



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE
SOBRE O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/2016

Alice da Silva Fortunato Souza

Rio de Janeiro
2017

ALICE DA SILVA FORTUNATO SOUZA

A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE
SOBRE O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/2016

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nélson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2017

A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL: UMA ANÁLISE SOBRE O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/2016

Alice da Silva Fortunato Souza

Graduada pelo Centro Universitário Plínio Leite.
Advogada.

Resumo – A investigação criminal é dotada de discricionariedade para atingir sua finalidade que é a autoria e materialidade delitiva. A Lei nº 13.245/2016 trouxe alterações significativas ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e possibilitou instrumentos mais efetivos para que a intervenção de defesa técnica em sede de investigação seja mais eficaz. A essência do trabalho é abordar essas alterações com enfoque na não obrigatoriedade do advogado em fase de inquérito, bem como a possibilidade de aplicação dos princípios da ampla defesa e contraditório. A Lei nº 13.245/2016 não retirou o caráter inquisitivo do Inquérito Policial.

Palavras-chave – Inquérito Policial. Ampla defesa. Contraditório. Lei nº 13.245/2016.

Sumário – Introdução. 1. A participação do advogado na fase de inquérito policial é obrigatória e constitui uma prerrogativa do causídico ou um direito daquele que se encontra na qualidade de acusado? 2. O advento da Lei nº 13.245/2016 afastou a característica inquisitorial do inquérito policial? 3. O fato de as atividades persecutórias ficarem concentradas nas mãos de uma única autoridade viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Versa a presente pesquisa sobre a participação do advogado no inquérito policial, instrumento que consiste em importante ferramenta inquisitorial de produção de elementos de informação e provas, sem se desvincular de seu preceito primário que é resguardar os direitos do investigado.

Para tanto, aborda-se a natureza do instrumento que é compreendida pelos atos investigatórios que compõem as diligências realizadas pela polícia judiciária.

Dessa maneira, a Lei nº 13.245/2016 que altera dispositivos do estatuto da OAB referentes às prerrogativas dos advogados na fase de investigação criminal, possibilitou instrumentos mais efetivos para que a intervenção de defesa técnica seja mais eficaz.

O trabalho enfoca a análise das alterações trazidas pela Lei nº 13.245/16 ao Estatuto da OAB, abordando as principais mudanças no que tange à participação do advogado no inquérito policial, dirimindo, por fim, a discussão acerca da possibilidade ou não dessa participação em fase pré-processual.

É diante das seguintes questões norteadoras que o trabalho será desenvolvido: a participação do advogado na fase de inquérito policial é obrigatória e constitui uma prerrogativa do causídico ou um direito daquele que se encontra na qualidade de acusado? Podemos dizer que com o advento da Lei nº 13.245/16 a característica de inquisitorial do inquérito policial foi afastada? O fato de as atividades persecutórias ficarem concentradas nas mãos de uma única autoridade viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa?

Objetiva-se discutir, dessa forma, a facultatividade ou não do advogado em todas as fases do inquérito policial, bem como outros regramentos atinentes à defesa em fase pré-processual com enfoque nas alterações trazidas pela Lei nº 13.245/16.

Busca-se, então, uma reflexão para saber se ainda persiste a característica de inquisitorialidade do inquérito, bem como se a inexistência de poder requisitório do advogado na investigação preliminar viola a ampla defesa e se, por conseguinte, viola o direito à defesa técnica.

No primeiro capítulo, pretende-se abordar como doutrina e jurisprudência tratam a participação do causídico em fase pré-processual e se tal participação configura uma prerrogativa do advogado ou um direito daquele que se encontra na qualidade de acusado.

Segue-se ponderando no segundo capítulo a natureza do instituto, características, e se o caráter inquisitivo que permeia o inquérito se perdeu com o advento da Lei nº 13.245/16.

Por fim, o terceiro capítulo destina-se a examinar se o fato de as diligências se concentrarem com uma única autoridade viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, em que a pesquisadora visa a construir e testar uma possível resposta ou solução para o problema. Para isso, a abordagem do objeto dessa pesquisa jurídica será qualitativa, valendo-se a pesquisadora da bibliografia pertinente ao tema.

1. A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO NA FASE DE INQUÉRITO POLICIAL É OBRIGATÓRIA E CONSTITUI UMA PRERROGATIVA DO CAUSÍDICO OU UM DIREITO DAQUELE QUE SE ENCONTRA NA QUALIDADE DE ACUSADO?

Serve-se o inquérito policial de um mecanismo do Estado na persecução penal. Em síntese, o Estado se utiliza do inquérito para apuração da verdade na fase pré-processual, por isso considerado o principal instrumento de investigação criminal.

Como bem preceitua Nestor Távora¹:

[...] por se tratar de fase pré-processual é regido pelo princípio da sigilação, assegurando-se ao advogado, contudo, por força do art.7º,XIX, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), a consulta aos autos correspondentes, o que foi corroborado pela súmula vinculante nº 14 do STF, de sorte que é direito do defensor no interesse do representado[...]

Além de ser um mecanismo estatal de persecução penal, o inquérito policial é um procedimento de caráter instrumental por meio do qual e se busca esclarecer os fatos considerados como delito antes de ser ajuizada a ação penal.

Frederico Marques² ensina que “*a persecutio criminis* apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal de caráter preliminar e informativo: *inquisitivo nihil est informatio delicti*”.

Impende dizer que o inquérito policial não só é instrumento de investigação criminal, mas também funciona como meio eficaz de, na proteção e garantia aos direitos fundamentais, realização probatória e peça de informação.

De certo é um procedimento administrativo, mas que por vezes se reveste de caráter judicial, face à necessidade de intervenção judicial quando se envolvem medidas que restringem os direitos fundamentais, sob a égide de reserva de jurisdição.

O que se busca com o inquérito policial é vedar a instauração de um processo penal leviano, resguardando-se, portanto, a liberdade de quem está sob o crivo investigatório. Fala-se numa garantia cidadã. O próprio Código de Processo Penal³, em sua exposição de motivos, diz que há em favor do inquérito policial, como instrução provisória que antecede à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra

¹ TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.61.

² MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Millennium, 2003, p. 30.

³BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm> Acesso em : 22. mai. 2017.

apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime.

Dessa forma, pode-se dizer que o inquérito policial serve de suporte para o processo penal, servindo-se de via que materializa a persecução estatal, a fim de que a atuação restritiva das liberdades individuais não se transforme em veredito temerário.

Uma persecução penal sem uma fase pré-processual eficaz é mero processo incongruente, o que transgride a seara das garantias.

Em que pese ser o inquérito policial dispensável, já que a ação penal pode ser movida com base em peças de informações, pode-se dizer que o inquérito policial é uma sólida base para uma ação penal exitosa, conferindo concretude à justa causa.

Nesse contexto, o STF, com a Súmula Vinculante 14:⁴ “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”.

A referida súmula consagra ao defensor o direito ao acesso amplo aos elementos de prova, desde que já documentados e no interesse do representado para o exercício do direito de defesa.

Preceitua o inciso XXI do art.7º, do Estatuto da OAB⁵, com nova redação dada pela Lei nº 13.245/16⁶ que é direito do advogado 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.

Nesse diapasão, em que pese a nova redação dada pela Lei nº 13.245/16⁷, e novamente surgir a discussão acerca da obrigatoriedade do defensor em todas as fases do inquérito, é cristalino o entendimento de que a participação do advogado no inquérito policial não é obrigatória, no entanto, garante uma maior possibilidade de atuação em qualquer ato investigatório em que seu outorgante esteja figurando.

⁴Idem.Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acesso: em 22 mai. 2017.

⁵ Idem. *Lei nº 8.906*, de julho de 1994. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm> Acesso em: 22 mai. 2017.

⁶ Idem. *Lei n. 13.245*, de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> Acesso em : 22 mai. 2017.

⁷ Ibidem.

Ainda que o patrono não esteja necessariamente desde o início na fase pré-processual, ou seja, desde o início formal, tem ele o direito de assistir o investigado no curso do procedimento apuratório.

Uma vez que não existe uma lista prévia de pessoas que estejam sendo investigadas, à proporção em que se desenrolam as linhas de investigação, os envolvidos passam a fazer parte do contexto de apuração da autoridade policial, e é desse momento que são chamados para prestar esclarecimentos. A partir de então é necessário que a legislação promova prerrogativas ao patrono para acompanhar o investigado em seu interrogatório/depoimento, para que ele inadvertidamente não produza provas contra si mesmo, quando a própria Carta Maior assegura o referido direito.

Tendo em vista as incontáveis violações aos direitos humanos que há muito se presencia, o entendimento que se extrai do referido art.7º, XXI, do EOAB⁸ é de que foi conferido ao advogado a paridade de armas necessária para que o inquérito ou outro procedimento investigativo estatal seja corroborado por uma parcela investigativa de natureza defensiva.

Em outros termos, é necessário que autoridade policial oportunize a assistência técnica jurídica ao interrogado, o que encontra total respaldo no inciso LXIII, do art.5º, da CRFB⁹, que preceitua que o preso será informado de seus direitos, dentre os quais permanecer calado, lhe sendo assegurada a assistência da família e do advogado.

Cumprir enfatizar que se a lei objetivasse a participação do causídico do início ao fim, deveria ter expressamente previsto a nulidade de todos os atos até então realizados e não da oitiva pra frente. Assim não fosse, a lei não se incumbiria de fixar como marco inicial os casos de nulidade a partir do interrogatório/depoimento.

Importante lembrar que se aquele que está à frente como autoridade responsável pelas investigações impedir a presença do advogado ou deixar de assegurar a assistência jurídica solicitada pelo investigado, prosseguindo com a tomada das declarações, estará desde logo violando o inciso XXI, do art. 7º, do EOAB¹⁰.

O fato de tão somente informar ao investigado que ele possui direito a uma defesa técnica, por si só, não é suficiente; faz-se necessária a efetiva ciência de que o mesmo pode constituir, nomear defensor antes de ser ouvido. Em contrapartida, se houver negativa do

⁸ Ibidem.

⁹Idem. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2017.

¹⁰ Ibidem.

investigado quanto a esse direito, tal manifestação deve ser devidamente documentada. Aqui resta evidente a não obrigatoriedade do causídico em seara de inquérito policial.

Com efeito, a Lei que trouxe inovações ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil¹¹, por mais que não tenha causado grandes revoluções na fase pré-processual, evidenciou que, por mais que a presença do causídico no inquérito policial não seja de caráter absoluto e obrigatório, é aconselhável, a fim de que se garantam e ampliem as garantias constitucionais e, por conseguinte origine uma persecução penal salutar.

Já era algo habitual e aceitável, de uma forma ampla, por parte das autoridades policiais. A nova lei veio afirmar a referida prerrogativa, trazendo consigo a previsão de uma “nulidade absoluta” desse ato e subsequentes, quando obstaculizada por quem deveria garanti-lo.

O que a lei assegura é a prerrogativa de o advogado assistir à oitiva de seu outorgante. Note-se que em nenhum momento há afirmação de que a presença do advogado seja imprescindível à oitiva de todos aqueles que compõem o inquérito, tais quais vítimas e testemunhas, até porque pela natureza e objetivo final do inquérito policial, isso não seria possível; tornar-se-ia inviável à investigação.

Por fim, há de se afirmar com certeza que a nova Lei não alterou o entendimento de que a presença do causídico em seara pré-processual é facultativa e não obrigatória, constituindo uma prerrogativa do advogado.

2. O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/2016 AFASTOU A CARACTERÍSTICA INQUISITORIAL DO INQUÉRITO POLICIAL?

Sabe-se que a Lei nº. 13.245/2016¹² alterou o art.7º do Estatuto da OAB, Lei nº 8.906/1994¹³, pontualmente o inciso XIV, e acrescentou o inciso XXI ao referido artigo.

A redação do art.7º, inciso XIV conferia ao advogado o poder de examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos

¹¹ Ibidem.

¹² BRASIL. Lei nº 13.245, de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

¹³ Idem. Lei nº 8.906, de julho de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Hoje, com a alteração, pode o causídico 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.

Fazendo uma breve análise histórica, temos que, à época em que o Estatuto foi editado, eram praticamente os policiais que presidiam as investigações. Os anos passaram e tal realidade tomou outro contorno, ao ponto que órgãos antes não falados, a exemplo do Ministério Público e das Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outros, passaram a titularizar de uma forma mais habitual e começaram a perfazer as investigações de infrações penais.

Cumprido dizer que o primordial objetivo da alteração foi sedimentar o entendimento de que aos advogados é conferido o direito de examinar os autos investigatórios não só na Polícia, mas em qualquer repartição ou instituição, em meio físico ou digital. Podendo inclusive ser a investigação de qualquer natureza, sendo indiferente o nome que se atribua ao procedimento.

Note-se que antes da alteração do inciso XIV, o Supremo já havia decidido que esse direito do advogado fosse observado também nos procedimentos de investigação criminal realizados no âmbito do Ministério Público. Nesse sentido, o julgado¹⁴:

A Federação Interestadual do Sindicato de Trabalhadores das Polícias Cíveis –DF- FEIPOL requer seu ingresso no processo na qualidade de *amicus curiae*. Para tanto, aduz a inequívoca pertinência temática entre a matéria ventilada na presente ação e a finalidade precípua da Entidade Requerente, que consiste na defesa de direitos e interesse da categoria dos servidores policiais civis que forma sua base (fl.266). 2. A intervenção deve autorizada. Conforme se lhe extrai do estatuto, o requerente é associação destinada a “representar perante o Executivo e Legislativo (Federal, Estadual e Municipal), e ao poder Judiciário, os interesses da Categoria Policial Civil, judicial e/ou extrajudicialmente (fl. 289). Vê-se, pois, que ostenta adequada representatividade (*adequacy of representation*) dos interesses envolvidos na causa, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 e do art. 323, § 2º, do RISTF, a título de requisito de viabilidade da intervenção como *amicus curiae*. Afinal, é entidade representativa das entidades sindicais das categorias que representam os policiais civis, interessados na apreciação do tema da atribuição de poderes investigatórios, reputados pela entidade como próprios dos órgãos policiais, ao Ministério Público. 3. Defiro, portanto, o ingresso do requerente na qualidade de *amicus curiae*, devendo a Secretaria proceder às anotações pertinentes. Determino, ainda, seja disponibilizada, no site do Tribunal, a digitalização integral dos autos, para fins de consulta. Prejudicado, assim, o pedido de vista dos autos pelo requerente.

¹⁴ Idem. Supremo Tribunal Federal. *RE nº. 593727*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>>. Acesso em: 24 ago.2017.

Outro ponto que merece destaque refere-se à necessidade de procuração para que o advogado tenha acesso aos autos de investigação. Por inteligência do art.7º, §10, do Estatuto da OAB¹⁵, em regra, dispensa-se a procuração, no entanto, em casos excepcionais como autos protegidos pelo sigilo, o patrono só poderá ter acesso, se devidamente outorgado por procuração.

Segundo o §11, do art.7º, do Estatuto da OAB¹⁶, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados às diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Nesse contexto, o verbete sumular vinculante nº 14¹⁷, do Supremo Tribunal Federal: “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”.

Dessa forma, considerando que a súmula ainda vigora, deve-se interpretá-la de maneira ampla para que englobe qualquer procedimento investigatório realizado por qualquer instituição, não mais fazendo restrição ao procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária.

O advogado sempre teve acesso aos autos do inquérito, mesmo sem procuração, ainda que na prática fosse criada uma dificuldade no sentido de se requerer procuração, haja vista a súmula vinculante sobre isso, por exemplo, conferindo até a ampla defesa ainda que de maneira acidental no inquérito policial.

A lei alterou o Estatuto para criminalizar, a título de abuso de autoridade, a vedação à concessão de vistas de um procedimento investigatório ao advogado. Nos casos em que o direito de amplo acesso aos procedimentos de qualquer natureza for desrespeitado, deve-se observar o disposto no §12º, do art.7º, do Estatuto da OAB¹⁸, parágrafo acrescentado pela Lei nº 13.245/2016¹⁹.

Desse modo, a autoridade que intencionalmente deixar de observar os direitos estabelecidos pela Lei, com o objetivo de obstaculizar o exercício da defesa, será responsabilizada criminal e funcionalmente por abuso de autoridade.

¹⁵ Idem, op. cit., nota 13.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>> Acesso em: 24 ago.2017.

¹⁸ Idem, op. cit., nota 13.

¹⁹ Idem, op. cit., nota 12.

Quanto ao acréscimo introduzido pela Lei nº 13.245/2016²⁰, qual seja o inciso XXI ao art.7º, do Estatuto da OAB²¹, que diz respeito ao direito do advogado 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, é necessário que se façam algumas considerações.

No passado alguns delegados vedavam que o advogado participasse do interrogatório do indiciado e não permitiam que o causídico estivesse presente durante o depoimento das testemunhas, sob o argumento de que não havia previsão legal expressa para o ato.

Outros até consideravam a possibilidade de o advogado participar das oitivas das testemunhas, mas tão-somente como ouvinte, já que não o autorizavam que formulasse perguntas e requerimentos durante o ato.

Nesse diapasão, a referida alteração legal permite que o advogado assista seu cliente que esteja sendo investigado, bem como permite que ele esteja presente no interrogatório e nos depoimentos que forem colhidos durante o procedimento de apuração da infração. Mas não só isso, agora tem o advogado direito de argumentar e defender seu ponto de vista sobre algo que vá ser decidido pela autoridade policial ou sobre alguma diligência que precise ser requerida, por meio das razões e apresentar quesitos.

As alterações geradas com o advento da Lei nº 13.245/2016²² trouxeram alguns questionamentos ao meio jurídico. Dentre eles, a natureza inquisitorial do inquérito policial. A inserção do inciso XXI ao art.7º, do Estatuto da OAB²³ retira ou não o caráter inquisitório do inquérito?

A resposta é negativa, mesmo com a inserção do novo inciso ao referido artigo, a natureza inquisitorial do inquérito permanece, de modo que o contraditório e ampla defesa permanecem não sendo aplicados nessa fase pré-processual que é o inquérito. No entanto, dizer que o inquérito policial possui caráter inquisitivo, não é o mesmo que dizer que ele é autocrático e que todos os direitos e garantias do investigado devam ser elididos.

O professor Guilherme Nucci²⁴, com o intuito de justificar a natureza essencialmente inquisitiva do inquérito diz que o inquérito é um procedimento sem oportunidade de ampla

²⁰ Ibidem.

²¹ Idem, op. cit, nota 13.

²² Idem, op. cit, nota 12.

²³ Idem, op. cit, nota 13.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo penal comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p.68.

defesa, sem participação do suspeito na produção e indicação de provas, com recursos, alegações e outros desdobramentos peculiares à fase processual.

A jurisprudência antes mesmo da publicação da nova lei já afirmava que o inquérito policial, em que pese ser destituído de contraditório e ampla defesa, garante ao investigado determinados direitos fundamentais, dentre os quais se insere o direito de permanecer em silêncio, o direito à integridade física, direito de assistência jurídica, entre outros.

Assim a nova lei não acaba com o caráter inquisitório do inquérito policial, mas é nítida sua contribuição para a eficácia de fase pré-processual defensiva e um melhor trabalho desenvolvido pelo patrono.

3. O FATO DE AS ATIVIDADES PERSECUTORIAS FICAREM CONCENTRADAS NAS MÃOS DE UMA ÚNICA AUTORIDADE VIOLA A OPORTUNIDADE PARA O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO OU DA AMPLA DEFESA?

O Inquérito Policial possui características próprias como sendo procedimento administrativo, preliminar, presidido pelo delegado de polícia, cujo objetivo é identificar o autor do ilícito penal e os elementos que atestem sua existência, de forma que contribua para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, fornecendo elementos para a deflagração ou não do processo penal.

Esse modelo foi consolidado com a Constituição Federal de 1988²⁵ e consubstanciado pela Lei nº 12.830/2013²⁶. Busca-se, portanto, uma dinâmica no ato investigatório e um equilíbrio quanto aos direitos e garantias fundamentais, sem que com isso a ordem pública, o interesse social e a eficácia da lei processual penal se vejam prejudicados.

O ordenamento jurídico entendeu por sedimentar o papel do delegado de polícia na condução do inquérito. Tem ele as características da discricionariedade, autonomia e exclusividade para a condução da investigação.

²⁵ _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

²⁶ BRASIL. Lei nº 12.830 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

Como visto nos capítulos anteriores, a Lei alteradora sedimentou o entendimento de que a presença do advogado na fase pré-processual não é obrigatória e constitui uma prerrogativa do causídico.

Numa outra perspectiva, como visto, sendo direito do advogado assistir seu cliente no ato do interrogatório, constitui por consequência um benefício ao investigado. De modo que, com a nova Lei alteradora, requisitando o patrono assistir o acusado durante as respectivas investigações e tal direito lhe for negado, todos os atos consecutivos serão considerados nulos.

Note-se que a nulidade é consectária da prerrogativa do advogado, uma vez que se não houver pleito por parte deste, ausente o causídico, não há que se falar em nulidade do ato do interrogatório.

Dessa forma, a jurisprudência pátria caminhou para garantir a efetividade da investigação criminal sem, contudo, tratar o investigado como objeto e elidir suas garantias fundamentais. Buscou-se um equilíbrio em que não haja total ausência de defesa nem atos em excesso capazes de causar confusão na fase investigatória, como bem explica Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em seu artigo *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, publicado pela *Revista dos Tribunais*²⁷.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ²⁸:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. FASE PRÉ-PROCESSUAL. NATUREZA MERAMENTE INFORMATIVA. EXUMAÇÃO DE CADÁVER. AUSÊNCIA DE PRAZO HÁBIL PARA REQUERER NOMEAÇÃO DE ASSISTENTE TÉCNICO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional. II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. III - Inaplicável o princípio do contraditório na fase inquisitorial, porquanto esta possui natureza administrativa, destinando-se a prover elementos informativos ao responsável pela Acusação, que lhe permitam oferecer a denúncia. Precedentes. IV - Impossibilidade desta Corte aprofundar o exame do conjunto fático-probatório, sobretudo na via estreita do writ. Precedentes. V - Habeas corpus não conhecido.

²⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.23.

Uma outra particularidade do inquérito policial é que ele se consubstancia no fato de ser conduzido de maneira discricionária pela autoridade policial, o qual poderá agir determinando os rumos da investigação de acordo com as peculiaridades do caso concreto, como bem dispõem os artigos 6º e 7º, do Código de Processo Penal²⁹.

Cumpre enfatizar que a inovação trazida pela Lei em comento não introduziu de forma categórica o contraditório e/ou a ampla defesa. Nesse sentido, esclarece Afrânio Silva Jardim³⁰:

[...]entendo que a nova regra não tenha trazido o contraditório para o inquérito policial, o que o transformaria em uma primeira fase do processo: juizado de instrução sem juiz! 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[...]

Quem primeiro recebe o caso é o Delegado, sendo sua tarefa observar o ordenamento jurídico, agindo com total zelo, cautela e prudência ante a íntima proximidade das suas atribuições para com o direito fundamental de liberdade da pessoa humana.

Sua discricionariedade consiste em atuar nos ditames legais, o que se assemelha em agir com arbitrariedade, já que discricionariedade é destituída de caráter absoluto.

Como visto, na fase do inquérito policial não é obrigatória a observância do contraditório e a ampla defesa é mitigada. O delegado pode permitir a presença do advogado, mas sua presença não é obrigatória.

Dessa forma, há de se concluir que o fato de as atividades persecutórias ficarem concentradas nas mãos de uma única autoridade não viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa. Há ampla defesa no sentido de defesa técnica e pessoal, e contraditório materializado no acesso aos autos do inquérito.

²⁹ BRASIL, op. cit, nota 3.

³⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Consequência de eventual nulidade de algum ato probatório constante de procedimentos investigatórios de condutas delituosas*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/afraujoardim/posts/557328701083093>> Acesso em: 3 set. 2017.

CONCLUSÃO

Como visto, a Lei nº 13.245/2016 trouxe significativas mudanças para o ordenamento jurídico no que tange à participação do advogado em fase pré-processual. Possibilitou que o advogado tenha amplo acesso aos elementos de prova, bem como assistir seu cliente no interrogatório.

Como foi possível observar, a referida Lei, que alterou os dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil referentes às prerrogativas dos advogados na fase de investigação criminal, possibilitou instrumentos mais efetivos para que a intervenção de defesa técnica seja mais eficaz.

Com efeito, viu-se que a Lei nº 13.245/2016 alterou o Estatuto para criminalizar a título de abuso de autoridade a vedação à concessão de vistas de um procedimento investigatório ao advogado.

No entanto, em que pese nova redação dada pela Lei nº 13.245/2016 e o reaparecimento de discussão acerca da obrigatoriedade do defensor em todas as fases do inquérito, a participação do advogado no inquérito policial continua não sendo obrigatória, mas garante uma maior atuação em qualquer investigação que seu cliente seja o protagonista.

A alteração no Estatuto da OAB, apresentou a possibilidade de nulidade absoluta na fase pré-processual nos casos em que a assistência de um advogado ao investigado estiver comprometida. É necessário que a autoridade policial oportunize a assistência técnica jurídica ao interrogado, no entanto, a lei não trouxe expressamente a nulidade dos atos realizados antes da oitiva.

Nesse sentido, mister se faz ressaltar que o diploma legal em comento não acabou com o caráter inquisitório do inquérito policial, mas é nítida sua real contribuição para a eficácia de uma fase pré-processual defensiva.

A natureza inquisitorial do inquérito permanece, de modo que o contraditório continua não sendo aplicado nessa fase pré-processual que é o inquérito. Quanto à ampla defesa, esta pode ser promovida com temperamento durante a fase investigatória, restrição que facilmente se entende pelo fato de ser o inquérito policial inquisitório e sigiloso.

O fato de as atividades persecutórias ficarem concentradas nas mãos de uma única autoridade não viola a oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa, uma vez que o contraditório não é aplicado na fase pré-processual e a ampla defesa, como já dito, é aplicada com moderação.

Conforme ficou claro, face a toda análise, a nova lei veio reforçar as prerrogativas do advogado, por conseguinte beneficiar o investigado/acusado, sem que os atos investigatórios de infração sejam afetados e conturbados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ALMEIDA, Jussara Araújo Barbosa de. *A participação do advogado no inquérito policial e comentários à Lei nº. 13.245/16*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-participacao-do-advogado-no-inquerito-policial-e-comentarios-a-lei-n-1324516,55306.html>>. Acesso em: 11 set. 2017.

ANSELMO, Márcio Adriano. *A presidência do inquérito policial e a requisição de diligências*. Revista Consultor Jurídico. Set 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-15/academia-policia-presidencia-inquerito-policial-requisicao-diligencias>>. Acesso em 11 set. 2017

BRASIL. *Lei nº 8.906 de julho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm> Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm> Acesso em: 11 set. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. *Lei nº 12.830, de junho de 2013*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112830.htm> Acesso em: 07 set. 2017.

_____. *Lei nº 13.245, de janeiro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> Acesso 24 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 593727*. Relator Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2641697&numeroProcesso=593727&classeProcesso=RE&numeroTema=184>>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>> Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 212494 SC*. Relatora Ministra Regina Helena Costa. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/jurisprudencia/25075687/habeas-corpus-hc-212494-sc-2011-0157376-9-stj>> Acesso em: 11 set. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal*. Dizer o Direito. Jan 2016. Disponível em:<<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarioComentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal-lei-132452016-que-assegura.html>>. Acesso em: 11 set. 2017.

KNIPPEL, Edson Luz. *Lei nº. 13.245/2016 – Participação do Advogado no Inquérito Policial*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/01/18/lei-13-2452016-participacao-do-advogado-no-inquerito-policial/>> Acesso em: 07 set. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Lei nº. 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: 25 ago. 2017.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 3. ed. Campinas: Millennium, 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. V2. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann. *Advogado é importante no Inquérito, mas não é obrigatório*. Revista Consultor Jurídico. Jan.2016. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>. Acesso em 07 set. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: RT 2007.

TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V4. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.