no caso de testemunhas, as perguntas pertinentes que entender cabíveis; falar sempre depois da acusação; manifestar-se sempre em todos os atos e termos processuais aos quais deve estar presente; e recorrer quando inconformado. (GRECO, 2010, p. 57).

Neste sentido, segundo Coimbra e Aguiar (2019) diz que a função do contraditório é a trazer a possibilidade de defesa das partes contra-acusações contrárias, de forma que se uma parte alega algo, a outra tem o direito de se defender das acusações feitas.

Ainda pode-se destacar que, sem o contraditório não há de se falar em devido processo legal, uma vez que o contraditório é a garantia constitucional para que todo ato realizado exista reação adequada e equilibrada, garantindo uma aplicação eficaz da lei, produzindo uma igualdade entre aquele que está investido de poder, representante do estado que fica a encargo de realizar a investigação e entre aquele que está no polo passivo da investigação, cujo o qual necessita que lhe seja garantido uma investigação com o maior zelo possível. (COIMBRA; AGUIAR, 2019).

Desta forma, é garantia do contraditório a presença daquele que foi provocado e de quem lhe investiga, desde que provido de garantias e poderes tutelados pelo Estado durante a produção de provas. (COIMBRA e AGUIAR, 2019).

Por fim, é necessário analisar a importância deste princípio, uma vez que a pessoa passa a ser investigada corre o risco de um ato discriminatório perante a sociedade, de modo que sem esse tipo de defesa, em muitos casos o acusado seria condenado sem a possibilidade de se defender, além de ter a reputação manchada devido ao possível fato ocorrido, de forma que, tanto sua vida pessoal quanto profissional tivesse prejuízos.

3.2 Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa está previsto juntamente com o princípio do contraditório no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. Este princípio tem a funcionalidade de garantir uma igualdade processual, de forma a garantir que o acusado possa contrapor todas as acusações feitas contra ele.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação (LIMA, 2016, p. 51).

O contraditório e a ampla defesa tem um elo expressivo um com o outro, porém ambos não devem ser confundidos. Desta forma, o contraditório, no que tange o processo penal, onde o acusado e a defesa têm o direito de contrapor tudo que está nos autos do processo da parte contrária a sua, de forma a garantir igualdade e legalidade nas decisões judiciais.

Já a ampla defesa está ligada aos direitos do acusado, de forma que seja garantido a ele uma defesa digna de seu defensor constituído, além da autodefesa, de modo que seja possibilitado a ele até mesmo o direito ao silêncio.

Nesse sentido é o que dispõe a Súmula Vinculante 523: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu” (BRASIL, 2017).

Portanto, a ampla defesa é um direito do acusado utilizado para resguardar e manter a segurança jurídica do processo, de modo que seja permitido um andamento processual justo e imparcial, garantindo a legitimidade das decisões proferidas, pois são princípios bases para garantir o direito de defesa ao acusado.

4 PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL

4.1 Implicações da Lei 13.245/16 no inquérito policial

Após aprovação da Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016, houve alterações no artigo 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, o Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil, alterando certos dispositivos e criando algumas regras novas.

Portanto, o artigo 7º do EOAB, passa a ter a seguinte redação nos incisos XIV, XXI e parágrafos 10, 11 e 12, *in verbis*:

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; XV - [...]; 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). [...]. § 10º Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. § 11º 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. § 12º A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente (BRASIL, 1994).

A alteração mais significativa na redação deste artigo foi em relação direitos dos advogados na seara das investigações de qualquer natureza, ampliando a natureza das investigações, conforme orienta Cabette (2016).

Desta forma, uma das questões mais controversas na lei e a participação do advogado no interrogatório, versando sobre sua obrigatoriedade, se caracterizando ao fim nulidade ou vedação.

Neste caso, o artigo 7º, inciso XXI, dá direito ao advogado de assistir seus clientes durante os interrogatórios. Sendo assim, o referido artigo, disponibiliza essa brecha para que seja possível o conhecimento dos fatos que são investigados ao advogado, onde possivelmente servira como prova para uma futura ação penal. (PEIXINHO, 2016).

Deste modo, Henrique e Adriano (2016) interpretam que não é necessário a participação do advogado no inquérito policial, porém este tem o direito de participar da inquirição contra seu cliente. Destarte, essa participação é uma prerrogativa do advogado, não sendo um direito do suspeito.

Logo, a alteração na Lei não trouxe a possibilidade de o advogado participar desde o início do inquérito policial, de modo que não aconteça interferência em um dos aspectos mais importantes deste, que é o “elemento surpresa”. Saliendo então a interpretação de Henrique e Adriano:

Caso outra seja a interpretação tomada, pareceria absolutamente desnecessária a opção do legislador em fixar – como marco inicial de eventuais nulidades – os atos de interrogatório e de depoimento. De fato, caso o legislador almejasse dar maior amplitude à atuação do advogado na investigação (ou seja, tendo ele que estar presente do começo ao final dela), deveria ter mencionado a necessária nulidade absoluta de todos os atos realizados, e não só da oitiva em diante. Ora, se o legislador optou por utilizar a oitiva do cidadão como marco de nulidade (bem como o ponto de partida de todas as outras nódoas por derivação) é por que esses atos (“interrogatório”, “depoimento” ou declaração) são os que foram verdadeiramente focalizados no dispositivo em debate (CASTR; COSTA, 2016, s.p.).

Considerando o impedimento ao advogado de assistir o interrogatório de seus clientes, possibilitando a nulidade absoluta dos atos posteriores, conforme mencionado no artigo 7º, inciso XXI, tais atos devem ser anulados, aplicando a teoria da nulidade derivativa. (LIMA, 2016). Ao tratar explicitamente da presença do advogado no inquérito policial, Aury Lopes Jr manifesta no seguinte sentido:

[...] realmente teremos uma mudança relevante, mas que irá gerar muita resistência, especialmente diante da impossibilidade de a defensoria pública dar conta da demanda e também porque vai criar um grande obstáculo para a atuação policial nessas situações (em que não há defensor constituído presente). Penso que a mudança é necessária e a lei veio para isso, até porque o advogado é indispensável à administração da justiça, portanto, entendo que ninguém pode ser interrogado na polícia sem a presença de advogado (público ou constituído) (LOPES JR, 2016. s.p.).

Ao entender a lição de Aury Lopes Júnior (2016), é possível verificar que imaginar que o advogado deva estar presente em todas as oitivas de testemunhas é analisar acima do que está descrito na lei, tornando incompatível com a natureza inquisitorial do inquérito policial, mostrando assim que é assegurado ao advogado a presença apenas na oitiva do seu cliente.

Ao verificar a nulidade absoluta, quanto a participação do advogado no interrogatório, Aury (2016) interpreta que não tem possibilidade de relativizar essa teoria: “Portanto, interrogatório policial feito sem a presença do advogado (seja porque impedido, seja porque não estava presente) é nulo e, portanto, deve ser proibida a valoração probatória e desentranhado.”

Antes da vigência da Lei, a autoridade responsável tinha o condão para limitar o acesso do advogado as provas em andamento, no entanto com a alteração da súmula vinculante e alteração no texto de lei do Estatuto da OAB, o § 12 do último dispositivo mencionado, quando essa negativa de acesso as informações vierem com o intuito de prejudicar a defesa, será configurado abuso de autoridade (art. 3º, j, da Lei 48.988/65).

Neste viés, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, houve uma alteração no código de processo penal no artigo 14-A em seu parágrafo 2º, no que tange a agentes públicos investigados em inquéritos policiais por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, podendo estes constituir defensor.

Vejamos:

Art. 14-A. Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 2019).

São mudanças como estas no ordenamento jurídico brasileiro que mostram que, após introdução da Lei 13.245/16, novas medidas estão começando a ser tomadas, de forma a se tornar futuramente obrigatório a presença do advogado para qualquer indiciado no inquérito policial.

Portanto, as alterações nas leis estão assegurando o direito a assistência de advogado, conforme já demonstrado no artigo 5º, LXII da Carta Magna e na Lei 13.245/16, afim de evitar qualquer arbitrariedade no inquérito policial.

CONCLUSÃO

Em um primeiro momento, este trabalho busca entender como funciona os sistemas processuais penais, sendo eles, o acusatório, inquisitório e o misto. Neste sentido, os sistemas processuais penais buscam auxiliar o legislador quanto as diretrizes a serem seguidas no caso em concreto.

Em uma análise rápida, o sistema inquisitório atribui a uma única pessoa a função de acusar, defender e julgar. Mostrando que neste modelo, não há que se falar em imparcialidade, visto que a mesma pessoa que acusa irá julgar o caso em concreto.

Por outro lado, o sistema acusatório as funções de acusar, defender e julgar se encontram em pessoas diferentes, tornando o processo mais imparcial, retirando assim o poder total das mãos de uma única pessoa.

Em último momento se encontra o sistema misto, que é basicamente a fusão dos dois modelos anteriores, inquisitório e acusatório.

Ao analisar a Constituição Federal de 1988 verificamos que não há previsão legal quanto ao modelo utilizado no Brasil, porém ao aprofundarmos nos princípios e normas da Constituição, ela nos induz ao sistema acusatório, além de estar respaldado em decisões do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Por seguinte, é feito uma análise a respeito do inquérito policial, o qual é utilizado por autoridades policiais para que seja investigado autoria e materialidade das infrações penais praticadas. Este por sua vez possui natureza administrativa de caráter inquisitório de cunho investigativo, o qual possui características de procedimento escrito, dispensável, sigiloso, oficial, oficioso e indisponível.

Por mais que o inquérito policial possua natureza inquisitiva, ele possui direito e garantias fundamentais, principalmente o contraditório e ampla defesa, que

21

ficou demonstrado que andam juntos neste sistema, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV.

Com a entrada em vigor da Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016, foi realizado alterações no Estatuto da OAB. Partindo desse ponto, é notório a mudança mais significativa,

que foi a ampliação da natureza das investigações, versando uma participação maior do advogado no inquérito policial.

Essas alterações na legislação se mostraram necessárias para que seja possível o conhecimento de todos os fatos investigados ao advogado, tornando futuramente uma prova para ação penal e permitindo assim a defesa do acusado.

Essa participação do advogado foi autorizada pela legislação em consoante com a súmula vinculante nº 14 do STF, desde que não aconteça interferências, no chamado, elemento surpresa do inquérito policial.

Ao se tratar de negativa ao advogado a participar desses interrogatórios ou até mesmo a impossibilidade deste de participar, é necessário utilizar uma característica do inquérito policial, a forma escrita, para comprovar a não realização do inquérito devido a não participação do advogado, caso contrário, qualquer atividade realizada sem a presença do advogado tornaria tais atos nulos.

Sendo assim, essas alterações na Lei mostraram-se bastante eficazes, visto que a nossa Carta Maior preconiza o contraditório e ampla defesa, de modo a não prejudicar o investigado, com o intuito de coibir qualquer arbitrariedade dentro do processo e deste mesmo modo podemos ver que as novas alterações no ordenamento jurídico estão cada vez mais tendenciosas a tornar obrigatório a presença do advogado assistir o indiciado no inquérito policial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. 2ª Ed. Rev. e Atual. Porto Alegre: Juruá, 2013.

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. Ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 jan. 2021.

_____. **DECRETO Nº 4.824, DE 22 DE NOVEMBRO DE 1871**. Regula a execução da Lei nº 2033 de 24 de Setembro do corrente anno, que alterou diferentes disposições da Legislação Judiciária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM4824.htm. Acesso em: 18 jan. 2021.

_____. **LEI Nº 8.906, DE 4 DE JULHO DE 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm. Acesso em: 18 jan. 2021.

_____. **LEI Nº 13.245, DE 12 DE JANEIRO DE 2016**. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13245.htm. Acesso em: 18 jan. 2021.

_____. **LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal **Disponível em:** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 18 jan. 2021.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **SÚMULA VINCULANTE N. 14.** Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudencia_SumulaVinculante. Acesso em: 16 jan. 2021.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **SÚMULA N. 523.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em: 16 jan. 2021.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiros comentários a Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-145/primeiros-comentarios-a-lei-13-245-16-que-altera-o-estatuto-da-oab-e-regras-da-investigacao-criminal/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal.** Barcelona: Bosh, 1935.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal.** São Paulo: Editora Saraiva. 8. Ed. 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 6. Ed., rev., amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Acesso em: 16 jan. 2021.

MANZINI, Vincenzo. **Derecho Procesal Penal.** Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires, EJEJA, 1951; - **Tratado de Derecho Procesal Penal**, tomo I, Buenos Aires.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann; COSTA, Adriano Sousa. **Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório.** Disponível: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>. Acesso em: 16 jan. 2021.

NASCIMENTO, Gustavo Henrique Coimbra do; AGUIAR, Vinicius Novais de. **Contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial.** Boletim Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4620/contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>. Acesso em: 15 jan. 2021.

PEIXINHO, Manoel Messias. **Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações da Lei nº 13.245/2016 (Estatuto da Advocacia).** Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22575/16227>. Acesso em: 16 jan. 2021.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal.** Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Curso de Processo Penal**, Vol. 1, 9 ed.. São Paulo: Saraiva, 1995.

Enviado em: 14/04/2021.

Artigo pré-aprovado nas bancas de defesa FAQUI 2020/2.