

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

SKARLETT VILELLA DE ANDRADE

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DA LEI N°
13245/2016**

Juiz de Fora

2017

SKARLETT VILELLA DE ANDRADE

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DA LEI N°
13245/2016**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Prof.^a Ma. Kelvia de Oliveira Toledo.

Juiz de Fora

2017

SKARLETT VILELLA DE ANDRADE

**UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INQUÉRITO POLICIAL À LUZ DA LEI N°
13245/2016**

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Kelvia de Oliveira Toledo
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER: () APROVADO () REPROVADO

Juiz de Fora, 23 de junho de 2017.

“O inquérito policial brasileiro é um bom exemplo de sistema de investigação preliminar policial, inclusive porque reflete os graves problemas e desvantagens do sistema, a tal ponto que se pode falar em crise do inquérito policial e na urgente necessidade de modificações.”

(LOPES JÚNIOR, AURY.
Investigação preliminar no Processo Penal)

RESUMO

O presente trabalho revela a natureza jurídica do inquérito policial à luz da Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016. Analisar-se-á, em um primeiro momento, os preceitos intrínsecos à supracitada norma, a fim de se compreender o sistema processual adotado no inquérito policial, porquanto este se configura em um procedimento administrativo de caráter inquisitivo e cunho investigatório, cujo intuito é proporcionar a existência de suporte fático para a propositura de ação penal através da apuração, pela polícia judiciária, de infrações penais (autoria e materialidade). Para tanto, num segundo momento, demonstrar-se-á quais são as peculiaridades apresentadas nos sistemas acusatório e inquisitório, delineando, na oportunidade, como o inquérito está previsto e quais as novidades e implicações trazidas pela lei do instituto em análise. Nessa perspectiva, esta pesquisa tem como enfoque precípua problematizar o sistema processual adotado, e, subsidiariamente, questionar a participação do advogado no inquérito policial e a aparente amplitude do princípio do contraditório.

Palavras-chave: Sistemas processuais. Lei 13.245/2016. Inquérito policial.

ABSTRACT

This article deals with the legal nature of the police investigation in light of Law 13.245, dated January 12, 2016. It will be analyzed, at a first moment, the precepts intrinsic to the aforementioned norm, in order to understand the procedural system adopted In the police investigation, since this is an administrative procedure of an inquisitive character and investigative character, whose purpose is to provide the existence of factual support for the prosecution of criminal proceeding through the investigation by criminal police of criminal offenses (authorship and materiality). In order to do so, in a second moment, it will be demonstrated what are the peculiarities presented in the accusatory and inquisitorial systems, outlining, in the opportunity, how the investigation is foreseen and what the novelties and implications brought by the law of the institute in analysis. From this perspective, this research has as its main focus the problem of the procedural system adopted, and, in the alternative, question the lawyer's participation in the police investigation and the apparent extent of the contradictory principle.

Keywords: Procedural systems. Law 13.245 / 2016. Police investigation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	8
1.1 Inquisitório.....	8
1.2 Acusatório.....	11
1.3 Misto.....	15
2 A CRISE DO INQUÉRITO POLICIAL.....	17
2.1 Conceito e Natureza Jurídica.....	21
2.2 O contraditório e a ampla defesa.....	24
2.3 As garantias Constitucionais.....	26
3 A LEI 13245/16 E SUA INTERFERÊNCIA NO INQUÉRITO POLICIAL.....	31
3.1 As novidades trazida ao Estatuto da OAB.....	31
3.1.1 Participação do advogado no inquérito Policial.....	32
3.2 O Sistema continua sendo Inquisitório?.....	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa, primordialmente, identificar qual sistema processual será adotado no inquérito policial brasileiro, tendo em vista o advento da Lei 13.245/2016. Para tanto, o objeto de estudo compreenderá as características dos sistemas acusatório e inquisitório, assim como a finalidade do instituto.

Outrossim, este artigo compõe-se de três capítulos. O primeiro tem por objetivo demonstrar os sistemas processuais penais, descrevendo as características de cada um. Posteriormente, apontar-se-á o sistema adotado pela Constituição Federal Brasileira de 1988, corolário do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo, por sua vez, destina-se a evidenciar as peculiaridades presentes no inquérito policial, além de se trabalhar os princípios do contraditório, da ampla defesa e as garantias constitucionais que devem ser observadas.

Além disso, buscar-se-á analisar, num terceiro momento, a crise do inquérito policial, iniciada no ano de 1924, caracterizada pela opinião favorável à redução da atuação policial e controle externo e investigação direta pelo Ministério Público. Ademais, mostrar-se-á a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para promover investigação criminal.

Adiantamos, desde logo, que o grande problema do inquérito policial é o poder discricionário que a autoridade policial possui para conduzir seus atos e a demora na investigação. Logo, o sistema de investigação preliminar viola direitos fundamentais, uma vez que o suspeito já é julgado como culpado antes de ocorrer uma devida investigação. Ademais, antes da criação da lei em estudo, os advogados não tinham uma prerrogativa de assistir seus clientes e acessar os autos de investigação de outra natureza, podendo somente acessar autos da investigação policial já documentados, conforme a súmula 14 do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, o último capítulo se dedicará à análise da Lei 13.245/2016 e as mudanças trazidas pela mesma ao inquérito policial e ao Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, especialmente quanto à participação dos advogados, porquanto esta modificou a redação do artigo 7º, XIV e incluiu o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12 ao Estatuto da OAB, regulamentando a participação do advogado em investigação de qualquer natureza e ampliando, por consequência, a participação do mesmo.

1- OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Inicialmente, cabe-nos esclarecer acerca da compreensão dos sistemas processuais penais, os quais, em sua essência, são caracterizados pelo produto de manifestações históricas que levam à construção de diretrizes de um ordenamento jurídico, em conformidade com o momento político de cada Estado. Conforme leciona Aury Loper Jr¹:

“A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária. Goldschmidt, por seu turno, afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição.”

Destaca-se que a classificação dos sistemas processuais não deve ser encarada como categórica, visto que, diversos são os doutrinadores que se debruçam sobre o tema e delineiam compreensões vastas acerca da dita classificação.

Feitas essas considerações iniciais, passar-se-á, adiante, à análise das características dos sistemas processuais penais, classificados essencialmente em sistema acusatório, inquisitório e misto.

1.1 Inquisitório

O sistema inquisitório, consoante esclarece Sarah Hassan Khaled Jr², remete-se à um sistema que não possuía relação com a criminalidade, mas sim com a igreja. Aduz a autora que a inquisição tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas que giravam em torno da ideologia oferecida pela religião. Assim, o juiz inquisidor fazia com que o acusado falasse a verdade por meio de coação, não existindo o direito de inocência, sendo a confissão entendida como prova máxima para alcançar a verdade absoluta.

Assim, o modelo Processual da Inquisição afastava a cognição e critérios objetivos em prol da verdade. Em outras palavras, a verdade não era colocada no processo, não havia uma discussão, contraditório e ampla defesa, mas somente uma busca pela verdade absoluta que era alcançada através do juiz inquisidor por meio da tortura.

¹LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

²KHALED JR, Salah Hassan. *O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?* Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjI2fjGsNHTAhUEkJAKHRM9B1MQFggpMAA&url=http%3A%2F%2Frevistaseletronicas.pucrs.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fcivitas%2Farticle%2Fdownload%2F6513%2F5607&usg=AFQjCNFOqNomB9E4W-7_8aij3rHzTFUyFA>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

Nas lições de Miguel Tedesco Wedy e Raul Marques Linhares, uma das características que o sistema inquisitório tinha na época da inquisição era a possibilidade de ser ele indiciado e impulsionado de ofício pelo julgador sem a necessidade de ter um acusador distinto do juiz. Portanto, o inquisidor exercia as funções de acusador e juiz nesse processo. Assim, “o inquisidor, como se constata, era munido de todos os instrumentos necessários para trabalhar o acusado como desejava e todo o desenvolvimento processual era pautado pela comprovação da culpa³”.

Neste sentido, o sistema inquisitório tem como ideia atribuir a uma única pessoa, o juiz inquisidor, as funções de acusar, defender e julgar. Como consequência, não existindo um juiz imparcial, uma única pessoa é detentora da prova⁴ e da decisão. Este é o entendimento de Aury Lopes Jr⁵:

“É da essência do sistema acusatório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuições de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. **Não existe imparcialidade**, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu”. (grifo nosso)

Renato Brasileiro de Lima⁶ comenta essa concentração de poder na mão de uma única pessoa:

“Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Em virtude dessa concentração de poderes nas mãos do juiz, não há falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa.”(grifo nosso)

Ainda segundo Renato Brasileiro⁷, o juiz inquisidor no sistema inquisitório possui ampla iniciativa probatória, podendo determinar de ofício a colheita de provas, tanto na fase

³WEDY, Miguel Tedesco Wedy; LINHARES, Raul Marques. *Processo penal e história: a origem dos sistemas processuais -penais acusatório e inquisitivo*. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/primapdf.asp?codigoMidia=82916&iIndexSrv=1&nomeArquivo=81322.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2017.

⁴Segundo Aury Lopes (*Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 376), a valoração das provas no sistema inquisitório: “No sistema legal de provas o legislador previa *a priori*, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas). Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso. A confissão era considerada uma prova absoluta, uma só testemunha não tinha valor etc. Saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso”.

⁵LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42

⁶BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador.: Juspodivm,2016, p.38.

de investigação e no curso do processo penal, independente da iniciativa das partes. Desta forma, a gestão das provas ficava concentrada nas mãos do juiz inquisidor, não existindo participação das partes. Por conseguinte, havia ausência dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da imparcialidade.

Nessa esteira, atente-se à citação sábia de Leonardo Augusto Marinho Marques⁸, afirmando que o sistema inquisitório adota o princípio inquisitório:

“O princípio inquisitório inspira-se na ideologia da defesa social e instrumentaliza a gestão centralizada de poder. Monopolizando toda informação relevante, o princípio prima pelo poder concentrado e sem controle, voltado para a realização do Direito Penal. **Ele molda o método inquisitivo** a partir de uma investigação secreta da verdade, na qual o Juiz investigador detém a gestão da prova e o poder de demonstrar a culpa antecipadamente. Dotado de elevado grau de racionalidade, **o princípio inquisitório promove a descontinuidade entre a instrução e o julgamento e concentra na pessoa do Juiz inquisidor todo o conhecimento adquirido na investigação. Acumulando as funções acusatória, defensiva e judicante, em um procedimento sem partes, ele constrói sozinho, e em segredo, todo o saber que mais tarde será enunciado como verdade real”**.(grifo nosso)

O entendimento afirmado por Renato Brasileiro⁹ corrobora a mesma visão. O autor afirma as características essenciais do sistema inquisitório:

“Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.”(grifo nosso)

Portanto, a característica fundamental para configurar o sistema inquisitorial é a concentração de poderes em uma única pessoa. Destarte, o sistema inquisitorial é um sistema secreto que tem como corolário o princípio inquisitório, que busca a verdade real através da atividade probatória, conseqüentemente, o acusador é um mero objeto do processo, não possuindo direitos e deveres.

⁷BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador.: Juspodivm,2016, p.39.

⁸MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório*. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=66135&iIndexSrv=1&nome Arquivo=4_6851.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

⁹BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm,2016, p.39.

1.2 Acusatório

No sistema acusatório, as funções de julgar, acusar e defender são atribuídas a diferentes pessoas, não existindo uma concentração de poder em um único indivíduo como acontece no sistema inquisitorial. A observação feita pela professora Ada Pellegrini Grinover¹⁰ destaca as diferenças entre o sistema acusatório e inquisitório:

“A ambiguidade e indeterminação do binômio acusatório-inquisitório são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que se distingue, sinteticamente, o modelo acusatório do inquisitório. **No primeiro as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos**, enquanto **no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente**. É só no processo acusatório que o juízo penal é o *actum trium personarum*, de que falava Búlgaro, enquanto no processo inquisitório a investigação unilateral a tudo se antepõe, tanto que dele disse Alcalá-Zamora não se tratar de processo genuíno, mas sim de forma autodefensiva da admiração da justiça. Onde aparece o sistema inquisitório poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas nunca verdadeiro processo”.(grifo nosso)

Nesta senda, Ada Pellegrini¹¹, expõe, sobretudo, que o sistema acusatório tem três corolários, senão vejamos:

O primeiro refere-se aos elementos probatórios que são colhidos na fase pré-processual, na investigação. Estes servem somente para formar a opinião do acusador, não podendo no processo ser valoradas como provas, exceto quando tratar-se de prova antecipada, que será submetido ao arcabouço do contraditório ou de prova cautelar de urgência; o segundo corolário descreve que o órgão judiciário é inerte, somente pode ser exercida a jurisdição por órgão diverso do juiz. Por fim, o terceiro é que todo processo deve se basear em um contraditório pleno e no princípio do juiz natural.

Importante frisar que, não obstante, no sistema acusatório, o poder de gestão permaneça sob o crivo das partes, existem alguns artigos no CPP¹² que se baseiam no sistema inquisitório, permitindo ao juiz que este desenvolva a iniciativa probatória. Neste sentido, o

¹⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp> códigoMidia=39226&iIndexSrv=1&nomeArquivo=25477.pdf>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

¹¹Idem.

¹²Correlata Aury lopes (*Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 64), “Centraremos na problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios cujo núcleo está não só no famigerado art. 156 do CPP, mas também na possibilidade de o juiz, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (o que representa o mesmo que poder decretar a prisão de ofício...), art. 310 do CPP; determinar o sequestro de bens, art. 127 do CPP; decretar a busca e apreensão, art. 242 do CPP; ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes, art. 209 do CPP; condenar ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição (art. 385); etc.”

artigo 157 do referido diploma processual prevê o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o qual, conforme Regina Lúcia¹³, “é apresentado pela doutrina e pela lei como a liberdade dada ao julgador para atribuir carga valorativa a cada elemento de prova apresentado no processo, de forma a considerar o conjunto probatório.”

Portanto, mesmo que o sistema seja predominantemente acusatório, há, ainda que de forma velada, a presença de características inquisitoriais. Outro não é o entendimento, senão aquele interpretado por Aury Lopes¹⁴, senão vejamos:

“Em definitivo, o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle. Não se pode pactuar com o decisionismo de um juiz que julgue “conforme a sua consciência”, dizendo “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (STRECK). Não se nega a subjetividade, por elementar, mas o juiz deve julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional.”

Na mesma linha, assevera Ada Pellegrini¹⁵ que o juiz deve assumir um papel mais ativo na produção das provas, porquanto, em razão de sua imparcialidade e livre convencimento, poderá verificar se as provas trazidas são suficientes ao processo. Assim, quanto maior a iniciativa probatória do juiz, maior a possibilidade de se atingir a verdade, não que ela seja o objetivo do processo e que o juiz só deva proferir uma decisão quando encontrá-la, mas no sentido de que o que se busca é a efetividade e justiça do pronunciamento. Nesse sentido, Ada Pellegrini¹⁶ esclarece:

“A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimento do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida pro sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta.”

¹³MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Inquisitorialidade no processo judicial brasileiro contemporâneo*. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=652_04&iIndexSrv=&nomeArquivo=45079.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

¹⁴LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 378.

¹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=39226&iIndexSrv=1&nomeArquivo=25477.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

¹⁶Idem.

Consequentemente entende Pellegrini¹⁷ que a iniciativa do juiz na fase instrutória não é ilimitada, apresentando três requisitos: 1) *a observância no contraditório*; 2) *obrigatoriedade de motivação*; e 3) *os limites impostos pela licitude e legitimidade das provas*.

Quanto ao contraditório¹⁸, este se configura pela participação das partes e do juiz na atividade probatória, como condição de validade das provas. Assim, se sua produção não foi observada à luz deste princípio, não há que se falar em provas.

Segundo Aury Lopes¹⁹:

“Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença.

[...]

Assim o contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra, não pode haver segredo (antítese) para a defesa, sob pena de violação ao contraditório.”

Já com relação à segunda limitação da atividade instrutória do juiz, esta se refere ao fato de que o pronunciamento deve ser devidamente motivado e fundamentado, mais conhecida como a motivação das decisões judiciais. Adverte-se que seja no momento de valorar uma prova ou requerê-la, a decisão sempre deve ser fundamentada, para não ocasionar invalidade da mesma.

Por fim, as provas devem ser lícitas e legítimas, não podendo ser acolhidas/produzir/determinar com violação às normas ou valores constitucionais.

Sanada essa questão, verifica-se que a doutrina estabelece que o sistema acusatório possui como corolário o princípio acusatório. Nas palavras de Leonardo Augusto²⁰, este

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=39226&iIndexSrv=1&nomeArquivo=25477.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

¹⁸O contraditório na perspectiva de Ada Pellegrini Grinover é “a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas as produzidas pelas partes e as determinadas ex officio pelo juiz ao contraditório.” (*A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=39226&iIndexSrv=1&nomeArquivo=25477.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2017).

¹⁹LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 371

²⁰MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório*. Disponível em:

institui a “descentralização de poder”, ou seja, um poder compartilhado e controlado, focado a tutelar os direitos fundamentais. Percebe-se assim que a função acusatória e defensiva fica nas mãos das partes, e a função de julgar a cargo do juiz, proporcionando a imparcialidade.

Desta forma, tendo o juiz imparcial²¹ atribuição de guardar direitos e liberdades fundamentais, o acusado não é tratado como mero objeto do processo, como se observa no sistema inquisitório, mas sim como detentor de direitos, garantias e gestor das provas.

Neste sentido, lecionam Giovana Palmieri Buonicore e Liziane dos Santos²², destacando as características marcantes do modelo acusatório adotado por Salo de Carvalho:

“A característica principal do modelo acusatório é a concepção do juiz como sujeito passivo tanto no que concerne à iniciativa da ação quanto à gestão da prova, estando rigidamente separados das partes, principalmente do órgão acusador. Neste juízo oral e público, a decisão cabe ao juiz segundo seu livre convencimento, sendo impossível, pois, qualquer manifestação para instauração do processo e investigação ex officio. A separação entre o juiz e a acusação é o mais importante de todos os elementos do modelo acusatório”. (grifo nosso)

Dito isso, vemos que o sistema acusatório caracteriza-se por ser uma disputa entre duas partes em paridade de armas²³, entre a acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro imparcial, o juiz.

Nessa toada, o sistema acusatório consegue alcançar a paridades de armas, que segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar²⁴, significa o tratamento isonômico das partes no decorrer do processo, com base no art. 5, caput, da Constituição Federal. Assim, “a paridade de armas impõe um plus, consistente no poder do acusado atuar com os mesmos

<<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=66135&iIndexSrv=1&nome Arquivo=4 6851.pdf>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

²¹Na perspectiva de Aury Lopes Jr (*Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62), “Já a *parcialidade* significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador. A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de *terzietà*, um *estar alheio* aos interesses das partes na causa, ou, na síntese de JACINTO COUTINHO, *não significa que ele está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas.*”

²²BUONICORE, Giovana Palmieri; DOS SANTOS, Liziane. *Breve análise acerca dos sistemas processuais penais: em busca de um sistema democrático*. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=76667&iIndexSrv=1&nomeArquivo=62807.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

²³Fredie Didier Jr.(Curso de Direito Processual Civil. 16.ed.Salvador:Juspodivm, 2014,p.67) comenta que a paridade de armas, “os sujeitos processuais devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta.”

²⁴TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 11ed. Salvador: Editora Podivm, 2016, p.74

instrumentos garantidos à acusação.” Com brilhantismo que lhe é peculiar Luiz Guilherme Marinoni²⁵ assevera:

“Como observa Mario Chiavario, essa paridade de armas não implica identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo nem necessariamente uma simetria perfeita de direitos e de obrigações. O que Conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma delas.”

1.3 Misto

O sistema inquisitório de acordo com Aury Lopes²⁶, dominou-se até finais do século XVII e início do século XIX. Com a Revolução Francesa, as características do modelo inquisitório foram aos poucos desaparecendo e, com a adoção dos *Júris Populares*, deu-se início à transição para o sistema misto. Nessa toada, Vinicius Gomes de Vasconcellos²⁷ comenta que “a suposta superação de tal sistema se deu a partir do surgimento do código de Processo Penal Francês de 1808, que inaugurou o intitulado modelo misto. Trata-se do Código Napoleônico, que se traduzia numa mescla entre os sistemas inquisitório e acusatório”.

Trata-se referido sistema da fusão dos sistemas acusatório e inquisitório. Segundo Renato Brasileiro²⁸, existiriam duas fases: A primeira é inquisitória e acontece no inquérito policial, na fase pré-processual, com o objetivo de apurar a materialidade e autoria dos fatos delituosos. Já a segunda fase, processual, segue o sistema acusatório e perpassa pela ampla defesa, contraditório, imparcialidade e a separação das funções de acusar, defender e julgar.

Sobreleva ressaltar a crítica produzida por Aury Lopes Jr²⁹, o qual aduz que, admitir um sistema processual misto é dizer quase nada sobre ele. Então, para o autor, o processo penal é essencialmente inquisitório ou neoinquisitório, pois a fase processual e a gestão da prova está nas mãos do juiz.

A Constituição de 1988 prevê de maneira expressa o sistema processual acusatório por assegurar o contraditório (art 5º, LV, CF), a ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII, CF), a

²⁵MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Curso de Processo Civil Teoria Geral do Processo*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.446.

²⁶LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 42.

²⁷VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Sistemas processuais penais: as contribuições das visões histórica e de direito comparado para o desvelamento da essência acusatória*. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=83748&iIndexSrv=1&nomeArquivo =82389.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2017.

²⁸BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.41

²⁹LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

imparcialidade do juiz (art. 5º, XXXVII e LIII, CF), e a separação das funções de acusar, defender e julgar (art 129, I, CF).

E corrobora o doutrinador Aury Lopes Júnior³⁰:

“Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como o art.156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória”.(grifo nosso)

Nessa sequência, Fernando Capez³¹ aduz que o sistema vigente é o acusatório:

“O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º,LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). É o sistema vigente entre nós.”

Entretanto, outros doutrinadores entendem que o sistema é inquisitório, como por exemplo, Regina Lúcia Teixeira Mendes³², destacando que a Carta Magna classifica como um sistema processual acusatório, mas que os poderes probatórios do juiz convertem para uma ideia de sistema processual inquisitório.

“Assim ainda que a Constituição de 1988 e parte da doutrina classifiquem o sistema processual brasileiro como um sistema acusatório pelo fato de as funções de acusação e julgamento estarem entregues a órgãos diferentes para garantir a imparcialidade do juiz, os poderes probatórios do juiz dão ao sistema brasileiro cores inquisitoriais bastante fortes tanto no âmbito do processo penal como no âmbito do processo civil”.

Há, ainda, doutrinadores, como Guilherme de Souza Nucci, que considera o Sistema Penal Brasileiro como misto³³:

³⁰LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

³¹CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2012,p.85

³²MENDES, Regina Lúcia Teixeira. *Inquisitorialidade no processo judicial brasileiro contemporâneo*. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=65204&iIndexSrv=1&nomeArquivo=45079.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

³³NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*.13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.71.

“O sistema adotado no Brasil é o misto. Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal. De outra parte, encontram-se na Constituição as normas prevendo a existência da polícia judiciária, encarregada da investigação criminal. Para essa fase, por óbvio, os postulados acusatórios não se aplicam.

Aqueles que sustentam a existência exclusiva do sistema acusatório, somente porque a Constituição apresenta princípios processuais penais pertinentes ao referido sistema, esbarram em patente equívoco. A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde.

Ao contrário, se a Constituição fosse a fonte exclusiva das regras processuais, nem mesmo de Código e outras leis precisariam os operadores do Direito.

Por tal motivo, já tivemos a oportunidade de dizer que, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, em particular, elegendo determinados incisos do art. 5.º, poder-se-ia dizer que o sistema de persecução penal brasileiro é o acusatório puro, algo distante da realidade.

Entretanto, não é assim que se constrói um autêntico sistema persecutório. Ele é constituído pela junção dos princípios constitucionais de processo penal associado às normas instituídas em legislação ordinária.

Não há como negar o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP), resultando, legitimamente, no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida, trata-se de um sistema complexo, pois é o resultado de um Código, cuja alma, em seu nascedouro, possuía forte natureza inquisitiva, depois iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório.”

Diante de todo o exposto, conclui-se que não há um sistema predominantemente inquisitório ou acusatório, mas um sistema em que a fase do inquérito policial é baseada no método inquisitório e a fase do processo penal no método acusatório.

2- A CRISE DO INQUÉRITO POLICIAL

Na perspectiva do jurista Aury Lopes Jr.³⁴, a insatisfação com o inquérito se iniciou em 1924, quando o presidente da comissão redatora do anteprojeto que se converteu no Código de Processo Penal para o Distrito Federal, “informava da preocupação com acerca da fase preliminar e da necessidade de restringir as funções da polícia aos seus verdadeiros fins: a vigilância, a prevenção, a manutenção pela ordem e o auxílio à justiça.”

Segundo Aury Lopes Jr.:³⁵

Já naquela época, preponderava a opinião favorável a reduzir ao mínimo a atuação da polícia, acentuando-se bem expressamente a intenção de estimular o Ministério Público a intervir, desde os primeiros momentos, na marcha das pesquisas policiais, atendendo-se a que devem os atos da polícia, sem efeito judiciário, servir apenas para o esclarecimento do representante da Justiça pública.

³⁴LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 399.

³⁵Idem, p.399.

Além disso, essa crítica produzida pela opinião favorável ainda encontra-se aplicável ao nosso sistema.

Ressalte-se que em 1941, o novo Código Penal mantinha o inquérito policial como processo preliminar, suprimindo a ideia explanada pela comissão composta por Bento Faria, Plínio Casado e Gama Cerqueira de que deveria ser criado um sistema de instrução preliminar judicial.

Em sua visão, Aury³⁶ avalia que o Brasil não teria capacidade de suportar um sistema de instrução preliminar judicial, uma vez que os problemas causados pelo juiz instrutor seriam ainda maiores de erro do que aqueles presentes no sistema preliminar atual. Por esse motivo, não teríamos um sistema acusatório com a característica da separação das funções, mas um sistema totalmente inquisitório que o próprio juiz teria as funções de instruir, acusar e julgar.

Em apertada síntese, “o sistema de investigação preliminar judicial encerra graves problemas (como apontamos anteriormente) e está tão superado quanto o inquérito policial. Por isso, o modelo de juiz instrutor não era (em 1941) e continua não sendo uma boa opção para o Brasil.³⁷”

Dessa sorte, tem-se dois modelos para aplicação: o juiz instrutor e o promotor investigado.

Como já apontado acima, o juiz instrutor não nos parece a melhor opção, tendo em vista que uma mesma pessoa irá julgar, valorar as provas e verificar a sua legalidade. Assim, Aury³⁸ defende que a melhor alternativa para acabar com a crise do inquérito Policial, é a investigação preliminar a cargo do Ministério Público (o promotor investigador).

No sistema atual, o Ministério Público (MP) serve como assistente para a polícia no inquérito. Conforme o artigo 16 do CPP, o MP pode requerer diligências, senão vejamos o que Aury³⁹ aduz sobre a atuação:

“No Brasil, o Ministério Público pode participar do inquérito policial conduzido pela polícia judiciária, como um assistente contingente, acompanhando a atividade. Ademais, poderá requerer a instauração, acompanhar e requisitar diligências no curso de um inquérito policial. Mas isso é pouco. É preciso definir claramente que o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, dando instruções gerais e específicas para melhor condução do inquérito.”

³⁶LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 401.

³⁷Idem.

³⁸Idem.

³⁹Lopes Junior, Aury. *A crise do Inquérito Policial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/1999-ago-25/investigacao_controlada_ministerio_publico>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

Ainda conforme preleciona Aury⁴⁰, o controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público não significa que o promotor deve permanecer o dia todo na delegacia, mas tão somente que ele deveria definir um controle das notícias-crimes recebidas, proporcionando uma maior proteção aos direitos e garantias individuais assegurados na Constituição Federal:

“Desde um ponto de vista técnico, deixando de lado interesses políticos e corporativistas, o controle externo da atividade policial e do próprio inquérito, por parte do Ministério Público, representa uma grande evolução no combate eficaz da criminalidade e também, na proteção dos direitos e garantias individuais. A polícia judiciária deve ser um imprescindível órgão técnico, a serviço da administração da justiça e não o titular absoluto do poder de investigar. Afinal, se é uma "polícia judiciária" é porque está a serviço deste poder.”

O Supremo Tribunal Federal, no dia 14 de maio de 2017, no julgamento do recurso extraordinário que versava sobre a constitucionalidade do Ministério Público de realizar a investigação criminal, “reconheceu a legitimidade do Ministério Público (MP) para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal e fixou os parâmetros da atuação do MP⁴¹”. Senão vejamos:

“Entre os requisitos, os ministros frisaram que devem ser respeitados, em todos os casos, os direitos e garantias fundamentais dos investigados e que os atos investigatórios – necessariamente documentados e praticados por membros do MP – devem observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, bem como as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados, como o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa. Destacaram ainda a possibilidade do permanente controle jurisdicional de tais atos.⁴²”

Nesse sentido, os ministros fixaram em repercussão geral a tese explanada pelo Ministro Celso de Melo, conforme pode se observar do trecho abaixo:

“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle

⁴⁰Lopes Junior, Aury. *A crise do Inquérito Policial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/1999-ago-25/investigacao_controlada_ministerio_publico>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

⁴¹STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

⁴²Idem.

jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição⁴³.

Outrossim, fundamental ressaltar o entendimento produzido pelo Jurista Aury⁴⁴ através dos doutrinadores Figueiredo Dias e Costa Andrade, sobre a discricionariedade do inquérito policial como ponto crucial para desvantagem da investigação preliminar. A polícia é o símbolo de controle de criminalidade e assim “dispõe de uma poderosa discricionariedade de fato para selecionar as condutas a serem perseguidas.”

Segundo Aury⁴⁵, a discricionariedade da polícia viola a ideia de igualdade jurídica, e utiliza o ensinamento de Figueiredo e Costa para demonstrar que a discricionariedade policial “possui algumas variáveis”:

- “A gravidade do delito”: a discricionariedade policial age de acordo com a gravidade do delito, logo, os delitos mais graves possui maior eficácia. Desta maneira, a ideia de gravidade tem um significado conforme a circunstâncias sociais, o grau cultural e a experiência da polícia. Contudo, há um mania da polícia utilizar maiores recursos para solucionar crimes que tem maior impacto social.

- “A atitude do denunciante”: é quando a polícia escolhe os crimes que vão investigar, ou seja, a polícia deixa de investigar alguns crimes, mesmo que possua natureza pública e incondicionalidade, quando não tem a vontade expressa da vítima.

- “Distância social da Polícia”: há uma distancia entre a realidade social da polícia e a onde o delito ocorre. Quando maior a escolaridade do policial mais dificuldade possuirá para entender e averiguar os crimes que acontece na periferia. Ademais, os próprios policias violam os direitos constitucionais dos suspeitos, pois são considerados como culpados desde o inicio.

-“atitude do suspeito”: o agente policial trata o suspeito de acordo o respeito à autoridade, ou seja, o indivíduo que trata o agente policial de forma humilde e com respeito acaba sendo tratado de maneira menos rigorosa.

- “Interiorização das normas legais” a polícia entende as normas de maneira diferente dos juízes e promotores. A polícia tende a interpretar algumas normas de proteção ou garantias do acusado de formar restritiva.

-Por fim, “Poder relativo do Infrator” a questão econômica e social/escolaridade do suspeito influencia na investigação preliminar.

⁴³STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126

⁴⁵ Idem, p.127

Portanto, o sistema de investigação preliminar deve ser superado por violar direitos fundamentais e possuir algumas desvantagens⁴⁶, porquanto o suspeito é julgado antes de ocorrer uma devida investigação. Segundo Aury⁴⁷, “o Brasil é um dos poucos países que ainda mantém o sistema de investigação preliminar policial, sem o controle pelo MP. E este modelo está completamente falido.”

Os juízes indicam que há demora “e pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, não servindo como elemento de prova na fase processual.”⁴⁸ Os promotores, por sua vez, reclamam da falta de coordenação entre a investigação e a acusação.

Assim, quando o inquérito policial é excessivamente longo e quando os casos são complexos, e não estando o mesmo completo, poderá ocasionar o pedido de novas diligências, prejudicando, dessa forma, a eficácia e a celeridade processual. Ademais, os próprios advogados contestam a falta de contraditório e ampla defesa no modo como a polícia comanda as investigações, restando, mais uma vez, comprovado o deficitário e ultrapassado sistema de investigação preliminar adotado pelo ordenamento pátrio.

Finalmente, Aury Lopes⁴⁹ argumenta que, “não se deve atribuir à polícia ainda mais poderes (como a titularidade da investigação), mas sim, exercer sobre ela um maior controle por parte dos juízes, tribunais e membros do MP”. Assim, a polícia não pode ser o titular da investigação preliminar, mas apenas órgão auxiliador, pois quando tem controle da atividade policial através dos Tribunais e do MP, menor será a discricionariedade policial.

2.1 Conceito e Natureza Jurídica

O inquérito policial deve ser compreendido como um procedimento que apura a materialidade e autoria de um delito. Conforme leciona Aury Lopes⁵⁰, não existe uma definição legal sobre inquérito policial em nenhum dispositivo do CPP, mas pode-se verificar

⁴⁶Como leciona Aury Lopes Jr., (*Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 130) “A polícia está muito mais suscetível à contaminação política (especialmente os mandos e desmandos de quem ocupa o governo) e a sofrer a pressão dos meio de comunicação. Isso leva a dois graves inconvenientes: a possibilidade de ser usada como instrumento de perseguição política e as graves injustiças que comete no afã de resolver rapidamente os casos com maior repercussão nos meios de comunicação.”

⁴⁷LOPES Junior, Aury. *A crise do Inquérito Policial*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/1999-ago-25/investigacao_controlada_ministerio_publico>. Acesso em: 13 de abril de 2017.

⁴⁸Idem.

⁴⁹Idem.

⁵⁰LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 89.

a definição através dos artigos 4^o⁵¹ e 6^o⁵² do diploma, “de modo que é a atividade desenvolvida pela polícia judicial com a finalidade de averiguar o delito e a sua autoria.”

Com clareza, Aury Lopes Jr.⁵³ conceitua o inquérito policial:

Concluindo, a partir da análise de definições legais, podemos conceituar a investigação preliminar como o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo).

E corrobora o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete⁵⁴:

“Inquérito policial é todo o procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exame periciais etc. Seu destinatário imediato é o Ministério Público (no caso de crime que se apura mediante ação penal pública) ou o ofendido (na hipótese de ação penal privada), que com ele formam sua opinião delicti para a propositura da denúncia ou queixa. O destinatário mediato é o juiz, que nele também pode encontrar fundamentos para julgar.”

Quanto à natureza do procedimento ora tratado, a doutrina majoritária define como sendo um procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária. Aponta Aury Lopes

⁵¹Art. 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.(Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

⁵²Art.6º-Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;(Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº5.970, de 1973)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;(Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III-colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV-ouvir o ofendido;

V-ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI-proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII-determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII-ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX-averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.(Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

⁵³LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 90.

⁵⁴MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.76.

Jr.⁵⁵, que a natureza jurídica da instrução preliminar é complexa, pois são praticados atos de diferentes naturezas. E para classificá-las, deve-se levar em consideração “a natureza jurídica dos atos predominantes”, porque mesmo que o inquérito seja considerado um procedimento administrativo, também podem ser aplicados atos jurisdicionais, mediante intervenção do juiz.

Assim, passemos à análise das duas principais correntes sobre “a natureza jurídica da investigação preliminar”, na perspectiva de Aury Lopes Jr.⁵⁶:

1) Procedimento administrativo Pré-Processual: o inquérito policial é considerado como uma fase antecedente, sem que seja, um processo penal; considerado de natureza administrativa, pois está a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário. Sendo assim, é classificado como “um procedimento administrativo pré-processual” desenvolvido pela polícia judiciária, podendo ocorrer intervenções do órgão jurisdicional, citando, como exemplo, a autorização de uma medida restritiva. Tal intervenção deverá sempre ser limitada e contingencial.

Essa corrente é considerada majoritária, aduzindo como exemplo, o doutrinador Renato Brasileiro⁵⁷, advertindo que:

Trata-se de procedimento de natureza administrativa. Não se trata, pois, de processo judicial, nem tampouco de processo administrativo, porque dele não resulta a imposição direta de nenhuma sanção. Nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória.

2) Procedimento Judicial Pré-Processual: é quando a investigação preliminar está a cargo de um órgão que não pertence ao Poder Executivo, mas sim ao Poder Judiciário, como ocorre nos seguintes países, Itália e Portugal, em que a investigação preliminar fica a cargo do Ministério Público sendo considerado independente do Poder Executivo, logo os atos de investigação são considerados judiciais.

Conclui-se dessa forma, que a natureza do inquérito processual é administrativa de caráter inquisitório e de cunho investigativo, sendo o mesmo desenvolvido pela polícia judiciária com o objetivo de reunir informações quanto à autoria e materialidade das infrações penais, proporcionando suporte para a propositura da ação penal.

⁵⁵LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 91.

⁵⁶Idem, p.91

⁵⁷BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm,2016, p.107.

2.2 O contraditório e ampla defesa

O contraditório e a ampla defesa estão inseridos no artigo, 5º, inciso LV⁵⁸, da Constituição Federal, sendo que o primeiro assegura o direito à informação e a possibilidade de influência na decisão do juiz e o segundo caracteriza-se pelo direito de se defender no processo de algum ato praticado.

Vicente Greco Filho⁵⁹, ao falar sobre ambos os princípios, aduz que “consiste a ampla defesa na oportunidade de o réu contraditar a acusação, mediante a previsão legal de termos processuais que possibilitem a eficiência da defesa”, por outro lado, o contraditório “pode ser definido como o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa.”

Entretanto, alguns doutrinadores afirmam a não possibilidade de aplicação de direito de defesa e contraditório no Inquérito Policial, por conceder interpretação restritiva ao artigo 5º, LV da CRFB.

Corroborando esse entendimento o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete⁶⁰:

“Não é o inquérito “processo”, mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. A investigação procedida pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código de Processo Penal o “inquérito policial” (art. 4 a 23) da instrução criminal (arts 394 a 405). Por essa razão não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais já mencionados, nem mesmo do contraditório. Consistiu-se em um dos poucos poderes de autodefesa que é reservado ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo em situações excepcionais em que a lei o ampara (formalidades do auto de prisão em flagrante, nomeação de curador a menor etc.).”

Sob outra perspectiva, a corrente minoritária defende a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase preliminar. Nesse viés, Aury Lopes Jr.⁶¹:

“É lugar-comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial. Está errada a afirmação, pecando por reducionismo. Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que

⁵⁸Art. 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;

⁵⁹GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.95/98.

⁶⁰MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2000, p.77.

⁶¹LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170

poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer a defesa exógena, através do habeas corpus e do mandado de segurança.

[...]

O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CB, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.”

Aury Lopes⁶² adentra, ainda, para a discussão de que, o contraditório no inquérito policial, somente é aplicado como direito à informação, não podendo haver um contraditório pleno em razão da inexistência de uma relação processual/estrutura dialética no inquérito. Entrementes, através do direito à informação que será realizado a defesa.

Isto posto, o direito de defesa ainda na visão do autor⁶³, “é o direito-réplica, que nasce com uma agressão que representa para o sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância Policial”.

Nessa toada, o direito de defesa desfruta de dois aspectos:

1) o direito de defesa técnica: é o direito de assistência de um profissional que tenha conhecimento da área do Direito, considerada de caráter indisponível⁶⁴. Sendo assim, nenhum acusado pode ser julgado sem um defensor, conforme art. 261⁶⁵ do CPP.

Porém, no inquérito policial a defesa técnica encontra-se limitada, “ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como dito alhures; na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior.⁶⁶”

Por conseguinte, no inquérito só existe a prerrogativa de se requerer diligências (art.14 do CPP). Como aponta Renato Brasileiro⁶⁷,

“Defesa técnica é aquela exercida por profissional da advocacia, dotado de capacidade postulatória, seja ele advogado constituído, nomeado, ou defensor público. Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no

⁶²LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 468

⁶³Idem, p. 472.

⁶⁴Aury Lopes Jr. (*Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97) explica que “a defesa técnica é considerada indisponível, pois, além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato. Trata-se, ainda, de verdadeira condição de paridade de armas, imprescindível para a concreta atuação do contraditório. Inclusive, fortalece a própria imparcialidade do juiz, pois, quanto mais atuante e eficiente forem ambas as partes, mais alheio ficará o julgador (terzietà = alheamento)”

⁶⁵Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

⁶⁶LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.472

⁶⁷BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm,2016, p.52.

processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor.

A defesa técnica é indisponível e irrenunciável. Logo, mesmo que o acusado, desprovido de capacidade postulatória, queira ser processado sem defesa técnica, e ainda que seja revel, deve o juiz providenciar a nomeação de defensor.”

2) Autodefesa: É exercida pelo próprio sujeito passivo tendo maior relevância no interrogatório policial e judicial, pois é quando o sujeito pode negar, não declarar ou justificar autoria e materialidade do delito, sendo manifestada de forma positiva ou negativa.

Então, a defesa negativa é quando o acusado nega a fornecer informações, direito de silêncio⁶⁸, assim a autodefesa poder ser renunciada pelo acusado. O direito de silêncio está previsto no artigo 5, LXIII, da CF e 186 do CPP como direito de todo ser humano não fazer prova ou depor contra si mesma, sendo que dessa omissão não pode existir qualquer prejuízo para o sujeito passivo.

Já autodefesa positiva é quando sujeito pratica atos, declarar ou justificar. Assim sendo, Aury⁶⁹ descreve autodefesa positiva como forma de “praticar atos dirigidos a resistir ao poder de investigação do Estado, fazendo valer seu direito de liberdade.”

Desta maneira, segundo Aury⁷⁰, o contraditório só se aplica ao inquérito no primeiro momento, aquele destinado a informação. Por outro lado, a ampla defesa é o direito de se contrapor aos atos e de possuir um profissional/defensor para defender o sujeito passivo no delito.

2.3 As garantias constitucionais

Para José Afonso da Silva⁷¹, “os direitos são bens e vantagens conferidas pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”. Desta forma, as garantias constitucionais como elucida o autor⁷², “em conjunto, se caracterizam como imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua

⁶⁸A observação feita por Aury (*Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 101), “O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.”

⁶⁹LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 98

⁷⁰LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 480

⁷¹SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores, 36º, 2013, São Paulo-SP, p. 414.

⁷²SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros Editores, 36º, 2013, São Paulo-SP, p.415.

conduta, para assegurar a observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito violado”.

As garantias constitucionais estão expressas no artigo 1º ao 5º da CRFB de 1988, que, segundo Gerri Adriani Mendes⁷³, o problema não está na aplicação “desses princípios constitucionais da legalidade e devido processo legal, presunção de inocência, direito ao silêncio, defesa e contraditório, garantia da dignidade do investigado e motivação das decisões”, mas na efetivação deles.

“Desse modo, a questão primordial e conflituosa é a adequação dos elementos norteadores e intrínsecos da investigação preliminar a esses princípios constitucionais garantistas, mormente quanto ao notório caráter inquisitorial e sigiloso do procedimento preliminar, ou seja, o de conseguir uma apuração do fato e da autoria eficaz, mas com respeito aos direitos e garantias individuais consignados no texto constitucional.”

Dessa sorte, passa-se à análise das garantias constitucionais presentes no Inquérito Policial.

O devido processo legal, como expõe Fredie Didier Jr.⁷⁴, está previsto no inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal prevendo que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". O princípio do devido processo legal descreve que “o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei, "Legal", então, é adjetivo que remete a "Direito", e não a Lei”. Logo, o princípio do devido processo legal, possibilita o direito fundamental a um processo justo. Portanto, “nenhuma norma jurídica pode ser produzida sem a observância do devido processo legal”. Assim, este princípio é “uma garantia contra o exercício abusivo do poder, seja ele qual for”.

Gerri Adriani⁷⁵ comenta que, o princípio do devido processo legal “é aquele que expressa uma das questões mais importantes em um modelo democrático de Direito Criminal, qual seja, que todas as ações do Estado devam ter base e limite na lei”. Referido princípio é aplicável na investigação preliminar no sentido de basear na lei/legalidade, isto é, “o respeito à legalidade e ao devido processo legal – *respeito às regras do jogo* – é imperativo, também, à investigação preliminar, a qual tem de ser realizada nos estritos limites estabelecidos na Constituição”

⁷³MENDES, GERRI ADRIANI. *O Paradigma Constitucional De Investigação Criminal*. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4841/1/423989.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

⁷⁴DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16.ed.Salvador:Juspodivm, 2014,p.45

⁷⁵MENDES, GERRI ADRIANI. *O Paradigma Constitucional De Investigação Criminal*. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4841/1/423989.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

O princípio da Presunção de inocência está insculpido no art. 5º, LVII, da CRFB, declarando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Renato Brasileiro⁷⁶ descreve a presunção de inocência “no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal, em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinente para sua defesa (ampla defesa) e para destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”.

A observação feita por Aury lopes⁷⁷ sobre a presunção de inocência “impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: *interna* ao processo e *exterior* a ele”. Na fase interna, é um dever de tratamento vinculado ao juiz, “determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador.” Por outro lado, na dimensão externa *ao processo*, “a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”.

Segundo Gerri⁷⁸ esse princípio no inquérito policial tem aplicabilidade nos “*maus antecedentes do investigado, o indiciamento em procedimentos interrogatórios ou nos processos em instrução.*”

No que tange ao direito ao silêncio, tem previsão no art. 5, inciso LXIII, da CRFB de 1988, constando que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. O direito de permanecer calado é uma das vertentes do *nemo tenetur se detegere*, significando o direito do acusado não ser prejudicado quando não produzir prova contra si mesmo.

Nesse toada, Renato Brasileiro⁷⁹ elucida o direito ao silêncio:

“Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação”.

⁷⁶BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador.: Juspodivm,2016, p.43

⁷⁷LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93

⁷⁸MENDES, GERRI ADRIANI. *O Paradigma Constitucional De Investigação Criminal*. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4841/1/423989.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

⁷⁹BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador.: Juspodivm,2016, p.71

Qualquer pessoa é titular do direito ao silêncio quanto encontra-se na possibilidade de autoincriminar. Segundo Renato “qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimento interrogatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de não produzir prova contra si mesmo: *nemo tenetur se detegere*”.

Quanto ao princípio da publicidade, a investigação policial possui a característica de ser sigilosa, conforme o art. 20, caput, do CPP, “*A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*”. Esse sigilo quando for decretado no inquérito não atinge o Ministério Público e o judiciário, mas somente o advogado como explana o artigo 7º, § 10, da Lei 8906/94.

Em relação ao sigilo no inquérito, importante a lição de Gerri⁸⁰

“Dessa forma, o direito à informação na investigação preliminar não é absoluto, uma vez que se pode decretar o sigilo no procedimento investigatório. Na verdade, embora esse sigilo deva ocorrer dentro dos limites constitucionais e legais, conforme Frederico Marques, a regra é o segredo na fase preliminar: “No inquérito policial, domina o princípio de que os atos são em segredo e em sigilo (art. 20), o que é, aliás, explicável, dada a natureza inquisitória das investigações policiais.”

Entrementes, a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXIII, traz que, todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado,” elucidando a regra de que todos os atos devem ser publicados, mas o próprio artigo ressalta a possibilidade de haver limitação.

Nesse sentido, Gilmar Mendes⁸¹, disserta sobre a publicidade:

“O texto constitucional consagra a publicidade dos atos processuais, estabelecendo que a lei só poderá restringi-la quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX). Essa regra encontra correspondência no art. 93, IX, da Constituição, que consagra a publicidade dos julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados ou somente a estes”.

Na mesma visão, Guilherme Nucci⁸²:

⁸⁰MENDES, GERRI ADRIANI. *O Paradigma Constitucional De Investigação Criminal*. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4841/1/423989.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

⁸¹MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.395.

⁸²NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*.13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.41

“Ocorre que, em algumas situações excepcionais, a própria Constituição ressalva a possibilidade de se restringir a publicidade. Quando houver interesse social ou a intimidade o exigir, o juiz pode limitar o acesso à prática dos atos processuais, ou mesmo aos autos do processo, apenas às partes envolvidas (art. 5.º, LX, CF). Conforme o caso, até mesmo o réu pode ser afastado da sala, permanecendo o seu advogado. Note-se, no entanto, que jamais haverá sigilo total, fazendo com que o magistrado conduza o processo sem o acesso dos órgãos de acusação e defesa, bem como jamais realizará um ato processual válido sem a presença do promotor e do defensor.

Por isso, vale sustentar a divisão entre publicidade geral e publicidade específica. A primeira é o acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa. A segunda situação é o acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, entendendo-se o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor. Portanto, o que se pode restringir é a publicidade geral, jamais a específica”.

Já o princípio da dignidade da pessoa humana é a norma vetora da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, III da CF. Sobre esse princípio, Sarlet⁸³ afirma que

A dignidade da pessoa humana sendo a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido um complexo de direitos e deveres fundamentais (...) e, propiciando assim, uma participação ativa e corresponsável nos destinos da sua própria existência e da vida em comunhão”.

Gerri Adriani⁸⁴ explana algumas condutas quando praticadas que violam a dignidade da pessoa humana:

“Podem ser encaradas como violações da dignidade do investigado/acusado as denúncias sem individualização da conduta; as ridicularizações a que são submetidos os imputados, com ofensas pessoais e com usos de termos pejorativos. O uso de algemas, mesmo que o investigado/acusado não ofereça risco a si mesmo ou a terceiros, bem como a utilização desmedida das prisões cautelares sem necessidade. Ainda, o não respeito ao mandamento de proibição de produção de provas ilícitas ou ilegítimas – com violação de direitos e garantias expressas na Constituição Federal ou normas processuais penais”.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é um direito inerente do ser humano, não podendo sofrer limitações na fase da investigação policial, ou seja, devem todos os atos da investigação respeitar esse princípio.

⁸³SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.62

⁸⁴MENDES, GERRI ADRIANI. *O Paradigma Constitucional De Investigação Criminal*. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4841/1/423989.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

3- A LEI 13245/16 E SUA INTERFERÊNCIA NO INQUÉRITO POLICIAL

No dia 12 de janeiro de 2016, entrou em vigência a Lei nº 13.245, que modificou a redação do artigo 7º do Estatuto da OAB, e, por consequência, possibilitou uma maior atuação do advogado no inquérito policial, trazendo grandes mudanças nas prerrogativas dos causídicos, tanto no inquérito quanto em outros tipos de investigações criminais.

3.1 Novidades trazidas ao Estatuto da OAB

Conforme já especificado, a Lei nº 13.245/16 alterou o art. 7 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, conferindo maior participação ao advogado na investigação preliminar.

Neste sentido, para fins de compreensão, trazemos à colação, lado a lado, a anterior (dada pela Lei nº 8906/94) e a atual (dada pela Lei nº 13.245/16) redação do mencionado art. 7º da Lei nº 8906/94:

ART. 7º DA LEI Nº 13245/2016, DE 12.01.2016	
Redação anterior (dada pela Lei nº 8906/94⁸⁵)	Redação atual (dada pela Lei nº 13.245/16⁸⁶)
<p>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</p>	<p>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;</p> <p>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: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)</p> <p>a) apresentar razões e quesitos;</p> <p>b) (VETADO).</p>

⁸⁵BRASIL. Lei nº. 8906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm> acesso em 22 de maio de 2017.

⁸⁶BRASIL. LEI Nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2016. Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> acesso em 22 de maio de 2017.

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.” (NR). (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

Como se pode verificar, a Lei nº 13.245/16 modificou a redação do art.7, XIV e incluiu o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12, os quais, no próximo tópico, serão minuciosamente explanados.

3.1.1 Participação do advogado no Inquérito Policial

A Lei 13245/16, art. 7º, inciso XIV, sofreu inúmeras modificações para garantir ao advogado o direito de examinar autos de procedimentos investigativos de qualquer natureza em prol do seu cliente. A primeira mudança foi a substituição da palavra “inquérito policial” por “investigação de qualquer natureza”, ampliando desta forma a natureza da investigação que agora pode ser de qualquer natureza. Como salienta Eduardo Luiz Santos Cabette⁸⁷

A primeira alteração de monta se dá no inciso XIV do artigo 7º. do Estatuto (Lei 8.906/94). Esse inciso trata da prerrogativa do advogado de acesso a autos de investigação em prol de seu cliente. Pois bem, na redação anterior a referência era feita a autos de investigação em “repartição policial” e a “autos de flagrante” e de “inquérito”. Uma interpretação restritiva desse inciso levava alguns indivíduos, em nossa visão totalmente míopes para uma a sistemática processual penal constitucional, a entenderem que esse direito do advogado se restringia aos “Inquéritos Policiais” e “Termos Circunstanciados”. Dessa forma, por exemplo, havia membros do Ministério Público que, arbitrariamente, vedavam acesso aos autos de Procedimento Investigatório Criminal aos advogados, sob o pretexto de que

⁸⁷CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16818> acesso em 05 de junho de 2017.

a lei tinha uma redação restritiva. Nada mais óbvio do que a conclusão de que isso não passava da mais rasa e perversa vontade de poder arbitrário e de uma cegueira deliberada para o fato de que o texto necessariamente deveria ser ampliativamente interpretado, até porque se trata de direito e não de restrição. Isso sem falar no Direito de Defesa e de Informação que eram frontalmente violados numa situação kafkiana.

Outra mudança foi a inserção da expressão “qualquer instituição responsável por conduzir investigação”, caracterizando a prerrogativa do advogado para examinar autos em “qualquer repartição/órgão” que realizam investigação.

Por fim, referida lei incluiu a prerrogativa do advogado para “copiar e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”, garantindo ao advogado utilizar as inovações tecnológicas.

Neste ponto, ressalta-se que uma das questões controversas da lei é a participação do advogado no interrogatório, se a sua presença seria considerada obrigatória, e, em sendo, se isso caracterizaria nulidade ou vedação.

Destarte, o art. 7º, inciso XXI, estabelece o direito do advogado para assistir seus clientes. Conforme Manoel Messias Peixinho⁸⁸ “deve o advogado assistir ao seu cliente para que possa participar do inquérito com o pleno conhecimento dos fatos que são investigados e que possivelmente serão objeto de indiciamento ou de provas numa futura ação penal”.

Sobre o tema, Henrique e Adriano⁸⁹ dizem que “a participação do advogado no inquérito policial continua não sendo obrigatória, mas o procurador do investigado tem o direito de participar da inquirição do cliente.” Assim, é uma prerrogativa do advogado e não um direito do suspeito, porque o direito de defesa não é pleno como na fase pré-processual.

Em análise detida, verifica-se que a participação do advogado no inquérito acontece no interrogatório ou depoimento. A lei não trouxe a possibilidade de o advogado participar desde o início do inquérito para não interferir no “elemento surpresa”, característico do inquérito. Senão vejamos o que dizem Henrique e Adriano⁹⁰

“Caso outra seja a interpretação tomada, pareceria absolutamente desnecessária a opção do legislador em fixar - como marco inicial de eventuais nulidades - os atos de interrogatório e de depoimento. De fato, caso o legislador almejasse dar maior amplitude à atuação do advogado na investigação (ou seja, tendo ele que estar

⁸⁸Peixinho, Manoel Messias. *Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da Lei nº13245/2016 (Estatuto da Advocacia)*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaequestionis/article/view/22575/16227>> acesso em 02 de junho de 2017.

⁸⁹MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann; COSTA, Adriano Sousa. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>> acesso em 31 de maio de 2017.

⁹⁰Idem.

presente do começo ao final dela), deveria ter mencionado a necessária nulidade absoluta de todos os atos realizados, e não só da oitiva em diante. Ora, se o legislador optou por utilizar a oitiva do cidadão como marco de nulidade (bem como o ponto de partida de todas as outras nódoas por derivação) é porque esses atos (“interrogatório”, “depoimento” ou declaração) são os que foram verdadeiramente focalizados no dispositivo em debate”.

Não obstante a circunstância de nulidade absoluta nas situações em que o advogado é impedido de assistir seus clientes no interrogatório, consoante previsto no artigo 7º, inciso XXI, a lei ainda trouxe a questão de que atos posteriores ocasionados pela falta da presença do causídico devem ser anulados, aplicando-se a teoria da nulidade derivada⁹¹. Neste ínterim, Henrique e Adriano⁹² entendem que a nulidade “decorre de prerrogativa de advogado, e não da ausência de defesa técnica a todo e qualquer investigado”.

De outro modo, Aury Lopes Jr⁹³ aponta sobre a presença obrigatória do advogado:

(...) realmente teremos uma mudança relevante, mas que irá gerar muita resistência, especialmente diante da impossibilidade de a defensoria pública dar conta da demanda e também porque vai criar um grande obstáculo para a atuação policial nessas situações (em que não há defensor constituído presente).

Penso que a mudança é necessária e a lei veio para isso, até porque o advogado é indispensável à administração da justiça, portanto, entendo que ninguém pode ser interrogado na polícia sem a presença de advogado (público ou constituído).

Aury⁹⁴ destaca ainda, que, caso não seja possível a presença do advogado no interrogatório, deverá a polícia informar que deixou de realizá-lo com ausência de defensor. “Neste caso, nada impede que posteriormente, já devidamente assistido, o investigado seja interrogado. Essa é a minha posição e também a solução para o argumento da ‘falta’ de defensores públicos neste momento.”

Sobreleva ressaltar-se, na sábia lição de Aury⁹⁵, que entender que o advogado deva estar presente em todas as oitivas de testemunha é interpretar além do que está escrito na lei e também seria incompatível com a natureza inquisitória do inquérito. Desta maneira, a lei somente assegura o direito de o advogado estar presente na oitiva do seu cliente.

⁹¹Renato Brasileiro de Lima (*Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador.: Juspodivm,2016, p.613) .explica que “Provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os: por efeito de repercussão causal”.

⁹²MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann; COSTA, Adriano Sousa. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>> acesso em 31 de maio de 2017.

⁹³LOPES JÚNIOR, Aury. *Lei 13245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> acesso em 24 de maio de 2017.

⁹⁴Idem.

⁹⁵Idem.

Quanto a questão da nulidade nas situações em que o advogado não participa do interrogatório, Aury⁹⁶ entende que é impossível relativizar a teoria da nulidade absoluta.

“Se é uma nulidade absoluta, seguindo o senso comum teórico que adota essa classificação (prefiro nulidade sanável ou insanável), ela pode ser conhecida de ofício, a qualquer momento, não se convalida pela preclusão e independe de demonstração de prejuízo. Estou inteiramente de acordo e mais, não vejo como 'relativizar' essa nulidade diante da expressa previsão legal (nulidade cominada)”

Nesse sentido, seria hermeneuticamente impossível entender essa nulidade como relativa. “Portanto, interrogatório policial feito sem a presença do advogado (seja porque impedido, seja porque não estava presente) é nulo e, portanto, deve ser proibida a valoração probatória e desentranhado.”

Ademais, o advogado poderá apresentar razões e quesitos, como leciona Aury⁹⁷, senão vejamos:

Vejo com muito bons olhos a previsão expressa de que a defesa possa apresentar razões e indicar quesitos nas eventuais perícias feitas. 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.”

Dando continuidade à análise das mudanças, vemos que a Alínea b, do inciso XXI do dispositivo foi vetada, pois permitia o advogado requisitar diligências, o que poderia levar a interpretações equivocadas. Eis as razões apresentadas pela presidente da República quando do veto da alínea b:

“Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal-STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea ‘a’, do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição⁹⁸.”

⁹⁶Idem.

⁹⁷LOPES JÚNIOR, Aury. *Lei 13245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> acesso em 24 de maio de 2017.

⁹⁸BRASIL. Mensagem Nº 10, De 12 De Janeiro De 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm> acesso em 05 de junho de 2017.

Contudo, o causídico ainda tem direito a requerer diligências, conforme o artigo 14 do CPP: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”, que poderá ou não ser realizada depende do juízo discricionário da autoridade.

Já o § 10 do inciso XXI do dispositivo faz referência à questão do sigilo, que quando decretado deve o advogado apresentar procuração. Destarte, no inquérito policial os advogados em regra tem direito de acesso aos autos sem necessidade de procuração.

A publicidade é a regra como se percebe pelos artigos 93, IX, 5º, incisos XXIII e LX, todos da Constituição Federal. Conforme destaca Renato Brasileiro⁹⁹:

Apesar de a regra ser a publicidade ampla no processo judicial, deve-se compreender que a publicidade, como toda e qualquer garantia, não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrição e, situações em que o interesse público à informação deva ceder em virtude de outro interesse de caráter preponderante no caso concreto”.

Nessa perspectiva, o inquérito policial está sob o manto do segredo externo¹⁰⁰, como explana o art. 20 do Código de Processo Penal, em que “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Quando a polícia perceber que a publicidade das investigações esteja levando algum prejuízo para a coleta de informação da autoria e materialidade do delito, deve a autoridade policial decretar o sigilo do inquérito policial, com base no supracitado artigo.

Desta maneira, o inquérito policial possui maior eficácia quando tem o elemento surpresa, ou seja, a investigação tem sua eficácia alargada quando tem sigilo e desconhecimento por parte dos investigados. Assim sendo, as diligências em andamento que possam comprometer a eficácia da investigação estão sob o manto do sigilo interno¹⁰¹ (art. 7, inciso XXI, § 11, da Lei 13245/16).

⁹⁹LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador.: Juspodivm,2016, p.116

¹⁰⁰Como leciona Aury Lopes Jr., (*Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 193) “O sigilo externo, ou para os estranhos, como denomina Vélez Mariconde, significa que os atos desenvolvidos na investigação preliminar somente estarão acessíveis aos sujeitos processuais (e, por suposto, seus advogados). Com isso, limita a difusão por qualquer meio da atividade realizada, impedindo que a coletividade – considerada qualquer pessoa distinta dos sujeitos – tenha acesso ao conhecimento do material recolhido na investigação preliminar”.

¹⁰¹Para Aury Lopes Jr., (*Investigação preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199) “O sigilo interno se concretiza na proibição para alguns sujeitos processuais de tomar conhecimento de determinados atos da investigação preliminar. Por suposto, existe uma incompatibilidade lógica entre o sigilo interno e a publicidade externa (ausência de segredo externo), de modo que o primeiro pressupõe a impossibilidade do segundo. Em outras palavras, o sigilo interno pressupõe também o externo. Devemos partir da premissa de que o sigilo interno não alcança os órgãos do Estado, de modo que jamais a investigação preliminar poderá ser sigilosa para o juiz ou promotor, independentemente de quem seja o titular. Logo, o sigilo interno atinge fundamentalmente o sujeito passivo”.

Nesse sentido, aduz Renato Brasileiro:¹⁰²

“Logo, a despeito do art. 20 do CPP, e mesmo em se tratando de inquérito sigiloso, tem prevalecido o entendimento de que o advogado deve ter acesso aos autos do procedimento investigatório, caso a diligência realizada pela autoridade policial já tenha sido documentada. Porém, em se tratando de diligências que ainda não foram realizadas ou que estão em andamento, não há falar em prévia comunicação ao advogado, nem tampouco ao investigado, na medida em que o sigilo é inerente à própria eficácia da medida investigatória. É o que se denomina "sigilo interno", que visa a assegurar a eficiência da investigação, que poderia ser seriamente prejudicada com a ciência prévia de determinadas diligências pelo investigado e por seu advogado”.

Cumpra esclarecer que a autoridade, antes da vigência da Lei, também podia delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova em andamento e ainda não documentados nos autos, quando isso, de algum modo, prejudicasse a eficiência do inquérito, conforme a súmula vinculante 14 do STF: “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”. Contudo, a súmula possibilitava somente o acesso do advogado nos autos “por órgão com competência de polícia judiciária”. Segundo Eduardo Luiz¹⁰³,

A verdade é que a literalidade da Súmula Vinculante 14 STF não diz nada além do que já dizia o artigo 7º, XIV, da Lei 8.906/94, inclusive mantendo o mesmo vício de referir-se somente à “Polícia Judiciária” quando é de trivial conhecimento o fato de que outros órgãos procedem à investigação”.

Por outro lado, o § 12 do dispositivo explica que em caso de negativa de acesso aos autos com o intuito de prejudicar de alguma maneira a defesa, configura crime de abuso de autoridade (art. 3º, j, da Lei 48988/65).

Portanto, como salienta Eduardo Luiz¹⁰⁴ a lei está concretizando o direito já constitucionalmente assegurado que é o direito à assistência de advogado (art. 5º, LXII da CF/88) e explicita as consequências de sua violação. Conforme Ruchster Marreiros Barbosa¹⁰⁵, “Em linhas gerais a Lei 13.245/16 traz como conteúdo epistêmico o direito de acesso aos autos da investigação criminal por uma defesa técnica e proteção efetiva ao

¹⁰²LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador.: Juspodivm,2016, p.117

¹⁰³CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16818> acesso em 05 de junho de 2017.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵BARBOSA, Ruchster Marreiros. *Lei 13.245/16 exige mais do que o advogado na investigação criminal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-15/lei-1324516-exige-advogado-investigacao-criminal>> acesso em 02 de junho de 2017.

princípio já consagrado em nossa Carta Política em seu artigo 5º, LVII (*nemo tenetur se detegere*)”.

3.2 O sistema continua sendo inquisitório?

A Lei 13.245/16 não modificou a natureza inquisitiva do inquérito policial, pois sua principal característica é a gestão da prova na mão de uma única pessoa e não a separação de poderes. Na perspectiva de Henrique Hoffmann de Monteiro de Castro e Adriano Sousa Costa¹⁰⁶ “o inquérito policial consiste em importante ferramenta inquisitorial de produção de elementos informativos e probatórios, sem descurar de sua missão de resguardo dos direitos básicos dos envolvidos, inclusive do investigado”.

Assim, observa-se que o que a lei fez foi apenas regulamentar os direitos do advogado na investigação preliminar, sendo que esses direitos já se encontravam garantidos/assegurados pela Constituição Federal de 1988. Conforme Afrânio Silva Jardim¹⁰⁷, “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”.

Como explana Aury Lopes¹⁰⁸

“Pode-se afirmar que acabou o caráter "inquisitório da investigação"?

Não, definitivamente, não. Primeiramente porque o que demarca o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de quem decide (acúmulo de funções). Em se tratando de sistema processual, a figura do juiz-ator, com poderes para determinar a produção de provas de ofício, é a marca característica do sistema inquisitório. Já a figura do juiz espectador e a gestão da prova nas mãos das partes, funda o sistema acusatório. Sobre isso já falei a exaustão sendo desnecessário problematizar acerca de tradicionais reducionismos.

Mas e no inquérito? Como sói ocorrer na maior parte dos sistemas de investigação preliminar, continua sendo inquisitório, pois incumbe ao delegado (ou MP) presidir o procedimento, praticar atos de investigação e também decidir nos limites legais, respeitando a reserva de jurisdição. Sim, o delegado (ou o MP nos países que adotam esse modelo) toma diversas decisões ao longo da investigação e ele mesmo realiza os atos de investigação, acumulando papéis. Nada anormal nisso em se tratando de investigação preliminar.

¹⁰⁶Monteiro de Castro, Henrique Hoffmann; Costa, Adriano Sousa. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>> acesso em 22 de maio de 2017.

¹⁰⁷JARDIM, Afrânio Silva. *Algumas reflexões sobre as investigações de condutas delituosas e a atuação dos advogados*. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/algumas-reflexoes/>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

¹⁰⁸LOPES JÚNIOR, Aury. *Lei 13245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> acesso em 24 de maio de 2017.

Portanto, o fato de "ampliarmos" (timidamente) a presença do advogado, fortalecendo a defesa e o contraditório (precário, pois manifestado apenas no seu primeiro momento, segundo a concepção de Fazzalari, que é o da informação) não retira o caráter inquisitório do inquérito.”

Nesse diapasão, Henrique e Adriano¹⁰⁹ apontam a explicação do inquérito ser inquisitorial:

“A justificativa da natureza inquisitorial é de fácil entendimento. Afinal, caso os atos investigatórios dependessem de prévia comunicação à defesa, restaria frustrada a localização de fontes de prova e comprometida a eficácia da Polícia Judiciária, em grande parte calcada no elemento surpresa.

Isso não significa que não haja incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que são perfeitamente aplicáveis durante a fase pré-processual, ainda que de forma mais tênue do que na fase processual”.

Corroborando esse entendimento, destaca-se Márcio André Lopes Cavalcante:¹¹⁰

“O inquérito policial é inquisitorial e que a ele não se aplicam as garantias do contraditório e da ampla defesa. Mesmo com a previsão do novo inciso XXI, essa característica permanece válida. Isso porque o fato de o inquérito ser inquisitorial não significa que ele é arbitrário ou que todos os direitos do investigado devam ser negados. Não é isso. Assim, mesmo antes da inserção do inciso XXI, a doutrina e a jurisprudência já afirmavam que o inquérito policial, apesar de não possuir ampla defesa e contraditório, garante ao investigado determinados direitos fundamentais, dentre eles o direito ao silêncio, o direito à integridade física, o direito à assistência de advogado, entre outros.

Cada vez mais são garantidos expressamente novos direitos ao investigado, mas não se pode afirmar que, unicamente por conta disso, já exista ampla defesa e contraditório na fase pré-processual. Não há. O inquérito policial e as demais investigações criminais continuam sendo inquisitoriais, com exceção do inquérito para expulsão de estrangeiro, no qual há previsão de um procedimento com ampla defesa e contraditório (Decreto n.º 86.715/81)”.

Portanto, Aury Lopes¹¹¹ assevera que a lei “não é a revolução copérnica da investigação, tampouco acaba com seu caráter inquisitório ou estabelece o pleno contraditório. Ela contribui para a ampliação, tímida, do espaço defensivo na fase pré-processual, mas ainda está muito longe de resolver os graves problemas da investigação preliminar.”

¹⁰⁹MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann; COSTA, Adriano Sousa. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>> acesso em 22 de maio de 2017.

¹¹⁰CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal*. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html>> acesso em 05 de junho de 2017.

¹¹¹LOPES JÚNIOR, Aury. *Lei 13245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> acesso em 24 de maio de 2017.

CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se a observar, num primeiro momento, as características dos sistemas processuais acusatório, inquisitório e misto.

Em análise apertada, o sistema inquisitório tem como ideia atribuir a uma única pessoa, o juiz inquisidor, as funções de acusar, defender e julgar. Como consequência, não existindo um juiz imparcial, uma única pessoa é detentora da prova e da decisão.

Por outro lado, no sistema acusatório, as funções de julgar, acusar e defender são atribuídas a diferentes pessoas, não existindo uma concentração de poder em um único indivíduo como acontece no sistema inquisitorial.

Por fim, no sistema misto, há a fusão dos sistemas acusatório e inquisitório.

A Constituição de 1988 prevê de maneira expressa o sistema processual acusatório, a fim de se assegurar o contraditório (art 5º, LV, CF), a ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII, CF), a imparcialidade do juiz (art. 5º, XXXVII e LIII, CF), e a separação das funções de acusar, defender e julgar (art 129, I, CF).

Contudo, pode ser verificado que, não obstante, no sistema acusatório, o poder de gestão permaneça sob o crivo das partes, existem alguns artigos no Código de Processo Penal que se baseiam no sistema inquisitório, permitindo ao juiz que este desenvolva a iniciativa probatória, o que evidencia características do sistema inquisitorial.

Num segundo momento, o presente incumbiu-se a estudar acerca da crise do inquérito e os grandes problemas advindos da mesma, tais como as violações aos direitos fundamentais, o poder discricionário, e a demora da investigação.

Nessa perspectiva, alguns doutrinadores entendem que a melhor alternativa para cessar a crise do inquérito Policial, seja a investigação policial conduzida pela autoridade policial, seja a cargo do Ministério Público, seria o controle externo pelo Ministério Público somente, que proporcionaria a fiscalização da autoridade policial a fim de que não haja violações a princípios constitucionais expressos na Constituição Federal de 1988.

Em exame minucioso, foi estudado o inquérito policial e sua natureza administrativa de caráter inquisitório e de cunho investigativo, sendo o mesmo desenvolvido pela polícia judiciária com o objetivo de reunir informações quanto à autoria e materialidade das infrações penais, proporcionando suporte para a propositura da ação penal.

Contudo, com o advento da Lei nº 13.245/16, que modificou a redação do artigo 7º do Estatuto da OAB, foi possibilitada uma maior atuação do advogado no inquérito policial, regulamentando a participação do mesmo em investigações de qualquer natureza.

Destarte, a lei não alterou a natureza do inquérito policial, uma vez que a principal característica, que é a gestão de prova na mão de uma única pessoa e a não separação de poderes se manteve. O que ocorreu foi, tão somente, como salienta Eduardo Luiz Santos Cabette¹¹² a concretização de um direito já constitucionalmente assegurado, que é o direito à assistência do advogado (art. 5º, LXII da CF/88) e as consequências da sua violação.

Dito isso, não há necessidade de definir se o inquérito policial é um sistema inquisitório ou acusatório, uma vez que este último traz características inquisitoriais. O sistema processual não é estático e está atrelado com o momento histórico que se vive, sendo nossa atual conjuntura baseada num Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, suspeito/investigado é um sujeito de direitos que possui garantias constitucionais, como direito ao silêncio, contraditório e ampla defesa. Logo, nosso sistema, ainda que com o advento da lei objeto de estudo está ultrapassado, pois a esta somente proporcionou a regulamentação do acesso dos advogados aos autos, permanecendo-se silente quanto a regulamentação eficaz dos direitos humanos. Segundo Gerri Adriani¹¹³ “para adequar-se ao Estado Democrático de Direito, a ação da polícia deverá pautar-se por noções de proteção, ajuda e respeito aos cidadãos, que são os destinatários da sua atividade profissional”.

Conclui-se, desta maneira, que o legislador, embora omissivo em alguns pontos, vem tentando, gradativamente, democratizar a investigação preliminar, proporcionando uma maior participação dos advogados nessa fase pré-processual, seja para examinar autos, apresentar quesitos ou auxiliar na defesa do seu cliente. Nesse sentido, Gerri¹¹⁴ entende que “é isso que se quer da polícia no regime democrático-republicano: respeito aos Direitos Humanos e à legalidade. Mas não é só isso, pois a polícia pode e deve ser uma das instituições promotoras dos Direitos Humanos”.

¹¹² CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16818> acesso em 05 de junho de 2017.

¹¹³ MENDES, GERRI ADRIANI. *O Paradigma Constitucional De Investigação Criminal*. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4841/1/423989.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

¹¹⁴ Idem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Ruchster Marreiros. Lei 13.245/16 exige mais do que o advogado na investigação criminal. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-15/lei-1324516-exige-advogado-investigacao-criminal>> acesso em 02 de junho de 2017.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Manual de Processo Penal. 4. ed. Salvador.: Juspodivm,2016.

BRASIL.Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: ,<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 24 de maio 2017.

BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: 24 de maio de 2017.

BRASIL. Lei nº. 8906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm> acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. LEI Nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016. Brasília: Presidência da República do Brasil, 2016. Altera o art. 7º da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm> acesso em 22 de maio de 2017.

BRASIL. Mensagem Nº 10, De 12 De Janeiro De 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm> acesso em 05 de junho de 2017.

BUONICORE, Giovana Palmieri; DOS SANTOS, Liziane. Breve análise acerca dos sistemas processuais penais: em busca de um sistema democrático. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/primapdf.asp?codigoMidia=76667&iIndexSrv=1&nomeArquivo=62807.pdf>>. Acesso em: 01 de maio de 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16818> acesso em 05 de junho de 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html>> acesso em 05 de junho de 2017.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 16.ed.Salvador:Juspodivm, 2014.

GRECCO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=39226&iIndexSrv=1&nomeArquivo=25477.pdf>>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. Algumas reflexões sobre as investigações de condutas delituosas e a atuação dos advogados. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/algumas-reflexoes/>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

KHALED JR, Salah Hassan.O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjI2fjGsNHTAhUEkJAKHRM9B1MQFggpMAA&url=http%3A%2F%2Frevistaseletronicas.pucrs.br%2Ffojs%2Findex.php%2Fcivilitas%2Farticle%2Fdownload%2F6513%2F5607&usg=AFQjCNFOqNomB9E4W-7_8aj3rHzTFUyfA>. Acesso em: 02 de maio de 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. A crise do Inquérito Policial.Disponível em: <http://www.conjur.com.br/1999-ago-25/investigacao_controlada_ministerio_publico>. Acessoem: 13 de abril de 2017.

_____. Direito processual penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Investigação preliminar no Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Lei 13245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> acesso em 24 de maio de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Curso de Processo Civil Teoria Geral do Processo. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=66135&iIndexSrv=1&nomeArquivo=46851.pdf>>. Acesso em: 28 de abril de 2017.

MENDES, GERRI ADRIANI. O Paradigma Constitucional De Investigação Criminal. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4841/1/423989.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. Inquisitorialidade no processo judicial brasileiro contemporâneo. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=65204&iIndexSrv=&nomeArquivo=45079.pdf>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 10. ed. – São Paulo: Editora Atlas, 2000.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann; COSTA, Adriano Sousa. Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>> acesso em 31 de maio de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEIXINHO, Manoel Messias. Aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial – breves anotações sobre as inovações da Lei nº 13245/2016 (Estatuto da Advocacia). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22575/16227>> acesso em 02 de junho de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores, 36º, 2013, São Paulo-SP.

STF fixa requisitos para atuação do Ministério Público em investigações penais. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 29 de maio de 2017.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 11ed. Salvador: Editora Podivm, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Sistemas processuais penais: as contribuições das visões histórica e de direito comparado para o desvelamento da essência acusatória. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=83748&iIndexSrv=1&nomeArquivo=82389.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2017.

WEDY, Miguel Tedesco Wedy; LINHARES, Raul Marques. Processo penal e história: a origem dos sistemas processuais -penais acusatório e inquisitivo. Disponível em: <<http://201.23.85.222/biblioteca/asp/prima-pdf.asp?codigoMidia=82916&iIndexSrv=1&nomeArquivo=81322.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2017.