



**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS
FACULDADE DE INHUMAS**

CURSO DE DIREITO

RODRIGO DA SILVA MENDES OTESBELGUE

**LEI 13.245/2016 E INQUÉRITO POLICIAL: prerrogativa de função do advogado
e manutenção da desigualdade material na fase inquisitorial**

**INHUMAS-GO
2021**

RODRIGO DA SILVA MENDES OTESBELGUE

LEI 13.245/2016 E INQUÉRITO POLICIAL: prerrogativa de função do advogado e manutenção da desigualdade material na fase inquisitorial

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FacMais) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor(a) orientador(a): Fernando Emídio dos Santos.

**INHUMAS – GO
2021**

RODRIGO DA SILVA MENDES OTESBELGUE

LEI 13.245/2016 E INQUÉRITO POLICIAL: prerrogativa de função do advogado e manutenção da desigualdade material na fase inquisitorial

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DO(S) ALUNO(S)

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Inhumas (FacMais) como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, 10 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Fernando Emídio dos Santos
(orientador(a) e presidente)

Prof^a. Esp. Raphaela Pires Teodoro
(Membro)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**BIBLIOTECA FACMAIS****O87c**

OTESBELGUE, Rodrigo da Silva Mendes

Lei 13.245/2016 e inquérito policial: prerrogativa de função do advogado e manutenção da desigualdade material na fase inquisitorial/
Rodrigo da Silva Mendes Otesbelgue – Inhumas: FacMais, 2021.
44 f.: il.

Orientador (a): Fernando Emídio dos Santos.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas - FacMais, 2021.
Inclui bibliografia.

1. Lei 13.245/2016; 2. Inquérito policial; 3. Ampla defesa e contraditório; 4. Desigualdade Material. I. Título.

CDU:34

Dedico este trabalho a **Renata**, minha **Nata Mozzi Linda**, obrigado por sua capacidade de acreditar em mim. Seu cuidado, dedicação e amor foram quem deram, em vários momentos, a esperança para seguir. A você, **Meu Amor**, que sempre está ao meu lado, inclusive nessa fase como minha colega de turma, que dividiu e ainda divide todas as fases dessa formação. A você, **Minha Linda**, que encontrei para além do meu grande amor, a minha melhor companhia.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, causa primária de todas as coisas e Jesus, que na minha crença particular, é o maior exemplo moral de que dispõe a humanidade, que de modo particular sempre estiveram e estão presentes em todos os momentos de minha encarnação.

À Maria, mãe de Jesus e nossa mãe, minha grande intercessora, nada poderia ter alcançado se não fosse suas mãos.

Aos companheiros espirituais, que sempre estão ao meu lado, que me auxiliam e me conduzem no sentido de contribuir com a minha evolução e a evolução do planeta, acreditando sempre que a cada um será dado de acordo com as suas obras.

Ao meu orientador, mestrando Fernando Emídio dos Santos, pela sua dedicação e disponibilidade, atenção incondicional, pelo compartilhamento de conhecimento, indispensáveis na elaboração deste trabalho.

Aos meus colegas de turma responsáveis por inúmeros momentos de risos e raiva, mais risos do que raiva. Saibam que todos vocês contribuíram de alguma forma para a elaboração deste trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPI's Comissões Parlamentares de Inquérito

CPP Código de Processo Penal

IPM Inquérito Policial Militar

OAB Ordem dos Advogados do Brasil

PIC Procedimento de Investigação Criminal

RESUMO

Objetivou-se com este trabalho analisar as mudanças legais advindas com a Lei 13.245/2016, as suas características e peculiaridades. Procurou-se demonstrar os impactos desta no inquérito policial, especialmente no que se refere a prerrogativa de função do advogado de acompanhar de forma mais efetiva o decorrer da fase investigativa e a relação destas mudanças com a desigualdade material, tão evidente neste procedimento. Uma análise minuciosa das ponderações do advento da Lei 13.245/16, percebe-se que inovou-se principalmente a questão do acesso ao inquérito por parte do advogado, o sigilo relativo ao inquérito e a nulidade dos atos probatórios.

Evidenciou-se que as mudanças trazidas pairam apenas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, não se estendendo ao Código de Processo Penal e desta forma servindo apenas àqueles investigados que possuem condições financeiras de constituir sua defesa, que são minoria no rol de investigados no Brasil. Nota-se que o velho processo inquisitorial não sofrerá mudanças significativas, tão pouco deixou de ser inquisitivo, pois não existem, neste caso, os princípios do contraditório e ampla defesa de forma efetiva. Assim, continua-se a reproduzir a mesma desigualdade material sempre evidenciada anteriormente à Lei 13.245/2016.

Palavras-chaves: Lei 13.245/2016; Inquérito Policial; Ampla Defesa e Contraditório; Desigualdade Material.

ABSTRACT

The objective of this work was to analyze the legal changes arising from Law 13.245/2016, its characteristics and peculiarities. We tried to demonstrate its impacts on the police investigation, especially with regard to the lawyer's prerogative of monitoring more effectively the course of the investigative phase and the relationship of these changes with material inequality, which is so evident in this procedure. A detailed analysis of the considerations of the enactment of Law 13245/16, it can be seen that the issue of access to the investigation by the lawyer, the confidentiality of the investigation and the nullity of evidentiary acts was innovated. It was evident that

the changes brought only hang in the Statute of the Brazilian Bar Association, not extending to the Code of Criminal Procedure and thus serving only those investigated who have the financial conditions to constitute their defense, who are a minority in the list of investigated in the Brazil. It should be noted that the old inquisitorial process will not undergo significant changes, nor has it ceased to be inquisitive, since, in this case, there are no effective contradictory and broad defense principles. Thus, it continues to reproduce the same material inequality always evidenced prior to Law 13.245/2016.

Keywords: Law 13.245/2016; Police Inquiry; Broad Defense and Contradictory; Material Inequality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O INQUÉRITO POLICIAL.....	12
1.1 Conceitos e finalidades.....	12
1.2 Características do inquérito policial.....	16
2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	22
2.1 Dos direitos e garantias fundamentais no processo penal.....	23

2.2 O Contraditório e a ampla defesa no inquérito policial.....	25
3. LEI 13.245/2016 E SUA EFICÁCIA QUANTO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO.....	27
3.1 A súmula 14 do STF e as controvérsias com o artigo 5º, LV, da CF/88.....	27
3.2 Mudanças ocorridas com o estabelecimento da lei 13.245/16.....	29
3.3 A participação da defesa no curso das investigações e as garantias fundamentais do investigado.....	35
4. DESIGUALDADE MATERIAL.....	38
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais para a pessoa humana e dessa forma exigiu uma ressignificação dos institutos nos mais variados ramos do direito. No campo do Direito Processual Penal, acolheu o sistema acusatório, conduzido por uma autoridade independente, o Juiz, capaz de garantir a efetividade de direitos como a ampla defesa e o contraditório.

Como fase pré-processual se tem o Inquérito Policial, que possui natureza jurídica de procedimento administrativo inquisitorial, presidido pelo Delegado de

Polícia, cujo objetivo é colher elementos de materialidade e autoria para subsidiar ao Ministério Público a propositura da ação penal.

Essa natureza inquisitorial é defendida pelo Estado como forma indispensável para viabilizar o exercício do jus puniendi. Todavia, surgem questionamentos se esse procedimento inquisitorial é compatível com o Estado Democrático de Direito.

A lei nº 13.245/2016 modificou o artigo 7º do Estatuto da OAB, no que tange à prerrogativa de função do advogado assistir seu cliente durante a apuração de infrações, podendo inclusive o advogado apresentar razões e quesitos no curso do Inquérito Policial. Tais mudanças promoveram avanços sobre o debate acerca da eventual mudança do caráter inquisitorial do procedimento investigatório conduzido pelo Delegado de Polícia.

Com essa mudança, surgiu um questionamento, que nos leva a indagar se houve a introdução dos direitos da ampla defesa e contraditório no inquérito policial? Conseqüentemente, ao buscar essa abordagem constitucional do tema, questiona-se que as mudanças hora restritas apenas ao Estatuto da OAB, não se estendendo ao Código de Processo Penal, teriam alcance suficiente para se tornar um instrumento de efetivação de direitos fundamentais, nos permitindo dizer que a igualdade material superou a igualdade formal.

Neste caminho, a pesquisa que se iniciou já nas primeiras leituras, se divide em capítulos, sendo que no capítulo 1, para fins de contextualização do tema, expõe o inquérito policial, em especiais seus conceitos e finalidades. Neste ponto, também é dedicado um item para tratar das características do inquérito policial, que na prática, é o que materializa a maioria das investigações preliminares no país.

Em seguida, o capítulo 2 aborda alguns aspectos teóricos do Estado Democrático de Direito, perpassando pelos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, com significativa atenção aos direitos e garantias fundamentais constantes no processo penal e com especial ênfase na possibilidade de ampla defesa e contraditório no inquérito policial.

Em prosseguimento, o capítulo 3 trata das inovações da Lei 13.245/2016 e sua eficácia quanto às garantias fundamentais do investigado e a participação da defesa no curso da investigação enquanto direitos e garantias fundamentais.

Por fim, o capítulo 4, de conotação crítica, objetiva explorar se, na prática, a inovação legislativa foi capaz de alterar a realidade de desigualdade material nas investigações.

A pesquisa em questão tem seu desenvolvimento firmado no método hipotético-dedutivo. Após a análise da Lei 13.245/2016 e de parte da doutrina, buscar-se-á avaliar como as mudanças propostas poderão repercutir no inquérito policial. Especial atenção será dada aos direitos e garantias fundamentais do investigado no que toca a possibilidade ampla do contraditório e ampla defesa ainda na fase inquisitorial e do alcance desta prerrogativa a todos os investigados.

Os procedimentos se deram pela pesquisa, leitura e análise de obras teóricas, sobretudo livros e periódicos. Por se tratar de tema interdisciplinar, a pesquisa trouxe livros e artigos relacionados a diferentes campos de conhecimentos, sobretudo direitos fundamentais e processo penal.

Nessa perspectiva, esse trabalho tem como enfoque precípua problematizar os avanços da Lei 13.245/16, uma vez que essas mudanças começam, mesmo que aparentemente, a ampliar o contraditório na fase inquisitorial.

1. O INQUÉRITO POLICIAL

1.1 Conceitos e finalidades

Com o cometimento da infração penal, surge o poder-dever do Estado em punir o infrator do delito (*jus puniendi*). Sendo que esse poder-dever é derivado da Constituição Federal ao trazer a ideia de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se, dentre outros aspectos, o direito à segurança.

No Brasil, a persecução penal (*persecutio criminis*), direito do Estado em perseguir o infrator do delito, é constituída por duas partes, uma pré-processual (ficaremos restrito a esta fase) e outra processual.

O procedimento mais comum para iniciar a persecução penal (fase pré-processual), embora não seja o único, é o inquérito policial.

Quando se fala em inquérito policial, observamos que em nossa legislação não há uma definição legal para esse instrumento. Embora não haja essa definição legal, o art. 4º, caput do Código de Processo Penal – CPP indica que o objetivo deste instrumento jurídico tem por finalidade a “apuração das infrações penais e sua autoria, como segue:

Art. 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 (BRASIL,1941).

Os conceitos doutrinários vigentes foram construídos a partir dessa indicação legal contida no Código de Processo Penal, o que nos permite dizer que trata-se de um procedimento administrativo informativo, persecutório, prévio e preparatório para futuras ações penais.

Esses procedimentos constituídos por lei, por certo, têm por finalidade buscar indícios que comprovem a autoria e materialidade das infrações penais, que poderá ser utilizado como base para o Ministério Público propor uma ação penal.

Nesse sentido, trazemos Nicolitt (2009, p.76), o qual traz o conceito que inquérito policial é:

[...] procedimento administrativo investigatório que busca reunir indícios de autoria e materialidade das infrações penais com o objetivo de fornecer estes elementos ao Ministério Público ou ao querelante, possibilitando o seguimento da persecução penal através da propositura da ação penal.

Já Nucci (2008, p.143), conceitua o inquérito policial, tratando da sua característica de subsidiar o Ministério Público nas ações penais pública incondicionada e condicionada a representação e, com especial destaque para a sua finalidade na apuração de crimes de ação privada, sendo:

É um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime. Não podemos olvidar, ainda, que o inquérito serve à composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação penal privada.

Vale ressaltar que a Polícia Judiciária (Civil e Federal) fica responsável pela investigação de infrações penais, nas quais os Delegados de Polícia são quem preside o inquérito policial, no entanto outras autoridades poderão da mesma forma, mas dentro de sua competência, presidir inquérito, como por exemplo os Inquéritos Policiais Militares (IPM's) e Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI's).

Apesar de dispensável, ou seja, o inquérito policial não é imprescindível para a propositura da ação penal, ele é amplamente utilizado pelo Ministério Público para dar início à fase processual.

Assim, arremata Bastos (2004, p.102) que:

[...] o inquérito policial é o expediente investigatório de que tem se valido o Estado, como regra, para o enfrentamento das infrações penais, respondendo este procedimento como alicerce da maior parte das ações penais ajuizadas no dia-a-dia forense [...].

Correlacionando as indicações legais e os conceitos doutrinários expostos, é possível concluir que no Brasil, o Inquérito Policial é procedimento administrativo, pré-processual, ou seja, vem antes do processo. É de natureza eminentemente inquisitória, conduzido por Delegado de Polícia, em que o objetivo é a realização de diligências para identificação de elementos de prova que indiquem como o crime ou contravenção penal ocorreram. Com especial atenção a apurar quando, onde, em que circunstâncias aconteceram, e quem foi seu autor, possibilitando a propositura da ação penal, pelo Ministério Público, titular da ação nas infrações penais de ação penal pública, ou pelo ofendido, ou quem tenha qualidade para representá-lo, nas hipóteses de infrações penais de ação penal privada.

Tourinho Filho (1997, p.45) trata do objetivo do inquérito policial e expõe que:

Pela leitura de vários dispositivos do CPP, notadamente o art. 4º e 1, há de se concluir que inquérito policial visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que autorizem a promovê-la. Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. Para tanto, a Polícia Civil desenvolve laboriosa atividade, ouvindo testemunhas que presenciaram o fato ou que dele tiveram conhecimento por ouvirem a outrem, tomando declarações da vítima, procedendo a exames de corpo de delito, exames de instrumento de crime, determinando buscas e apreensões, acareações reconhecimentos, ouvindo o indiciado, colhendo informações sobre todas as circunstâncias que circunveraram o fato tido como delituoso, buscando tudo, enfim, que possa influir no esclarecimento do fato. Apurar a autoria significa que a Autoridade Policial deve desenvolver a necessária atividade visando a descobrir, conhecer o verdadeiro autor do fato infringente da norma, porquanto, não se sabendo quem o teria cometido, não se poderá promover a ação penal.

O inquérito policial apresenta ainda uma função preservadora na medida em que sua prévia existência resguarda a liberdade do inocente e evita custos desnecessários ao Estado, pois inibe a instauração de um processo penal temerário e infundado (LIMA FILHO, 2016, p. 172).

Essa existência de uma etapa prévia ao processo judicial evita que uma ação penal seja proposta indevidamente, sem um mínimo de indicação de sua autoria e materialidade.

Por tais razões, o inquérito policial é de suma importância para o processo penal ao buscar não só a autoria e materialidade de um crime, mas também vindo a garantir uma proteção institucional para o processo, uma vez que permite uma acusação e um julgamento mais imparcial. Pois, quem investiga não é o mesmo que acusa, e da mesma forma não é quem julga.

Assim, o inquérito policial permite uma harmonia dentro do processo penal que garante uma espécie de filtro processual. Fazendo com que seja investigado com uma visão mais ampla, de forma imparcial. Esse filtro processual que exerce o inquérito policial mostra-se uma importante função preservadora de garantias de direitos fundamentais, impedindo acusações infundadas que resultam em um futuro processo.

No mesmo sentido deste entendimento, Nucci (2008, p.144) expõe que:

[...] a principal finalidade do inquérito é apurar os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade de um crime (justa causa) para fundamentar a futura ação penal a ser ajuizada pelo Ministério Público (ação penal pública) ou ofendido (ação penal privada). Entende-se que o simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído da legalidade. Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de deliberação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime.

É relevante observar que esse conceito de justa causa como condição para a instauração do inquérito policial denota ainda mais a relevância desse procedimento, na medida em que o lastro probatório mínimo para a propositura da ação penal, colhido na fase investigativa, é tido como condição da ação penal.

Como já dito, o inquérito policial tem por objetivo apurar uma possível infração penal, devendo ser imparcial, princípio que será explicado à frente. Isso faz com que sua eficiência na propositura ou não de uma ação penal seja maior. Em suas

diligências, é possível produzir tanto provas que podem ser usadas na acusação, quanto na defesa, função ampla e relevante para a consecução da justiça.

Além do papel investigativo que auxilia na futura propositura da ação penal pelo Ministério Público, o inquérito policial também contribui para evitar acusações precipitadas aos investigados e acima de tudo causa injustiças antes mesmo do Devido Processo Legal, desta forma impedindo excessos e favorecendo para uma persecução penal imparcial e eficaz.

Por soma, a devida investigação permite, em tese, que o Estado garanta que os direitos fundamentais de todo cidadão investigado sejam devidamente preservados.

1.2 Características do inquérito policial

Feita uma revisão bibliográfica da doutrina processual, podemos elencar algumas características do Inquérito Policial, como a saber: informativo, inquisitorial, sigiloso, temporário, indisponível, oficial, oficioso, escrito, dispensável, unidirecional e discricionário.

Quando se diz que o Inquérito Policial é informativo, significa dizer que se trata de uma mera peça de informação, não podendo de forma exclusiva fundamentar a condenação no futuro processo. Assim como vem exposto no art. 155 do CPP, vejamos:

Art. 155 O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Em regra, na produção de diligências durante a etapa investigatória em fase de inquérito policial, não são ofertados aos envolvidos, sobretudo investigados, garantias como contraditório e ampla defesa, insta dizer que este tema será abordado com maior especificidade mais a frente.

Assim, os dados colhidos durante o inquérito policial terão aproveitamento em juízo apenas se puderem ser reproduzidos perante o juiz, imbuído de independência e que garanta direitos fundamentais aos envolvidos. Nesta óptica, os elementos obtidos na investigação policial não são considerados como provas, mas meros

“elementos informativos” decorrentes da investigação. Demonstrando assim o caráter informativo do Inquérito Policial.

Faz-se necessário salientar que pelo fato do Inquérito Policial ser visto como mero instrumento informativo não quer dizer que o isenta de observar os requisitos legais mínimos para a sua regularidade.

Uma característica marcante que se destaca no inquérito policial é a inquisitividade. Isso significa que, ao menos em regra, que ao contrário da ação penal, o inquérito policial não se subordina aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A propósito diz-se que a autoridade policial conduz as investigações de forma unilateral com base na discricionariedade, sem definição de um rito preestabelecido e sem a necessidade de participação do advogado. Portanto, não há óbice constitucional à natureza inquisitiva do inquérito.

Esse caráter inquisitorial não afasta a condição do investigado como sujeito de direitos e garantias perante o Estado, tendo em vista sua hipossuficiência. Sabemos que o Estado é sempre mais forte e o investigado merece um tratamento justo e com equidade. Pode-se dizer que os direitos e garantias individuais têm por origem combater os abusos pelo Estado.

Dizer que não há contraditório e ampla defesa no âmbito da investigação criminal, isso não quer dizer que não exista em hipótese nenhuma.

Destarte é o que nos ensina Aury Lopes Jr. (2005, p.125) que diz:

Portanto, existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial? Sim, com restrições e peculiaridades inerentes àquele tipo de procedimento. Deve-se compreender e explicar a questão. O que não se pode mais admitir é o reducionismo do senso comum teórico, que simplifica a resposta a um simples “não existe”.

Contraditório e ampla defesa são princípios inerentes ao processo, e por mais que não se encontrem em plenitude no inquérito ele existe, basta percebermos a dimensão da ampla defesa, seja pessoal ou técnica.

Nesse sentido, encontramos no inquérito a possibilidade da defesa quando atua para produção de alguma prova ou falando a respeito dos fatos ou quando permanece em silêncio. E o contraditório apresentado no primeiro momento, destinado a colheita de informações para que posteriormente possa existir a paridade de armas.

Ao dizer que inexistente contraditório e ampla defesa no inquérito policial a doutrina faz uma análise simplista, mas ao mesmo tempo não deixa de reconhecer uma interconexão de direitos do qual o investigado é titular.

Com os avanços no ordenamento jurídico, em especial os oriundos da Lei 13.245/2016 permitiram uma participação mais efetiva do defensor na fase investigativa. Essa perspectiva vem sendo superada, ao passo que já se reconhece que a participação da defesa no inquérito policial se dá por meio de um contraditório mitigado.

Por conseguinte, abordamos o caráter sigiloso do inquérito policial que está expressamente previsto no art. 20 do CPP ao dispor que: "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade" (BRASIL, 1941).

Essa ideia de sigilo é desenvolvida por Tourinho Filho (1990, p.183) ao dizer que o inquérito policial visa à investigação, à elucidação, à descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, pouco ou quase nada valeria a ação da Polícia Judiciária, se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante a sua realização. O princípio da publicidade, que domina o processo, não se harmoniza, não se afina com o inquérito policial.

O sigilo do inquérito policial pode ser interno e externo, este último voltado para terceiros, estranhos ao processo, especialmente a mídia. Ao se falar de sigilo interno, aquele referente ao investigado e seu advogado, este já foi mitigado pelo Supremo Tribunal Federal pela Súmula Vinculante nº 14 e mais recentemente com a Lei 13.245/2016.

O sigilo que há de se falar que auxilia o investigado é o sigilo externo. Este garante a intimidade do indivíduo, ou seja, visa assegurar que a reputação de determinado indivíduo não seja manchada ou colocada em dúvida perante a sociedade por meros indícios de autoria.

Não sabendo se o investigado é ou não o verdadeiro autor do crime, ou a incerteza das condições dos fatos criminosos faz com que a exposição de informações colhidas no inquérito seja medida perigosa, pois o que está em risco é, em sentido amplo, a dignidade da pessoa humana. Os possíveis danos causados podem ser irreversíveis e muito danosos à integridade do indivíduo.

O sigilo externo, então, se coaduna com o princípio da intimidade uma vez que se garantido protege o indivíduo e a sociedade de não ser vítima, tampouco ser

autor de danos tão graves e de difícil reparação, tendo que trabalhar com sentimentos individuais em relação a um grupo indeterminado de pessoas.

Em uma breve abordagem à Lei 13.245/2016 e suas implicações, adiantamos que o acesso do defensor aos elementos probatórios foi ainda mais endossada pelo legislador ao promover a alteração no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, prevendo ser direito do advogado o exame dos autos de qualquer procedimento investigatório, mesmo sem procuração, tratando-se de materialização do direito de defesa do investigado.

Ademais, o sigilo aplicado de forma equivocada, ou ainda de forma dolosa, em um inquérito policial pode configurar, em tese, crime de abuso de autoridade nos termos do art. 32 da Lei 13.869/2019.

Esse tipo de ação pode constituir violação aos princípios constitucionais que regem a atuação do servidor da administração pública. Fere ainda a prerrogativa de função do advogado, bem como os princípios constitucionais que protegem todo e qualquer cidadão, essenciais ao bom funcionamento de um estado democrático. Além de distanciar ainda mais o Estado do investigado, nessa relação que há muito vem sendo desproporcional ao investigado.

O art.17 do CPP traz a ideia da indisponibilidade ou obrigatoriedade do inquérito policial, ao passo que determina que o Delegado de Polícia está impedido de arquivar o Inquérito Policial.

O Inquérito Policial é, ainda, um procedimento escrito. Assim, nos termos do art. 9º do CPP “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade” (BRASIL, 1941).

Como característica legalmente prevista, facilita a posterior atuação do titular da ação penal, ou seja, o Ministério Público, servindo ainda para facilitar o controle da legalidade dos atos desenvolvidos no procedimento.

Outra característica a ser trazida diz respeito à dispensabilidade do inquérito, uma vez que não é o único instrumento apto para oferecer ao Ministério Público elementos mínimos de materialidade e autoria para subsidiar a denúncia, podendo ser substituídos por quaisquer outras peças de informação. Ademais, podemos citar o Procedimento de Investigação Criminal – PIC e Inquérito Policial Militar – IPM.

Falamos ainda que o Inquérito Policial é tido como discricionário, uma vez que não há rigor no procedimento a ser observado, de forma que o Delegado de Polícia,

pautado no rol meramente exemplificativo dos artigos 6º, 7º, 13-A e 13-B do CPP, conduz a investigação de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Importante não confundir a discricionariedade na condução do Inquérito Policial com discricionariedade na instauração desse procedimento. Pois bem, ao tomar conhecimento de um crime o Delegado de Polícia tem o dever legal de investigá-lo, atentando ao requerimento do querelante e representação do ofendido, nos casos em que a lei assim o especifica.

Não é demais ressaltar que a discricionariedade não deve ser compreendida como característica absoluta, uma vez que o Delegado de Polícia deve agir sempre limitado pela lei e pelos princípios jurídicos, não deixando de motivar suas decisões no escopo do Inquérito Policial.

A característica de oficialidade do Inquérito Policial decorre do fato de que a investigação deve ser gerida por órgão oficial do Estado, sendo conduzida pelo Delegado de Polícia, servidor público investido por concurso público de provas e títulos.

Trata-se também de procedimento oficioso, uma vez em que o Delegado de Polícia, ao tomar conhecimento de uma infração penal, tem o dever de agir de ofício, dando início às investigações. Corroboram LIMA (2013, p.86 e 87) que:

Ao tomar conhecimento de notícia de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial é obrigada a agir de ofício, independente de provocação da vítima e/ou qualquer outra pessoa. Deve, pois, instaurar o inquérito policial de ofício, nos exatos termos do art. 5º, I, do CPP, procedendo, então, às diligências investigatórias no sentido de obter elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria. Para a instauração de inquérito policial, basta a notícia de fato formalmente típico.

De acordo com o art. 5º, incisos, I e II, do Código de Processo Penal, o inquérito policial pode ser iniciado com o auto de prisão em flagrante, de ofício, que, nesse caso, será por meio de uma Portaria. Podendo ainda, por atender ao requerimento da vítima ou de qualquer pessoa assim que tiver notícia do crime. Por duas formas ainda, sendo por requisição do promotor ou do juiz, ou ainda por requerimento do ofendido (BRASIL, 1941).

As várias características do inquérito policiais apresentadas, em especial a inquisitividade, o sigilo e a discricionariedade, contrapõem diretamente ao contexto da prerrogativa de função do advogado trazidas pela Lei 13.245/2016, que ampliou o

direito de acesso ao inquérito por parte deste profissional, elemento responsável por buscar uma igualdade material nessa fase.

Ocorre que as características do inquérito policiais mencionadas tendem a suprimir elementos que facilitariam a defesa do investigado, em um futuro processo se este for denunciado.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – Breves considerações

Temos que o Estado Democrático de Direito seja um conceito de fácil compreensão. Ele é aplicado a qualquer Estado que tenha como critério estabelecer um amparo jurídico às garantias fundamentais e aos direitos humanos, visando, desta forma, a implementação de um limite à própria atuação invasiva do poder público à esfera dos cidadãos.

Consistem tais regras num rol de garantias fundamentais que visam proteger os indivíduos que se submetem à autoridade do Estado. Vejamos portanto o que diz (SILVA, 1998, p.95-96):

[...] a Constituição de 1988, acolhe em seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito, abrindo expectativas de realização social profunda, por conta da prática dos direitos sociais e, além disso, abre a possibilidade de concretização de exigências de um Estado de justiça social, que se funda na dignidade da pessoa humana.

Assim, se faz de imprescindível o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, ao estabelecer que a República Federativa do Brasil é instituída em Estado Democrático de Direito. É a consagração de um fundamento de ordem constitucional,

que reafirma a eficácia da Carta Magna, detentora de uma ampla visão de realização social através da prática dos direitos sociais e na possibilidade de tornar concretas e reais as premissas de um Estado baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e fincado no princípio da justiça social.

Se faz importante dizer que na Constituição de 1988, o Estado Democrático de Direito é trazido de forma que se destine a assegurar a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça, entre outros, como valores soberanos de uma sociedade justa e solidária, livre de preconceitos, tudo isso tendo por alicerce a soberania, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Por um outro olhar, o Estado de Direito é uma situação jurídica na qual cada um é submetido ao respeito ao direito, do indivíduo mais simples até a mais alta autoridade pública. Assim, o Estado de Direito é ligado ao respeito à hierarquia das normas, da separação dos poderes e dos direitos fundamentais.

Em suma, o respeito às instituições, à autoridade, às normas, é a única via da harmonia social e a busca deste objetivo é dever de todos, dos que detêm o poder, exercendo-o corretamente, e da sociedade, cumprindo as regras escritas ou costumeiras.

Por fim, é de fundamental importância para o desdobramento do presente trabalho essa apresentação da Carta Magna, visto que, todos os institutos jurídicos com o advento da Constituição Federal de 1988 devem com ela se coadunar, inclusive o Inquérito Policial, instituto que ainda guarda os resquícios autoritários próprios do seu teor inquisitório, tal como historicamente concebido.

2.1 Dos direitos e garantias fundamentais no processo penal

O nosso Código de Processo Penal foi criado em 1941. Tendo sido elaborado numa época onde a preocupação com a segurança pública e os princípios da culpabilidade e periculosidade do agente sempre prevaleceram. Óbvio seria que o referido diploma legal, seguindo a concepção da época, fosse elaborado sob o enfoque autoritário, e assim o foi.

Todavia, vale ressaltar que os princípios e fundamentos norteadores de uma concepção de culpabilização do investigado foram abandonados por legislações posteriores. Contudo, essa perspectiva teve grande relevância, posto que estabeleceu

critérios e parâmetros importantes para a confecção das normas garantistas que viriam anos depois.

Esse enfoque punitivo veio a ser superado com a Constituição Federal de 1988, ao passo que estabeleceu um sistema de garantias individuais. Assim, fica claro que o processo não é apenas um simples instrumento de aplicação da lei penal, e sim o meio pelo qual as os direitos fundamentais e as garantias individuais dos cidadãos são respeitadas frente ao Estado. Sendo demonstrada assim, uma efetiva igualdade entre ambos Existe realmente uma igualdade? Ou será que a lei apenas diminui a discrepância de poderes e deveres? Com o processo, cidadão e Estado estão em pé de igualdade jurídica?.

No corpo da Constituição Federal de 1988, foi trazida uma série de direitos e garantias fundamentais, com o propósito de resguardar a dignidade da pessoa humana. Portanto, não há dúvidas de que durante a persecução penal, mesmo que ainda esteja na fase investigativa, conduzida pelo Delegado de Polícia, não existe razão para que haja violação aos direitos fundamentais.

Desta forma a Autoridade Policial não pode se esquivar de viabilizar as garantias mínimas do cidadão, ou seja, a sua decisão deve ser resultante da argumentação e fundamentação jurídica, tudo isso em conformidade com os valores trazidos em nossa Carta Magna.

Sabe-se que o Inquérito Policial é uma atividade preliminar e preparatória para o processo, cujo caráter é entendido como meramente informativo, nela prevalecendo ainda as características de um sistema inquisitivo. Mas, é mister salientar que essa fase preliminar interfere em garantias básicas extremamente importantes, reverenciadas pela Constituição Federal de 1988, como a liberdade daquele que é encarado como suspeito da autoria de um delito.

Apesar das características simplistas do inquérito policial como sendo um procedimento meramente informativo e que nele, ao menos em regra estão ausentes o contraditório e ampla defesa, as várias mudanças legais ocorridas pós Constituição Federal procuraram igualar os indivíduos, que essencialmente são desiguais.

Citamos no trecho acima, a tão sonhada igualdade material, facilmente percebida nas mudanças advindas da Lei 13.245/20016, na qual as garantias trazidas foram responsáveis por permitir ao indivíduo investigado aproximar-se nesta relação pré-processual entre Estado/indivíduo.

A igualdade material nessa fase permite ao investigado trazer para o bojo do inquérito policial elementos que poderão ser utilizados em uma possível fase processual sendo esta oferecida pelo Ministério Público.

Ainda sobre as garantias básicas que são trazidas pela Constituição, esta apresenta dentre outros princípios, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, pressupostos de um Estado Democrático de Direito, os quais devem ser aplicados a todos os membros de uma sociedade, inclusive, e isto é óbvio, aos que figuram como possível autor de um delito, tanto na fase processual, quanto na fase preliminar ou investigativa.

2.2 O Contraditório e a ampla defesa no inquérito policial

O Inquérito Policial apresenta características de cunho inquisitivo, tais como a limitação do contraditório e da ampla defesa, o sigilo das informações, a discricionariedade do Delegado de Polícia, aspectos estes que relativizam os direitos e garantias previstos na Constituição.

Vale lembrar que os direitos acima mencionados possuem extrema relevância para a concretização de um Estado Democrático de Direito. São prerrogativas garantidas aos cidadãos para que, em situações onde ele confronta-se com o Estado, ainda sim sua dignidade seja respeitada. Essa perspectiva pode ser vista, por exemplo, no texto do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, quando assim dispõe:

Art. 5º. [...] LV - 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 (BRASIL, 1988).

Da interpretação literal do referido dispositivo constitucional fazemos duas considerações. Uma, que o indiciado não é formalmente um acusado, tampouco um litigante e ainda, que o procedimento policial não é um processo no sentido estrito. Apesar de tratar-se de uma fase que antecede o processo, o inquérito policial deve permitir ao indivíduo o contraditório e ampla defesa, mesmo que de forma mitigada.

O contraditório consiste no acesso do interessado à informação do que foi praticado no procedimento, podendo então exercer a reação. De fato, é dizer, que a partir da ciência do ato persecutório o sujeito pode se contrapor aos atos desfavoráveis, sendo possível influir no convencimento da autoridade.

Já a ampla defesa abrange a possibilidade de manifestação, seja pessoalmente, também chamada de autodefesa ou por meio de defensor, chamada de defesa técnica. Nota-se que a ampla defesa está umbilicalmente ligada ao contraditório.

A primeira particularidade do contraditório, qual seja o direito à informação, permite que o sujeito saiba dos atos praticados, enquanto seu segundo elemento, traduzido na possibilidade de reação, faculta ao indivíduo sua efetiva participação. Logo, a defesa garante o contraditório.

Para Tucci (1993, p.205-206), a utilização desses princípios deve ser respeitada não somente no curso da ação penal, mas também se revela de extrema significância durante a fase pré-processual. Nestes termos argumenta que:

“a evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa persecutio criminis todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou da execução, seja absolutório ou condenatória a sentença proferida naquele.”

Para se chegar a esse entendimento, jurisprudência e legislação evoluíram para ao mesmo tempo garantir a efetividade da investigação criminal sem travar o investigado como objeto e exterminar suas garantias. Buscou-se um meio-termo para impedir tanto a ausência de defesa quanto a indevida perturbação da investigação.

Entende-se que contraditório e ampla defesa andam lado a lado e tais princípios não são incompatíveis com as características do inquérito policial, quais sejam: inquisitividade, discricionariedade, sigilosidade, dentre outras já mencionadas.

3. LEI 13.245/2016 E SUA EFICÁCIA QUANTO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INVESTIGADO

Como mencionado, esse trabalho versa a respeito do advento da Lei 13.245/2016 que modificou o artigo 7º, XIV do Estatuto da OAB (Lei 8.906/1994) e, ainda, inseriu o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12 a este diploma legal. Cabe informar que a temática sobre o acesso dos advogados aos autos da investigação já estava vinculada tanto no artigo 5º da Constituição Federal, quanto na Súmula 14 do STF.

A referida lei pretendeu garantir ao cidadão de forma ampla o direito aos seus princípios fundamentais de ordem jurídica, quando concedeu a atuação da defesa no Inquérito Policial.

3.1 A súmula 14 do STF e as controvérsias com o artigo 5º, LV da CF/1988

Conforme já dito no decorrer do trabalho, o Inquérito Policial é denominado um procedimento preliminar, de caráter administrativo e investigativo.

Vejam os que traz o preceituado no artigo 5º, LV da Constituição Federal:

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).

O artigo citado reporta que aos litigantes e aos acusados em geral, tanto em processo judicial quanto no administrativo serão assegurados o princípio do contraditório e da ampla defesa. Assim, a forma que se conduz o inquérito policial e esse dispositivo normativo se coadunam.

Para dirimir qualquer impasse de interpretação jurídica ao aludido artigo 5º, LV da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal (STF), maior instância do poder Judiciário Brasileiro, anunciou a Súmula Vinculante de nº 14, na qual deliberou que a melhor interpretação no tocante a referida Súmula é que por maior que seja uma garantia, esta não tem a capacidade de reverter o interesse público ao privado, ou seja, o direito da ampla defesa não deve impedir que o Estado aplicasse o jus puniendi ao agente delituoso.

Embora a fase das investigações policiais não possua o mérito processual e o indivíduo não esteja submetido completamente à observância dos princípios da ampla defesa e contraditório, as conclusões do STF foram construídas com base numa interpretação abrangente da Constituição, especificamente, quando se refere a esses princípios como garantia do cidadão.

Para que esse raciocínio seja efetivado, é mister que seja apresentada o conteúdo Súmula citada, *in verbis*:

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 (STF, 2009).

Em análise ao conteúdo da súmula é possível perceber que ao permitir o acesso aos advogados aos elementos que constam em autos de inquéritos policiais, foi estabelecido um limite para isso, dentre os quais, que haja interesse do representado e que as provas já tenham sido documentadas.

De acordo com tal Súmula, para que a defesa tenha acesso ao inquérito é necessário poderes outorgados pelo seu cliente e quanto às provas, o acesso se dá apenas àquelas já anexadas aos autos do inquérito. As investigações ainda não materializadas não devem ser de conhecimento do investigado, para que este não venha a atrapalhar o curso normal do procedimento investigativo.

Na prática o defensor peticionava ao delegado requerendo cópia dos autos do Inquérito com fundamento na Súmula vinculante de nº 14 do STF, e em resposta a

autoridade policial, usando da discricionariedade permitida a ele, definia quais peças eram julgadas convenientes para o interesse do cliente desse advogado.

Coadunando com a Constituição Federal e a Súmula vinculante de nº 14 do STF, o advogado precisava provar a sua relação com o seu cliente através de procuração para ter acesso aos autos no Inquérito de seu interesse, e só teria acesso à matéria de investigação que já estivesse concluída, apenas as diligências concluídas e documentadas no IP.

Na prática, a edição dessa súmula geraram muitos problemas, pois, era comum as autoridade policiais realizarem a investigação, oitiva de testemunhas, e o advogado não poderia assistir ou participar disso, pois os atos estavam em curso, e teria que ser esperada a conclusão do ato para depois ter acesso ao depoimento já documentado.

Usando deste artifício, alguns delegados não documentavam os termos investigados nos autos do inquérito, o que era feito apenas no último dia da investigação, a documentação era autuada e acondicionada nos autos. Esse não acondicionamento dos elementos colhidos na fase investigativa nos autos deste procedimento intencionava para que os advogados não tivessem acesso à matéria da investigação.

A súmula de nº 14 do STF representou um acanhado avanço ao dar uma interpretação parcialmente garantista ao artigo 7º do Estatuto da OAB, no sentido de que o acesso dos advogados aos autos na fase policial somente fosse autorizada para apurar provas já documentadas e também exigir que os defensores estivessem munidos de procuração do seu cliente, e, em contrapartida, outorgou poderes à autoridade policial para separar partes de suas investigações que se acham inconclusas, colocando-as em arquivos apartados com o fim de investigação.

Por fim, a Súmula Vinculante nº 14 foi revogada tacitamente com o advento da Lei 13.245/2016, pois tecnicamente a referida lei lhe retirou o objeto, e as regras da Súmula perderam o sentido.

3.2 Mudanças ocorridas com o estabelecimento da lei 13.245/16

A Lei 13.245 de 12 de janeiro de 2016, teve como inovação legislativa a alteração no art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994) que visa a regulamentação da atividade da advocacia e a prerrogativa de função do

advogado, ressaltando a sua essencialidade na missão de assegurar a cidadania e na efetivação dos ditames constitucionais no Estado Democrático de Direito. O Estatuto dispõe, dentre outras, a indispensabilidade do causídico (Advogado) à prestação jurisdicional, consoante o disposto no art. 133 da Constituição Federal de 1988.

Segundo Lôbo (2020, pgs. 67-68) na atualidade, prerrogativa profissional significa direito exclusivo e indispensável ao exercício de determinada profissão no interesse social. Em certa medida é o direito dever e, no caso da advocacia, configura condições legais de exercício de seu *múnus público*.

O dispositivo alterado no estatuto trata sobre os direitos do advogado no exercício de sua função. Dentre estas funções, está a de prestar assistência ao acusado na etapa das investigações preliminares, ou seja, na fase inquisitorial. Tal possibilidade já era amplamente aceita no meio policial, contudo não era normatizada, estando agora prevista no art. 7º, XXI do Estatuto.

O texto traz como inovação o *direito* do advogado “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações”, ou seja, não fica agora mais ao arbítrio da autoridade que conduz a investigação (seja em repartição policial, no MP, ou mesmo em qualquer outro órgão) a presença do advogado durante a apuração de infrações, mormente no que tange aos interrogatórios de seu cliente ou mesmo seus depoimentos, sob pena de nulidade do ato e de todos os atos subsequentes, podendo inclusive apresentar razões e quesitos no curso da investigação preliminar.

Como já apontado, a Lei 13.245/16 modificou a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), essa alteração se deu precisamente no artigo 7º, inciso XIV e ainda foi acrescido o inciso XXI ao referido artigo. O inciso XIV deste diploma legal antes da Lei 13.245/16, previa que:

Art. 7º São direitos do advogado.

(...)

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos (BRASIL, 1994).

Depois que a Lei foi promulgada, houve as seguintes modificações:

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 (BRASIL, 2016).

Na análise comparada dos dois artigos, é possível identificar a fragilidade da atuação institucional do advogado. O legislador decidiu por empoderá-lo ao reconhecer-lhe positivamente a prerrogativa inafastável que tem de examinar autos da investigação em qualquer instituição e não apenas no tocante à repartição policial, pois é de se considerar que outros órgãos podem empreender investigações, como as CPI's (Comissões Parlamentares de Inquérito), o Ministério Público, e outros.

Pelo menos uma dessas normas limitativas, a Orientação Normativa 36/2010 do Departamento da Polícia Federal, onde certamente se encontrarão as maiores resistências ao cumprimento das novas disposições legais, teve revogados seus artigos 5º e 6º, segundo os quais os investigados e seus advogados somente teriam acesso aos dados e documentos já incorporados aos autos, relativos a si, ou no segundo caso, a seus clientes, e que não seria concedido aos investigados, ou aos seus advogados, acesso a diligências em curso, nem as informações que digam respeito exclusivamente a terceiros, investigados ou não.

Quando no mesmo inciso a lei refere-se a autos de qualquer natureza, fica claro que o defensor poderá examinar os autos de qualquer procedimento que trate de investigação, e não somente investigações de infrações penais. Outro fator existente, ainda neste inciso, apresenta o direito do advogado de realizar apontamentos ou tirar cópias, em meio físico, como também por meio digital, o que demonstra que o instituto não parou no tempo e está se coadunando a modernidade tecnológica.

Por via de regra, o advogado não tem a necessidade de ter a posse de uma procuração para ter acesso aos autos investigatórios. Porém, a Lei também incorporou o parágrafo 11 no artigo 7º do Estatuto da OAB, o qual preleciona que:

§ 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 (BRASIL, 2016).

Antes da referida lei o acesso era amplo ao defensor quanto aos autos de investigação. Agora, caso os autos encontram-se sujeitos a sigilo, haverá a necessidade da procuração. Isso porque esse parágrafo certifica que se determinadas informações forem transmitidas ao defensor, a eficácia das diligências restarão comprometidas. Assim, é autorizado pela Lei, que em sendo assim, o delegado pode não juntar aos autos documentos que digam respeito a diligências em andamento.

De mais a mais, foi acrescentado ainda pela Lei, no artigo referido, no inciso XXI, o qual tem a seguinte redação:

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: a) apresentar razões e quesitos;

b) (VETADO) (BRASIL, 2016).

Conforme exposto, este dispositivo traduz que o advogado tem o direito de acompanhar, bem como auxiliar o seu cliente durante um depoimento ou ou um interrogatório no curso de uma investigação. Não há dúvidas de que esta modificação soou como a mais importante derivada desta Lei, pois durante muito tempo havia inquietações quanto à participação do advogado durante o depoimento de testemunhas e até mesmo durante o interrogatório de seu cliente. Depois deste inciso ser incluso ao artigo 7º, o direito do advogado quanto a essas limitações tornou-se amparado legalmente.

Apesar de o advogado agora ter o direito de estar presente durante as fases de investigação criminal, as pesquisas e leituras feitas permitem concluir que, mesmo sendo de fundamental importância tal presença, ela não é obrigatória, e sim facultativa.

Esse meio se assegura como um eficaz controle no que toca à observância dos direitos e garantias do indiciado, desde que é razoável esperar que a medida venha a resultar, a médio prazo, num aprimoramento do Inquérito e da gradual extirpação das abomináveis práticas que vem sendo reiteradamente denunciadas pelas entidades de defesa de direitos humanos: a utilização de medidas cruéis, como torturas psicológicas e até físicas em repartições públicas, cujo emprego equivocado

pela polícia decorre da falsa justificação desses meios para os fins que culminam na sanção penal.

Seguindo a análise do artigo 7º, percebe-se que a alínea “b” do inciso XXI foi vetada. O seu texto previa como direito do advogado requisitar diligências no interesse de seu cliente. Em contraposição a essa alínea, temos o artigo 14 do Código de Processo Penal que já trata do tema, este possui a previsão de que o indiciado pode sim requisitar diligências, porém, estas deverão estar condicionadas a critério do delegado. Para evitar possíveis conflitos de norma a alínea foi vetada.

Como dito, o delegado pode resolver se a diligência requerida deve ser acatada ou não. Porém, caso a autoridade encarregada pela investigação recuse a diligência requerida de forma arbitrária, é possível ao investigado, por meio de sua defesa técnica, intentar a formulação de pedidos de diligências junto ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público.

Foi acrescentado ainda, com o advento da Lei 13.245/2016, o parágrafo 12 ao mesmo artigo, assim disposto:

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente (BRASIL, 2016).

Com a análise desse dispositivo fica evidenciado que pode estar sujeito a abuso de autoridade, caso o Delegado de Polícia venha a negar o direito ao advogado de ter acesso aos autos do inquérito, ou os fornecer de forma incompleta, ou ainda, retirar peças juntadas ao processo previamente com o fito de obstar a defesa do indiciado. Ainda, se for negado o direito do advogado na participação do interrogatório ou depoimento das testemunhas, tudo isto, previsto no artigo 7º, inciso XXI, restarão esses atos eivados pela nulidade absoluta e por consequência serão nulas todas as provas que decorreram desses atos.

Essa nulidade absoluta trazida por essa Lei, não se refere apenas ao depoimento ou interrogatório, incluindo-se também elementos investigatórios e provas dele decorrentes ou derivadas. Logo, qualquer prova que decorre de ato nulo, por consequência será nula, pois pode prejudicar o próprio processo decorrente deste Inquérito, conforme a “Doutrina dos Frutos da Árvore Envenenada”, que faz comunicar

o vício da ilicitude da prova obtida com violação a regra de direito material a todas as demais provas produzidas a partir daquela.

Se faz importante demonstrar a forma como todas essas prerrogativas decorrem na prática, no dia a dia do advogado atuando para uma melhor defesa técnica do seu cliente.

A regra é que para os advogados o Inquérito Policial é público, ou seja, não há necessidade de procuração e a exceção é no caso de haver sigilo judicial.

O advogado com procuração terá acesso a todos os atos da investigação, ainda que não concluídos, ainda que em curso.

A nova lei pôs fim a limitação de que o acesso seria apenas aos atos já praticados, produzidos e documentados. Hoje com o advento dessa lei, isso não existe mais, o advogado tem acesso a todos os procedimentos de investigação, ainda que não concluídos, ainda que em curso.

O advogado pode assistir as oitivas de testemunhas realizadas em delegacias, participar da produção de prova pericial, da oitiva da vítima, pois a lei lhe confere esse direito.

A lei estabelece inclusive que o advogado tem o direito de formular quesitos no Inquérito Policial, bem como apresentar razões. A interpretação sobre essa questão de quesitos ainda gera alguma divergência na doutrina, mas a princípio o advogado pode participar ativamente de toda produção probatória dentro do Inquérito e ainda, apresentar razões quanto a essa matéria, o acesso hoje é praticamente pleno.

A lei traz uma exceção de que em alguns procedimentos específicos, quando pela natureza do procedimento, a presença do advogado pode atrapalhar a finalidade dele, nesse caso por decisão fundamentada é possível não conceder acesso ou vistas a esse procedimento ao advogado, seria o caso por exemplo de uma interceptação telefônica no curso de uma investigação, pois, caso o advogado tivesse conhecimento do fato de seu cliente ser interceptado, seria óbvio que essa prova seria totalmente infundada, pois o cliente teria conhecimento dessa informação. Essa exceção existe com o intento de que a finalidade do procedimento investigativo não seja desnaturada.

3.3 A participação da defesa no curso das investigações e as garantias fundamentais do investigado

Pela discussão levantada até o presente momento, é óbvio que a presença do advogado tem o atributo de ser um mecanismo para controle do Poder do Estado. A presença de uma defesa técnica se faz de grande importância, uma vez que os abusos que costumam ser cometidos nessa fase de investigação se devem por conta da fragilidade do acusado frente à discricionariedade da autoridade policial.

Os ventos que sopram aqui são no mínimos assombrosos, uma vez que num Estado Democrático de Direito, uma investigação criminal seja realizada sem a presença da defesa. Mesmo pelo fato de não haver de forma expressa na legislação nada sobre a obrigatoriedade do advogado durante a fase de investigação, a sua obrigação restou clara pelos princípios mencionados na Constituição Federal, vejamos os dispositivos jurídicos que discutem essa ideia:

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:
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (BRASIL, 1988).

É importante ressaltar que o artigo 133 da Constituição demonstra a importância do advogado para a concretude da justiça, restando claro que a indisponibilidade dele se aplica a todo o Processo Penal. Muito se discute que essa indisponibilidade se estende inclusive no tocante à fase investigativa, pois esta pode influenciar de forma evidente no corpo do processo.

Avançando no tocante à possibilidade do advogado no curso do Inquérito Policial apresentar quesitos e razões, Lopes Junior (2007, p. 70) expõe, que:

Não se trata propriamente de uma grande inovação, na medida em que o art. 14 do CPP já dava espaço para isso, mas sem dúvida vai reforçar a participação da defesa e sua efetividade. Se bem empregada a faculdade, é possível fazer uma defesa escrita no final da investigação e postular, nos casos em que seja viável, o futuro pedido de arquivamento pelo Ministério Público ao Juiz, já que nem a polícia, nem o MP, podem arquivar os autos da investigação instaurada. Então é uma faculdade importante e que deve ser bem manuseada conforme a estratégia defensiva.

O novo diploma legal possibilitou o exercício do direito de defesa do indiciado no âmbito do inquérito, mesmo sem lhe assegurar amplitude e o contraditório, pois apesar deste instituto manter o seu caráter inquisitorial, não quer dizer que este deva ser arbitrário ou que os direitos do investigado sejam contraditados.

Como já bem descrito no decorrer deste trabalho, com o advento da Lei 13.245/16 houve importante ganho no tocante ao resguardo dos direitos fundamentais, apesar de que mesmo antes desta norma jurídica, já haviam outras garantias ao investigado, dentre elas, o direito à integridade física, o direito ao silêncio, entre outros.

Apesar de vetado o dispositivo que permitiria ao defensor requerer diligências, é viável que se aceite que o advogado possa sugerir-las ao juízo discricionário do presidente da investigação, tanto quanto, ao assistir o seu cliente no momento da oitiva, justificar fatos e formular perguntas que auxiliem na apuração daqueles.

É evidente a intenção do legislador de assegurar respeito aos direitos do investigado, fazendo-o ao prestigiar a atuação dos advogados, em tempos que se exige em nosso Sistema Processual Penal que esteja centrado no princípio da dignidade da pessoa humana.

Então, o que se deve levar em consideração diante da atual conjuntura é que a dignidade da pessoa humana encontra-se em posição superior em relação a qualquer procedimento criminal ou administrativo, e também em posição superior a qualquer autoridade pública.

A lei 13.245/2016 possui um viés garantista, ou seja, maior foco na esfera de liberdade do indivíduo. Com isso, tende diminuir ao patamar mínimo necessário o poder do Estado, com o fito de possibilitar a democratização do procedimento investigativo e assim dar mais transparência aos atos praticados, fortalecendo o que será produzido ali em caráter probatório.

Sem dúvida, a ampliação da atuação do advogado trazida pela lei trouxe por sua vez a ampliação dos direitos e garantias fundamentais do indiciado no Inquérito Policial.

Apesar dos dispositivos legais apresentados não serem capazes de transformar o inquérito policial em um procedimento não inquisitivo, de ter garantido às investigações a tão aguardada igualdade material. Ainda assim, há de se

reconhecer o avanço, mesmo que a passos curtos, para uma real proteção aos direitos fundamentais do indiciado.

4. DESIGUALDADE MATERIAL

Por tempos a perspectiva teórica do Código de Processo Penal sempre foi nitidamente autoritária, sempre pautado pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente.

A Constituição Federal caminhou em direção oposta, instituindo um sistema de amplas garantias individuais, transformando-a em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. Não é difícil perceber que muitas das previsões contidas no Código de Processo Penal não estão em consonância com a nova ordem constitucional.

Para Pacelli (2020, p.32) o devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma Justiça Penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.

Sabe-se que a igualdade material passa, necessariamente, pelo tratamento distinto entre iguais e desiguais, ou seja, tratar de forma especial os mais fracos no intuito de se aproximar dos mais fortes.

Assim, quanto ao fim da desigualdade material na fase de inquérito policial, a Constituição foi ineficaz para pôr fim a esta condição. A Constituição adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidade, mesmo que virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei.

Considerando que estamos inseridos em uma sociedade capitalista, onde as igualdades de condições não são de forma alguma as mesmas, onde se observa uma série de disparidades, a simples previsão legal não é capaz de findar as desigualdades.

Os indivíduos possuem diversidades que muitas vezes não são superadas quando submetidas a uma mesma lei, o que aumenta a desigualdade existente no plano fático.

O Brasil é um país com uma péssima distribuição de renda, na qual a maior parte das pessoas sequer tem o básico para sobreviver. Isso certamente reflete na assistência jurídica ao investigado, seja no acompanhamento do autuado logo após uma prisão em flagrante, no interrogatório de um investigado em liberdade ou ainda no acompanhamento do decorrer do Inquérito Policial.

As leis infraconstitucionais, em especial a lei 13.245/2016, surge com o intuito de diminuir este desequilíbrio. De fato, trouxe elementos que permitiram superar o arcaico modelo inquisitório, porém as inovações trazidas dizem respeito a apenas mudanças no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, e não no Código de Processo Penal.

Houve sim um fortalecimento da defesa e ampliação do contraditório em sua primeira etapa. Contudo, diferentemente defendido por alguns, não há no dispositivo a obrigação da presença de defesa a todos, e nem mesmo poderia, visto que o dispositivo alterou uma lei que trata da atividade do advogado, e de suas prerrogativas quando designado pelo investigado.

É bem verdade, que o ideal seria, propostas que visem de certo modo, redimir essa gritante lacuna nas políticas criminais brasileiras, que reflete na ausência de preocupação, no formular diretrizes da política criminal para prevenção do delito, com as populações mais vitimadas pelo crime.

Considerando que a relação entre desigualdade de renda e criminalidade já foi objeto de análise de diversos estudos e que a teoria econômica sugere que a desigualdade de renda contribui para o aumento da criminalidade, temos diariamente o surgimento de presos que não terão condições de contratar um defensor.

O fim da desigualdade material passa pela ampliação dos direitos de defesa. É premente a necessidade de ampliação desses direitos a todos, e não apenas aos economicamente capazes.

Por se tratar apenas de uma mudança no Estatuto da OAB, não se estendendo ao Código de Processo Penal, o que se alterou de fato então diz respeito exclusivamente a uma fatia muito pequena de pessoas que tem a condição econômica de pagarem para ter uma "Investigação Constitucional no Brasil", se assim podemos dizer.

Para o restante dos investigados, os alvos mais comuns do sistema penal, pessoas às margens da sociedade, a investigação preliminar, tem grandes chances de seguir-se da mesma forma que foi desde 1871, permitindo a mesma sorte de discriminações procedimentais nas investigações, já que aqueles com condições terão um procedimento com os direitos fortalecidos enquanto outros terão a mesma sorte de arbitrariedades contra si.

A lei não foi suficientemente capaz de trazer a igualdade material para dentro dos procedimentos de investigação, vez que a maior "clientela" alvo de investigações, mormente nas delegacias, não têm possibilidade de contratar um advogado para a sua defesa, e portanto padecem dos mesmos e velhos vícios de um procedimento totalmente inquisitório que permanece magicamente vivo em nosso sistema processual penal há mais de 140 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lei 13.245/2016 ampliou a possibilidade de acompanhamento real do advogado no Inquérito Policial, aumentou o exercício do direito de defesa do indiciado, mesmo sem lhe assegurar ampla defesa e o contraditório, pois apesar deste instituto manter o seu caráter inquisitorial, não quer dizer que este deva ser arbitrário ou que os direitos do investigado sejam contraditados.

Se espera que o sentido de “acompanhamento” que a lei autoriza seja aquele marcado pela proatividade do advogado em dialética com a autoridade investigativa, no que diz respeito ao intuito e direcionamento da investigação. Desta forma, tem-se um melhor posicionamento da defesa em relação à apuração dos fatos, ou seja, na gestão da prova em suas mais variadas fases.

Ficou claro que a nova regra não trouxe o contraditório para o inquérito policial. Decerto, pois isso o transformaria em uma primeira fase do processo, ou seja, um juizado de instrução sem juiz.

De fato, o que a nova lei assegura é a assistência jurídica do advogado ao seu cliente, quando convocado a participar de algum ato no procedimento investigatório, com sua presença e aconselhamento, tendo tomado conhecimento do que já foi realizado.

Naturalmente que com o passar do tempo outros desdobramentos estão por vir, uma vez que essa tensa relação entre o Estado munido com o jus puniendi e o indivíduo com o direito a defesa ampla a tendência é a adequação da norma.

Necessário, portanto, repensar a atual estrutura do pré-jogo criminal, com vistas a reduzir essa nítida desigualdade entre os sujeitos e tornar-se de fato um Estado Democrático de Direito. Frise-se que não se trata de transformar a investigação em procedimento judicial com contraditório pleno e ampla defesa, tornando o processo dispensável, mas apenas de assegurar equilíbrio mínimo quanto aos intervenientes (já que não são tecnicamente partes) nessa fase preliminar de apuração.

Diante do exposto, a finalidade, no fundo, nunca é de assentar respostas definitivas, mas de promover algum tipo de constrangimento transformador da realidade. O que não se pode admitir é o atual estado de coisas absolutamente desproporcional. Sem sombra de dúvida, a reforma nesse campo é premente,

inclusive para assegurar a própria integridade do devido processo legal. Do contrário, a ampla defesa continuará a ser mera fantasia processual embalada com requintes superficiais de democraticidade.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**: papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do Sistema Acusatório e do Garantismo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. In: Vade Mecun. 22ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 31ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.
- BRASIL. **Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994**. Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, D.O.U. de 05.07.1994.
- BRASIL. **Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016**, D.O.U. de 13.01.2016.
- BRASIL. **Súmula Vinculante 14 do STF**. De 09 de fevereiro de 2009. In: Vade Mecun. 22ª ed. São Paulo, Saraiva, 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LENZA, Pedro. **Direito Processual Esquematizado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013.
- LIMA FILHO, Eujecio Coutrim. **Lei 13.245/2016**: uma análise do caráter democrático do inquérito policial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 126/2016, p. 161 – 180, Dez/2016.
- LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB/ Paulo Lôbo**. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de Investigação no Inquérito Policial**. 3 ed. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.
- NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier: 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 5ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Edição. São Paulo. Atlas, 2020.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. Ed. Saraiva. São Paulo, 1993.