

JOSÉ ROSA NETO

Doutorando e mestrando em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa; Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública pela Universidade Estácio de Sá; Professor de Direito Penal e Processual Penal da Universidade Cândido Mendes.

RESUMO

A questão da compatibilização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa com a inquisitorialidade do inquérito policial sempre foi tema bastante discutido quando se trata da atuação do advogado nesta fase. Destarte, o objetivo deste artigo é analisar até que ponto as modificações trazidas pela Lei 13.245/2016 influenciou nesta questão.

Palavras-chaves: Investigação preliminar – contraditório e ampla defesa - Lei 13.245/2016– atuação do advogado.

A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL

1. INTRODUÇÃO

O Inquérito Policial é o início de tudo. No modelo jurídico-penal brasileiro ele é um dos principais instrumentos na persecução penal, onde há o poder-dever do Estado de buscar pelos meios legais, a punição de natureza criminal daquele que se coloca contra o mandamento jurídico penal.

Considerado um procedimento administrativo conduzido pela Polícia Judiciária, visa averiguar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria. Segundo Aury Lopes Jr, “não objetiva alcançar a certeza, mas apenas um juízo de probabilidade de existência do delito”. Sendo uma peça de informação de grande valor, o Inquérito Policial embora prescindível, sempre serve de alicerce para a propositura da denúncia pelo Ministério Público. Além do mais, o magistrado pode fundamentar sua decisão valendo-se das provas colhidas na investigação. O que não lhe é permitido é basear-se exclusivamente nesta fase preliminar.

Por ser o inquérito policial considerado um procedimento de natureza inquisitiva, geralmente se considera que os princípios do contraditório e da ampla defesa previstos no artigo 5º, LV, CF/88, não devem estar presentes no decurso da investigação pelo fato de não se tratar de um processo judicial, mas apenas de um procedimento investigatório preliminar em que o investigado nesta fase ainda não é réu.

Entretanto, visando aumentar o acesso do advogado na fase preliminar das investigações, a Lei 13.245/2016, que alterou o artigo 7º do Estatuto da Advocacia, Lei 8.906/1994, surge com o objetivo de garantir a concretização de princípios e valores

constitucionais, ampliando substancialmente as prerrogativas do advogado e, conseqüentemente, assegurando ao investigado uma maior defesa nessa fase preliminar. A partir de então diversas indagações surgiram acerca da aplicabilidade dos princípios constitucionais mencionados, bem como em torno da inquisitorialidade do inquérito policial e maior acesso do advogado na fase preliminar.

Desta feita, é nesse sentido que se desenvolverá este ensaio, que além de abordar os aspectos acima citados, analisará as principais mudanças trazidas pela nova lei.

2. PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDOS PELA LEI 13.245/2016

2.1. Conduções das investigações

Antes das modificações trazidas pela Lei 13.245/2016, a atuação do advogado se limitava apenas as repartições públicas policiais. Hoje, o acesso do advogado não está restrito às repartições policiais, pois, a nova lei modificando o inciso XIV do artigo 7º, estendeu essa prerrogativa a outras repartições públicas. Desta forma, o acesso do advogado alcança, também, as investigações promovidas pelo Ministério Público, nos chamados procedimentos investigatórios criminais (PIC), ou nos inquéritos civis; as Casas Legislativas, nas quais tramitam inquéritos parlamentares; as Receita Federal e Estadual e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras, o COAF.

2.2. Advogado sem procuração

Muito embora a lei preveja o acesso do advogado às investigações criminais sem procuração, o delegado de polícia nessas situações tem o dever de analisar cada caso isoladamente, uma vez que é muito comum numa investigação policial em que existem várias linhas de investigações, serem incluídas pessoas que ao final não serão indiciadas. Nesse contexto, o delegado de polícia visando preservar a intimidade de tais pessoas e garantindo ao mesmo tempo as prerrogativas do causídico, deve certificar-se da constituição deste, entrando em contato com o investigado ou alguém por ele, ainda que por telefone, reduzindo a termo nos autos. Por outro lado, se o advogado estiver na presença do investigado, a relação entre eles estará implícita. (BRENE, 2018).

Não obstante a regra geral da não necessidade de procuração, nos procedimentos sigilosos¹ o mandado torna-se necessário. Destarte, com respeito a tais procedimentos a Lei 13.245/2016, no §10² do artigo 7º, impõe a necessidade de apresentação de procuração para vista dos autos. No que se refere as organizações criminosas, conforme artigo 23 da Lei 12.850/2013, uma vez decretado o sigilo da investigação pela autoridade judicial competente, o advogado só terá acesso aos autos se munido de autorização judicial.

2.3. Advogado da vítima ou testemunha

¹ Decorrente do art. 20 do Código de Processo Penal, art. 234-B do Código Penal, art. 8º da Lei 9296/96, art.17-C da Lei 9.613/98 e art. 23 da Lei 12.850/2013.

²Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV". Lei 13.245. www.planalto.gov.br. [consult. em 15/05/2019].

Questão também relevantíssima é quanto ao acesso e exame dos autos pelo advogado visando partes do procedimento que não o investigado. Dúvidas não persistem quanto ao indiciado. Porém, com relação a vítima e a testemunha entende-se que o advogado não terá acesso e exame de autos investigatório, e isto porque em todas as situações que abordam esse tema, referência é feita apenas as palavras “investigado ou indiciado” ou ainda a expressão “defesa técnica”, o que sugere a exclusão daqueles. (BRENE, 2018). Seguem adiante algumas situações que reforçam esse entendimento.

- a) O Estatuto da Advocacia assegura aos advogados, examinar os autos, sempre em benefício de seu constituinte, e possui, como objetivo específico, viabilizar, quanto a este, o direito de conhecer os elementos probatórios já formalmente produzidos no âmbito da investigação para que se possibilite a “defesa técnica”.
- b) A Súmula Vinculante 14 ressalta o direito do defensor se referido ao “direito de defesa”.
- c) O informativo de jurisprudência nº 662 do STF³, analisando o desrespeito ao enunciado constante da Súmula Vinculante nº 14 diante da oponibilidade ao advogado constituído pelo indiciado durante a persecução penal, por várias vezes se refere ao investigado, a palavra “indiciado” ou “a pessoa contra quem se instaurou a persecução penal”.
- d) Os julgados do STF nos pronunciamentos sobre o tema, reforça que as garantias durante a persecução criminal na fase policial são do “indiciado/investigado” [...] ⁴.
- e) Por fim, sedimentando o assunto, o STF já se posicionou conforme entendimento da Relatora, Ministra Ellen Gracie, que assim aduziu: “verifico, portanto, não haver, nos autos da presente reclamação, substrato fático ou jurídico capaz de atrair a incidência do enunciado da Súmula Vinculante 14, visto que o reclamante não figura como investigado, indiciado ou, ainda, representado” ⁵.

2.4. Retirada dos autos

No que se refere a retirada dos autos da delegacia entendemos pela sua impossibilidade, uma vez que não há previsão legal. Ademais a Resolução 58/2009 do Conselho da Justiça Federal, que versa sobre o tema no art. 9º, §4º, proíbe expressamente tal prática.

Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal,

“A ausência de previsão legal, no que tange à retirada dos autos de inquérito de cartório, visa não obstar o regular prosseguimento do feito, além de resguardar a eficácia das investigações até então realizadas. Assim, defiro parcialmente o pedido (...), para que o advogado constituído pelo investigado examine os autos de inquérito e, caso entenda necessário,

³ Informativo de jurisprudência do STF nº. 662, Reclamação 12810 MC/BA, Relator Celso de Melo – 16-20 de abr/2012.

⁴ RTJ168/896-897, Rel. Min. Celso de Melo.

⁵ STF – Rcl 9.789 – Rel. Min. Ellen Gracie – Dj 18/08/2010.

*requeira extração de cópias ou tome apontamentos, sem, contudo, retirá-lo de cartório”.*⁶

*“O que se veda, tendo em vista a própria natureza célere e inquisitiva dos procedimentos de investigação criminal, é a retirada dos respectivos autos, o que poderia ocasionar procrastinação e riscos desnecessários a prejudicar a sociedade e o próprio investigado”.*⁷

2.5. Diligências em andamento

É importante que se tenha sempre em mente que a lei ao permitir acesso dos advogados às diligências em andamento se referiu às provas já documentadas e incorporadas aos autos, visando o não comprometimento das diligências. Obviamente não faria nenhum sentido que o investigado tivesse conhecimento, por exemplo, de uma interceptação telefônica que se encontrasse em andamento. É justamente em razão disso que as medidas cautelares tais como, prisão temporária, prisão preventiva, busca e apreensão, interceptação telefônica, quando representadas em juízo pela autoridade policial são distribuídas em autos apartados. Desta forma, tão logo as diligências sejam concluídas, o resultado obtido deve se apensado aos autos para que na fase processual o advogado possa ter acesso.

De acordo com a jurisprudência do STF,

*“o enunciado sumular vinculante 14 foi firmado para assegurar ao defensor legalmente constituído ‘o direito de pleno acesso ao inquérito (parlamentar, policial ou administrativo), mesmo que sujeito a regime de sigilo (sempre excepcional), desde que se trate de provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, “excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentados no próprio inquérito ou processo judicial” (HC 93.767, Rel. Min. Celso de Mello, segunda Turma DJe de 01.04.2014)”.*⁸

O tema foi abarcado pela Lei nº 13.245, de 2016, incluindo o §11 ao art. 7º da Lei 8.906/94, o qual diz que a autoridade poderá opor limites as “diligências em andamento e ainda não documentadas nos autos”. Disposição semelhante a sumula 14 do STF.

3. A INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

A Lei 13.245/2016 acrescentou o inciso XXI ao art. 7º da Lei 8.906/94, sendo direito do advogado assistir a seus clientes sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório

⁶ STF – Inq. 2237/TO – Rel. Min. Cezar Peluso – julgamento: 06/10/2005 – Dj 14/10/2005.

⁷ CNJ – PCA – Procedimento de Controle Administrativo – Proc. 0000191 – 21 – 2013.2.00.0000 – RA – Recurso Administrativo – Rel. Min. Gilberto Martins – julg. 23/09/2013 – Publicado no Dj eletrônico nº. 216/2013, disponibilizado em 14/11/2013.

⁸ STF – Segunda Turma – Rcl 19550 AgR/PR – Rel. Min. Teori Zavascki – Julgamento: 24/03/2015 – Public. 15/04/2015.

ou depoimento e demais atos diretos ou indiretos ou derivados destes, podendo apresentar razões e quesitos. Desta forma há quem defenda que este dispositivo instaurou a ampla defesa e um contraditório mitigado na fase preliminar de investigação.

Por outro lado a maioria da doutrina defende que não há incidência do contraditório e da ampla defesa na fase preliminar, visto que a Constituição Federal ao tratar desses institutos, especifica sua ocorrência em processos administrativos e judiciais, não sendo possível se aplicar ao inquérito policial que é um procedimento administrativo e, portanto, ainda não estar judicializado, admitindo-se apenas que o contraditório será diferido.

É importante observarmos que, não obstante as modificações trazidas pela nova lei proporcionando ao advogado uma maior efetivação do seu direito de prestar assistência ao investigado, o citado dispositivo não tem o intuito de tornar obrigatória a presença do advogado durante as investigações, sendo essa assessoria ao cliente é um direito do advogado que pode ou não se exercido por ele na fase preliminar. Destarte, se o investigado não o constituiu, não haverá óbice algum a sua oitiva sem a presença do advogado.

Noutro giro, se houver óbice a atuação do advogado legalmente constituído a solução será bem diferente. Assim, em apreço a teoria dos frutos da árvore envenenada, o legislador no inciso XXI da lei em comento trouxe efeito semelhante ao da prova ilícita, de maneira que se no decorrer da investigação alguma prova for considerada ilícita, a produzida em juízo decorrente dela também deverá ser considerada ilícita. É a denominada prova ilícita por derivação há tempos repelidas pela doutrina e jurisprudência.

A Lei ainda prevê que constitui crime de abuso de autoridade (art. 7º, §12), a inobservância dos direitos estabelecidos no inciso XIV. Sobre o tema o STJ⁹ já se posicionou no HC, tornando nula a confissão do investigado sem a presença de um advogado.

Não obstante as prerrogativas trazidas pela nova lei, não se pode olvidar que conforme artigo 188 do Código de Processo Penal a condução do ato deve ser feita pela autoridade policial, que ao final pode admitir perguntas pertinentes e relevantes.

4. PRERROGATIVAS DO ADVOGADO FRENTE A NOVA LEI

Já é do nosso conhecimento que a Lei 13.245/2016 promoveu alterações significativas no Estatuto da Advocacia, embora a jurisprudência já norteasse o caminho a ser trilhado pelo Delegado de Polícia quando instituiu a Súmula Vinculante 14 do STF. A questão central das alterações se refere ao legítimo direito e prerrogativa do advogado de examinar os autos durante investigações, acompanhar efetivamente o investigado, além de formular requerimentos e apresentar razões, o que sem dúvida ocasionou um aumento substancial de sua atuação na fase preliminar da investigação.

⁹ (STJ – HC: 215335 MS 2011/0186217-9, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, data do julgamento: 11/03/2014, T6 – sexta turma, data da publicação: DJe 02/04/2014.

Frise-se, entretanto, que o advogado participará da oitiva do seu cliente a partir do seu indiciamento, que é quando começa o interrogatório. Assim, é interessante ter em mente que a atuação do advogado não começa necessariamente desde o início das investigações, vale dizer, do início da formalização do procedimento apuratório, pois se assim desejasse o legislador, faria menção no inciso XXI da referida lei que a nulidade absoluta¹⁰ não seria apenas da oitiva do investigado em diante, mas de todos os atos realizados.

Ressalta-se, conforme referido na alínea 'a' do inciso XXI, que o advogado possui a prerrogativa de apresentar razões, podendo através de apontamento de outros elementos de prova, levar o delegado de polícia ao desindiciamento, levando-o a externar juízo de valor em seu relatório final, por meio de análise técnico-jurídica¹¹; pois, o desindiciamento, ao contrário do indiciamento, não é ato exclusivo da autoridade policial, podendo ser efetuado por ordem judicial via habeas corpus.

5. CONSIDERAÇÃO FINAIS

Como foi observado, a lei 13.245/2016 trouxe muitas modificações no que se refere a atuação do advogado no procedimento criminal, aumentando substancialmente suas prerrogativas. Agora ele não está mais restrita às repartições policiais, o instrumento procuratório deixou de ser imprescindível, ele pode ter acesso até aos autos sigilosos e os que tratem de organizações criminosas, dentre outras prerrogativas.

No que se refere a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a maioria da doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores¹² entendem que eles não se aplicam no inquérito policial, visto que a Constituição Federal especifica sua ocorrência em processos administrativos e judiciais. Entretanto, há que defenda que eles são aplicáveis durante a fase pre-processual, contudo, de forma bastante mitigada.

Por fim, não obstante a Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, da Lei 13.245/2016, da decisão do STJ supra e alguns estudiosos do tema, que sustentam hoje na investigação preliminar a ampla defesa e o contraditório mitigados, para os Tribunais e para a doutrina majoritária não existe tais aplicabilidade no inquérito policial. Entrementes, ainda que se trata de fase inquisitorial, devem ser observados, mesmo de forma relativamente sutil, os princípios constitucionais do contraditórios e da ampla defesa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Delegado deve efetivar a garantia de defesa na investigação criminal*. Conjur, ago. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015.ago.25>. Acesso em 19 mai 2019.

¹⁰ Inc. XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento [...]: a) apresentar razões e quesitos. Art. 7º da Lei 13.245/2016.

¹¹ Art. 2º, §6º da Lei 12.830/2013

¹² STF, HC 69.372, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 07/05/1993; STJ, HC 259.930, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJ 14/05/2013.

2. BRASIL. *Constituição da República do Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao-compilado.htm> Acesso em mai 2019.
3. BRASIL. *Lei 13.245/2016*. Disponível em :<https://www.planalto.gov.br/_Ato2015-2018> Acesso em mai 2019.
4. BRENE, Cleyson. *Manual de processo penal para polícia – teoria e prática*. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
5. CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Inquérito Policial é indispensável na persecução penal*. Revista Consultor Jurídico, dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-01/inquerito-poliicial-indispensavel-persecucao-penal>. Acesso em:19 mai 2019.
6. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo legal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 163.
7. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
8. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Vol I. 2ª ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2012.
9. LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.
10. SANCHES, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte especial – volume único (arts. 121 ao 361)*. 4º ed., Salvador: juspodivm, 2012.
11. Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.
12. TALON, Evinis. *A importância da Atuação do Advogado durante o Inquérito Policial*. Evistalon.com, 15 dez 2017. Disponível em: <http://evinistalon.com/importancia-da-atuacao-do-advogado-durante-o-inquerito-policial/> ; Acesso: 06 mai 2019.