



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO**

CARINA SILVA DA COSTA

**O ADVENTO DA LEI 13.245/16 E OS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL**

Salvador
2017

CARINA SILVA DA COSTA

O ADVENTO DA LEI 13.245/16 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Misael da França.

Salvador
2017

COSTA, Carina Silva. O ADVENTO DA LEI 13.245/16 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL. Monografia (Bacharelado) / Carina Silva da Costa – Universidade Federal da Bahia – Faculdade de Direito - Salvador, 2017.

O ADVENTO DA LEI 13.245/16 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

Professor Orientador: Misael da França

Professor (a) Examinador:

Professor (a) Examinador:

Salvador/BA

RESUMO

O advento da Lei Federal 13.245/16 que modificou o artigo 7º do Estatuto da OAB suscita uma análise de suas implicações, especialmente no que tange ao aperfeiçoamento do Inquérito Policial, onde se busca uma proposta de constitucionalização desse instituto, tendo em vista a idealização de que sejam asseguradas ao indiciado as suas garantias mínimas já nesta fase.

Tudo isto, com o fundamento de que no âmbito da normatividade ideal da Constituição Federal de 1988 o Sistema Penal Brasileiro é o acusatório, porém devido à realidade adversa de baixa cultura constitucional que marca o sistema em vigor, o que se verifica é um sistema de cunho inquisitivo, ou como preferem os corifeus da corrente majoritária, um sistema misto, marcado por aspectos dos dois sistemas básicos, o acusatório e o inquisitivo.

Tal ocorre porque o assim chamado neoconstitucionalismo não passa, no Brasil, de uma tendência em que os direitos fundamentais e garantias constitucionais, as quais compõem uma arquitetura universal de direitos humanos, não coadunam com as visões penalistas mais modernas, devido a vigência no País de normas processuais do século passado.

O trabalho salienta que o inquérito não deixará de ter um caráter inquisitivo, pelo fato de que não há uma amparo propriamente dito e nem o respeito ferrenho aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mas, sim, uma proteção aos direitos fundamentais do indiciado, dentro de uma visão garantista, pois é o que se espera na conjuntura atual. Além disso, serão discutidas outras particularidades, as quais serão examinadas.

Palavra chave: 1-Processo penal, 2- Inquérito Policial, 3- Direitos e garantias fundamentais, 4- Princípio do contraditório e da ampla defesa, 4- Sistema penal acusatório, 5- Advogado.

ABSTRACT

This essay compares the accusatorial system and the inquisitorial system of criminal justice, with emphasis on the fact-finding process and the law of evidence. It goes too on in further considerations to examine the practical impacts caused by the brasilian federal law 13.245/2016 that went into effect since January 12th, 2016, for what it modifies the ethical code related to the legal profession in Brazil (Brazilian Advocate's Statutes) in order to provide the presence of a lawyer to controlling the acts of the criminal inquiry. Also, it analises the repercussions caused over the legal brazilian system of penal procedure by that's inovation, said as an hybrid one by certain important penal law-writers, which since then is supposed tending toward the accusatorial tradition. That's a desirable and predicted hipotesys because in general the accusatorial system seems to be more sensitive to the citizen's liberty, in spite of the lack of constitutional culture in that Country.

Key words: Penal Procedure; Policy Inquiry; Comparative analysis; Judicial rulemaking; Due Process of Law; Accusatorial system; Inquisitorial system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – BREVES CONSIDERAÇÕES	10
2.1 Neoconstitucionalismo e Garantismo Penal	12
2.2 Dos direitos e garantias fundamentais no processo penal	15
2.3 Processo penal democrático: A lógica de um sistema acusatório	17
2.3.1 <i>Sistema penal inquisitório</i>	18
2.3.2 <i>Sistema penal acusatório</i>	19
2.3.3 <i>O sistema brasileiro: misto ou acusatório formal?</i>	20
2.3.4 <i>O processo penal democrático</i>	23
2.4 O mito que cinge o processo penal	28
3 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL.....	31
3.1 O inquérito policial e seu aspecto material	34
3.1.1 <i>Aspectos históricos</i>	34
3.1.2 <i>Conceito e características do inquérito policial</i>	38
3.2 Supressões dos Direitos e Garantias no Inquérito Policial	42
3.3 Importância e valor probandi dos elementos colhidos na fase investigativa	45
4 O ADVENTO DA LEI 13.245/16 E SUA EFICÁCIA QUANTO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDICIADO	49
4.1 A súmula 14 do STF e as controvérsias com o artigo 5º, LV da CF/1988	49
4.2 Mudanças ocorridas com o estabelecimento da lei 13.245/16	52
4.3 A participação da defesa no curso das investigações e as garantias fundamentais do indiciado.....	58
5 CONCLUSÃO	63
6 REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

Há quase 20 anos, o escritor português José Saramago, durante a cerimônia do recebimento do Prêmio Nobel de Literatura, proferiu discurso que tem intrínseca afinidade com a temática deste trabalho de pesquisa.

O pronunciamento que se deu em 10.12.1998, versou sobre os 50 anos da assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando então este fez constar que a mencionada declaração, verbis:

...não cria obrigações legais aos Estados, salvo se as respectivas Constituições estabelecem que os direitos fundamentais e as liberdades nelas reconhecidos serão interpretados de acordo com a Declaração. Todos sabemos, porém, que esse reconhecimento formal pode acabar por ser desvirtuado ou mesmo denegado na ação política, na gestão econômica e na realidade social.¹

Para o escritor, ao longo dos 50 anos que se comemoravam, não lhe parecia que os Governos tivessem feito pelos direitos humanos tudo aquilo a que, moralmente, quando não por força da lei, estiveram obrigados, pois as injustiças multiplicaram-se no mundo, as desigualdades agravaram-se, a ignorância cresceu, a miséria alastrou.

Coube à notoriedade dos fatos confirmar a assertiva lançada de que alguém não anda a cumprir o seu dever. Não andam a cumpri-lo os Governos, seja porque não sabem, seja porque não podem, seja porque não querem. E que também não andam a cumpri-lo os cidadãos.

Em seu brilhante arremate, concluiu Saramago que nenhum direito poderá subsistir sem a simetria dos deveres que lhes correspondem, o primeiro dos quais será exigir que esses direitos sejam não só reconhecidos, mas também respeitados e satisfeitos, pelo que propõe que os cidadãos comuns tomem a palavra e a iniciativa.

Enfim, propôs que:

¹ Fundação José Saramago. **Outros cadernos de Saramago**. Disponível em: < <http://caderno.josesaramago.org/2010/12/?page=4> >. Acesso em: 24 agost. 2017.

“(...) com a mesma veemência e a mesma força com que reivindicarmos os nossos direitos, reivindicuemos também o dever dos nossos deveres.”²

Tem-se, então, que o ponto central do discurso de Saramago diz respeito à busca da eficácia de uma arquitetura de direitos que já estão consagrados no âmbito internacional os quais sofrem esvaziamento em função de anacronismos políticos, ditos retrocessos, e da própria falta de cultura constitucional de cidadãos que não compreendem que para que se assegurem direitos, há inequívoca e correlata necessidade de se cumprirem deveres.

Não à toa, Saramago intitula o seu discurso de Declaração Universal de Deveres Humanos.

Ao telescópio de Saramago, se agregam as análises obtidas de uma perspectiva microscópica construída a partir da experiência prática do processo penal, em que se identifica a grave dissociação daquela normatização com aquilo que foi inserido na Constituição Política do País, demonstrando que a manutenção de um ultrapassado sistema inquisitivo colide com os fundamentos civilizatórios da contemporaneidade, os quais estão expressos nas garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, estas amiúde descumpridas ou negadas pelas autoridades governamentais, agentes de polícia, delegados, membros do ministério e juízes, quando não pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a quem caberia, em tese, zelar pela integridade da Constituição.

Portanto, para que se atinjam os objetivos deste trabalho é de grande importância que seja feita uma breve análise no tocante aos direitos fundamentais do acusado, os quais estariam em princípio garantidos pela Constituição Federal de 1988, a qual se espelha, no particular, nos Tratados Internacionais em que o Brasil comparece como signatário.

A principal mudança e inclusive motivo de divergência na doutrina é no que diz respeito à alteração dada pela Lei 13.245/16 ao artigo 7º do Estatuto da OAB, no que consta ao seu inciso XXI.³

² Idem, ibidem.

Acerca do exposto de forma sintética sobre o advento da Lei 13.245/16 e os direitos fundamentais do acusado, é necessário que se debata sobre as alterações trazidas pela referida Lei e a sua importância, porém não apenas no que se refere à ampliação das prerrogativas do advogado que atua nas diversas espécies de procedimentos penais, mas, sobretudo sob a ótica dos benefícios introduzidos com vistas a garantir segurança ao acusado, e, em consequência, trazer maior credibilidade aos principais instrumentos de investigação criminal.

A orientação metodológica que orientou a feitura deste trabalho seguiu os questionamentos lançados na fase do projeto, quais sejam: As referidas modificações possuem eficácia quanto às garantias fundamentais do acusado em sede pré-processual? Houve uma ampliação da ampla defesa na fase investigativa? Com essas alterações há a possibilidade de um inquérito mais justo, possibilitando a segurança jurídica dos atos praticados durante ele?

Enfim, urge debater tais questões e trazer à tona a problemática do Inquérito Policial dentro de uma realidade social caótica, em que se reconhece amplamente a falibilidade do sistema penal vigente.

Trata-se aqui, portanto, *en passant*, das medidas necessárias para a superação do mito do processo penal, o que só passível de ocorrer dentro de um quadro de amplas reformas que tendam à implantação de um sistema acusatório no País, nos mesmos moldes do estágio que foi atingido pelo Chile.

No bojo da superação das contradições apontadas, a inserção do advogado como ator proeminente na fase investigativa da persecução penal, ainda que como uma faculdade do indiciado, pode não significar um avanço suficiente a que se gere a mutação do sistema em vigor para a idealidade de um paradigma acusatório, mas também não deve tal previsão legislativa ser recebida com indiferença, pois se sabe da enormidade dos obstáculos que devem ser enfrentados para a

³ BRASIL, Art. 7. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB: 1994. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 955.

implantação de uma cultura que reverta o estágio de letargia pelo qual se explica a manutenção no Brasil de um Código Processual Penal datado de 1941.

O estudo para a elaboração do trabalho se deu a partir de pesquisas bibliográficas, com a utilização de artigos, livros, legislação vigente, e ainda, palestras ministradas sobre o tema. É patente que não há uma pretensão de esgotamento do conteúdo, mas, tão somente a apresentação de correntes sobre o assunto, bem como uma sintética análise sobre o sentido e o alcance das alterações promovidas pela Lei 13.245/16.

2 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – BREVES CONSIDERAÇÕES

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

Consistem tais regras num rol de garantias fundamentais que visam proteger os indivíduos que se submetem à autoridade do Estado.

Segundo José Afonso da Silva⁴, a Constituição de 1988, acolhe em seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito, abrindo expectativas de realização social profunda, por conta da prática dos direitos sociais e, além disso, abre a possibilidade de concretização de exigências de um Estado de justiça social, que se funda na dignidade da pessoa humana.

A origem do Estado de Direito se deu a partir da democracia liberal, cujas características foram: a submissão à lei; e a separação das funções – do legislativo, executivo e judiciário, sendo esta uma divisão muito importante, pois teve o condão de garantir a imparcialidade na criação das leis, e ainda por ela inseriram-se os direitos individuais.⁵

Sabe-se que os pilares históricos desse Estado de Direito foram a separação dos poderes e a limitação da “força” estatal, cujo exercício passou a se dar com adstrição à legislação posta, de forma a obstar o seu poder, fazendo-o assim como expressão da própria legalidade.

Ainda sobre o Estado de Direito, preleciona Novellino⁶:

- I) os direitos fundamentais basicamente correspondem aos direitos da burguesia (liberdade e propriedade), sendo consagrados apenas de maneira formal e parcial para as classes inferiores; II) a intervenção da Administração Pública somente pode ocorrer dentro da lei

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. rev. São Paulo. Malheiros, 1998, p. 95-96.

⁵ Idem. *Ibidem*.

⁶ NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. atual. _ Salvador: JusPodivm, 2015, p. 145.

(princípio da legalidade da administração pública); III) a limitação pelo Direito se estende ao soberano que, ao se transformar em “órgão do Estado”, também passa a se submeter ao império da lei (Estado limitado); IV) o papel do Estado se limita à defesa da ordem e segurança públicas, sendo os domínios econômicos e sociais deixados à esfera da liberdade individual e de concorrência (Estado mínimo).

Mas há um conceito ainda mais amplo do que o Estado de Direito, em que nele se incorpora as potencialidades da Democracia, por meio da qual efetivava valores como da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana, e embora a concepção liberal tenha estimulado os direitos do homem, tornando-os cidadãos livres, tudo isso se tornou insatisfatório, devido à evolução da sociedade democrática, segundo pontifica José Afonso da Silva⁷.

O Estado Democrático de Direito surge, portanto, para cumprir a missão de suprir a lacuna das experiências dos Estados anteriores, tendo como objetivo principal a busca pela efetivação dos direitos fundamentais, a supremacia da Constituição e a inserção de mecanismos novos do exercício da soberania popular.

Sua autonomia conceitual se afere a partir do fato de que o Estado de Direito, tanto no papel de Estado Liberal de Direito como Estado de Direito, não se caracteriza sempre como Estado Democrático. Este tem o fundamento, como já dito anteriormente, de realizar o princípio democrático para garantir os direitos fundamentais da pessoa humana.

Ainda, sob o enfoque de José Afonso da Silva⁸, a configuração do Estado Democrático de Direito não é a união simplesmente do Estado Democrático e do Estado de Direito. Tratando-se aquele de um conceito novo, que apesar de levar em conta os conceitos dos elementos componentes, os supera na medida em que incorpora um componente de transformação essencial do status quo.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. rev. São Paulo. Malheiros, 1998, p. 96

⁸ Idem. *Ibidem*.

Dito isto, é de notável importância o artigo 1º da Constituição Federal de 1988⁹, o qual preceitua que a República Federativa do Brasil é instituída em Estado Democrático de Direito, ressaltando, ainda, que não se trata de promessa de organização de Estado, mas, sim, da consagração de um fundamento de ordem constitucional, em que se prestigia a eficácia da Carta que se ancora numa ampla visão de realização social através da prática dos direitos sociais e na possibilidade de tornar concretas e reais as premissas de um Estado baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e fincado no princípio da justiça social.

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

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

2.1 Neoconstitucionalismo e Garantismo Penal

Uma breve leitura da Constituição Federal Brasileira é o suficiente para nos atestar que há um hiato entre o idealizado na Carta e o que prevalece nos acontecimentos da vida social, gerando, dessa forma, muitas indagações acerca desse óbice; e infelizmente poucas conclusões.

⁹ BRASIL, Art. 7. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: 1988. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 05.

Manoel Jorge e Silva Neto apresenta um argumento bastante interessante, onde infere que esta problemática representa “a ausência de uma cultura constitucional nos Estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais.”¹⁰

Confirma-se que essa cultura constitucional é delineada pelos comportamentos e condutas tanto públicas quanto privadas que possuem a tendência de preservação do que está escrito na Constituição, efetivando no plano máximo possível as normas e princípios basilares constitucionais, propagando o conhecimento a respeito do texto constitucional.¹¹

Nesse diapasão, nos é conferida a ideia de que a Constituição tornou-se objeto de simples referência no âmbito do direito pós-moderno, como pontifica Luigi Ferrajoli¹², com a demonstração de que há uma grande discrepância entre a normatividade penal garantista instituída na Constituição; e a sua não efetividade em níveis inferiores, onde o referido modelo na prática é muitas vezes desatendido.

Seguindo ainda os ensinamentos de Ferrajoli, este nos explicita que:

Sob ambos os aspectos, o garantismo opera como doutrina jurídica de legitimação e, sobretudo, de perda da legitimação interna do direito penal, que requer dos juízes e dos juristas uma constante tensão crítica sobre as leis vigentes, por causa do duplo ponto de vista que a aproximação metodológica aqui delineada comporta seja na sua aplicação seja na sua explicação: o ponto de vista normativo, ou prescritivo, do direito válido e o ponto de vista fático, ou descritivo, do direito efetivo.¹³

Com isso, pode-se entender que o Direito Penal em sua visão garantista deve buscar que o inidiciado ou o réu tenham seus direitos respeitados e garantidos no momento da condenação ou do processo, quando estão ameaçados por penas excessivas e arbitrárias. Nessa busca pela proteção aos direitos humanos, em que se defende essa

¹⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016. p. 155

¹¹ Idem. Ibidem.

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684-685.

¹³ Idem, Ibidem.

teoria garantista no direito penal, remete-se ao cuidado àquelas menores parcelas da população, os marginalizados.

O garantismo tem o objetivo de buscar a efetividade dos direitos fundamentais do acusado ou réu, limitando para isso o poder punitivo do Estado, dando ênfase ao direito dos mais fracos, demonstrando que embora o indivíduo tenha realmente cometido um fato delituoso, a sua condição de sujeito de direitos impede que seja ele tratado como um objeto durante a instrução processual, a despeito da desvantagem social que amarga.

É importante destacar que da mesma forma que o Estado de Direito foi superado pelo Estado Democrático de Direito, o Positivismo foi superado pelo Neoconstitucionalismo, em consequência do fracasso daquela experiência durante o período da Segunda Guerra Mundial.

Diferentemente da visão formal kelseniana, o Neoconstitucionalismo é um movimento que ampara e garante os direitos fundamentais, promovendo a reestruturação do Ordenamento Jurídico, o qual deixa de ser estrito à letra da lei e passa a ser nitidamente influenciado pela Constituição, onde se encontram todos os direitos fundamentais, de onde, através do processo interpretativo, se extraem os aspectos teleológicos que serão determinantes no momento da aplicação jurídica.

Diante disso, com a chegada do Neoconstitucionalismo, supera-se o Estado de Direito, dando lugar ao Estado Democrático de Direito, onde os preceitos estão pautados em promover os direitos fundamentais, a constitucionalização do direito, bem como a supremacia da Constituição Federal, pretendendo dessa forma a valorização e eficácia dos direitos humanos.

Depreende-se que foram criadas condições jurídicas para que se alce uma nova realidade com o advento desses dois institutos intimamente ligados por almejarem objetivos em comum, o neoconstitucionalismo e o garantismo penal.

2.2 Dos direitos e garantias fundamentais no processo penal

O Código de Processo penal foi elaborado numa época onde a preocupação com a segurança pública e os princípios da culpabilidade e periculosidade do agente prevaleciam, logo, o referido foi elaborado sob o enfoque autoritário.

Mas, depois de quase meio século, tal normatividade foi superada pela Constituição Federal de 1998, a qual veio estabelecer uma ordem diametralmente oposta, onde foi estabelecido um sistema de garantias individuais. Esta novidade trazida pela Constituição deixou claro que o processo não é apenas um simples instrumento de aplicação da lei penal, e sim uma instituição de garantias ao indivíduo frente ao Estado, sendo demonstrada assim, uma efetiva igualdade entre ambos.¹⁴

Segundo Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

“As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição se ajustam a esse conceito. Vejam-se, por exemplo, as normas ali consignadas de direito processual penal. Nem sempre, contudo, a fronteira entre uma e outra categoria se mostra límpida — o que, na realidade, não apresenta maior importância prática, uma vez que a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.”¹⁵

Segundo José Afonso da Silva, dentre as várias nomenclaturas dadas para a ampliação dos direitos fundamentais do homem, como direitos humanos, direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem, esta última tem sido aceita como a expressão mais adequada, pois, é reservada para constituir, no nível do direito positivo, os privilégios e instituições que se concretiza em garantias de uma coexistência livre, digna e igual para todas as pessoas.

Ainda sob as perspectivas do mencionado autor,

¹⁴ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. atual. _ São Paulo: Atlas S.A, 2015. p. 255.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. Ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63.

“No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art 17.”¹⁶

No rastro da Constituição Federal de 1998, foi trazida uma gama de direitos e garantias fundamentais, com o propósito de resguardar o cerne da dignidade da pessoa humana. Dito isto, não há dúvidas de que durante uma persecução penal, ainda que em sua fase investigativa, inexistente razão para que haja violação aos direitos fundamentais.

A autoridade responsável pela fase pré-processual, no caso, o delegado de polícia, este não pode se esquivar de viabilizar as garantias mínimas do cidadão, ou seja, a decisão do delegado de polícia deve ser resultante da argumentação e fundamentação jurídica, tudo isso em conformidade com os valores trazidos de forma tão exímia pela nossa Carta Magna.

Sabe-se que o Inquérito Policial é uma atividade preliminar e preparatória do processo, cujo caráter é entendido como meramente informativo, nela prevalecendo ainda as características de um sistema inquisitivo. Mas, é mister salientar que essa fase preliminar interfere em garantias básicas extremamente importantes, reverenciadas pela Constituição Federal de 1998, como a liberdade daquele que é encarado como suspeito da autoria de um delito.

Ainda sobre as garantias básicas que são trazidas pela Carta Magna, esta apresenta dentre outros princípios, a dignidade da pessoa humana, a cidadania, pressupostos de um Estado Democrático de Direito, os quais devem ser aplicados a todos os membros de uma sociedade, inclusive - e isto é uma obviedade - aos que figuram como

¹⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 25. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 95-97.

autor de um delito, tanto na fase processual, quanto na fase preliminar ou investigativa.

2.3 Processo penal democrático: A lógica de um sistema acusatório

Normalmente se confunde com democrático o regime de caráter representativo e deliberativo qualificado pela prevalência da vontade da maioria.

Tal definição, no entanto é incompleta porque enfoca apenas o aspecto majoritário, em detrimento da perspectiva do conflito, que é corriqueiro no âmbito da vida social, o qual se instala entre a maioria e a minoria em atuação em suas diversas arenas, quando não só os direitos daqueles devem ser assegurados, mas, também os dos grupos sociais minoritários.

No campo do processo penal democrático, vale assegurar-se através do núcleo da Constituição a garantia a direitos consagrados no âmbito internacional, enquanto arquitetura dos direitos humanos, dogmática que hoje se impõe e faz-se migrar para o bojo das ordens jurídicas nacionais enquanto agenda do constitucionalismo moderno.

O fenômeno decorrente do neoconstitucionalismo, o qual não se confunde com o movimento em sentido diverso que seria a chamada constitucionalização do direito processual penal, seria a simples incorporação de uma interpretação das normas infra-constitucionais, a partir de uma leitura qualificada, enquanto saber judicial, por que se dota a norma dessa substância axiológica, a qual deve subsistir a despeito da vontade contrária das maiorias e até mesmo da opinião pública.

Tem-se então que o processo penal democrático não pode ser circunstancial, mas definitivo, o qual deve antes de tudo se haurir na força normativa de uma constituição, que estabeleça suas regras dentro de uma perspectiva que envolva a articulação de um efetivo sistema acusatório.

Vencido esse estágio, é mister que antes de se adentrar na seara do processo penal democrático, para que este seja compreendido de forma mais proveitosa, é fundamental que sejam esclarecidas algumas considerações sobre os sistemas processuais penais, bem como o sistema que prevalece no Brasil atualmente, e adiante identificar as repercussões decorrentes da assimilação que faz da Lei 13.245/16. É importante salientar que não há pretensão alguma de aprofundamento sobre o subtema em apreço, mas sim uma mera análise, com o intento de se atingir uma compreensão do problema sob o enfoque institucional.

Assim, aprioristicamente são difundidos dois tipos de sistemas processuais penais, sendo eles, o inquisitório e o acusatório, ainda que haja alguns autores que se referem a um terceiro sistema, que é o sistema misto, sendo este um complexo dos outros já referidos sistemas, ou decorrente da aplicação deformada de um e outro.

2.3.1 *Sistema penal inquisitório*

O Sistema Penal Inquisitório traz em sua raiz histórica a marca da intolerância, ainda que modernamente esta tenha sido esmaecida com a incorporação de sensíveis avanços garantistas.

Sua experiência remonta à Santa Inquisição propagada pela Igreja Católica, quando então o Estado possuía o poder de acusar e também de julgar, o que maculava a imparcialidade do julgador.

Nesse sistema aquele sujeito que investiga é o mesmo sujeito que pune, como bem aponta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que 'a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo não contidos na "acusação" – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases'.

O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaixe guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.¹⁷

Ainda, sobre o assunto, Paulo Rangel¹⁸ orienta de que as três funções concentravam-se nas mãos de uma mesma pessoa, uma espécie de juiz, onde este iniciava ex officio a acusação, desta forma ferindo a imparcialidade. O processo era regido longe dos olhos da população, não havia o contraditório ou a ampla defesa, não considerando que o indivíduo fosse sujeito de direitos. Ainda, que o sistema era o da prova tarifada, sendo a confissão a rainha das provas, dando vazão de que esta poderia ser obtida por qualquer meio atroz.

Como se nota, o indivíduo diante desse sistema torna-se um simples objeto a ser investigado.

2.3.2 Sistema penal acusatório

Diferentemente do que ocorre no anterior, algumas características marcantes desse sistema é que há uma separação das funções de forma bem articulada, como a função de acusar, hoje atribuída ao Ministério Público, a de julgar que é atribuída ao juiz, bem como aquela que fica a cargo das partes, que é pertinente à iniciativa probatória, forma pela qual se confere a busca por um julgamento imparcial.

Para melhor elucidação do assunto, Tourinho Filho expõe:

No processo penal acusatório, que campeou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que, presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, existem, como traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadoras e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat iudex ex officio); e) o processo pode ser oral

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2001. p. 24.

¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015. p. 47.

ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois 'non debet licere actori, quod reo non permittitur'; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.¹⁹

Em concordância com Aury Lopes Junior, o Sistema Acusatório é o melhor representante do processo penal moderno, pois visa o resguardo da imparcialidade do juiz que irá proferir a sentença, garantindo ao acusado um tratamento digno e respeitoso, deixando ele de ser um mero objeto de investigação, para tornar-se sujeito de direitos e garantias.²⁰

Este sistema está estreitamente ligado ao Estado Democrático de Direito, pois exterioriza um modelo processual constitucionalizado de forma a garantir ao acusado ou ao sujeito passivo da ação seus direitos e garantias fundamentais preconizados em nível constitucional.

2.3.3 O sistema brasileiro: misto ou acusatório formal?

Este sistema como sua própria designação já demonstra contém características dos dois sistemas supramencionados, onde sua primeira fase que trata de investigação preliminar é inquisitória, e a segunda fase que é a judicial ou processual, acusatória.

Como bem aponta Aury Lopes Júnior²¹, o Estado ainda detinha a titularidade do poder, mesmo após o fracasso da inquisição, logo não poderia deixar essa titularidade a cargo dos particulares. Então, foi imprescindível dividir o processo em duas fases distintas e encomendar as atividades de acusar e julgar a pessoas e a órgãos distintos. Nesse modelo, a acusação não deixa de ser um monopólio estatal, porém realizada através de um terceiro, o juiz.

¹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p.34.

²⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10.ed. _ São Paulo: Saraiva, 2013. p. 215.

²¹ Idem , ibidem.

E, ainda, preleciona Paulo Rangel sobre as características próprias desse sistema:

- a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “juizado de instrução” (v.g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (Nemo iudicio sine actore);
- b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;
- c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;
- d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
- e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.²²

É incontroverso que o sistema que deve ser adotado no Brasil é o acusatório, pois é um modelo que representa de melhor forma o cunho democrático atual, tendo as funções de investigar, acusar e julgar separadamente. Mas, a realidade é que no sistema Brasileiro há duas fases distintas, a policial e a judicial, o que não é o bastante para alinhá-lo às vigas mestras do constitucionalismo moderno.

Nessa separação de funções, um órgão tem a incumbência de investigar e outro de julgar, porém, não levando em consideração teorias e sim as circunstâncias vivenciadas de fato, é inequívoco que no processo penal atual, age-se em desrespeito à previsão constitucional, ao aceitar-se que continue sendo marcado por proeminentes atributos inquisitivos, onde são mitigados os direitos fundamentais, como o contraditório e a ampla defesa.

Sobre a fase policial, vale mencionar o escólio de Ada Pellegrini Grinover:

O inquérito policial é mero procedimento administrativo que visa colheita de provas para informações sobre o fato infringente da norma e sua autoria. Não existe acusação nesta fase, onde se fala em indiciado (e não acusado,

²² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015. p. 52.

ou réu) mas não se pode negar que após o indiciamento surja o conflito de interesses, com 'litigantes'(art. 5º, inc. LV, CF). Por isso, se não houver contraditório, os elementos probatórios do inquérito não poderão ser aproveitados no processo, salvo quando se tratar de provas antecipadas, de natureza cautelar (com exame de corpo de delito), em que o contraditório é diferido. Além disso, os direitos fundamentais do indiciado não de ser plenamente tutelados no inquérito.²³

Ainda sobre a fase inquisitiva, qual seja, a policial, Aury Lopes Junior elucida que aqueles elementos colhidos numa fase inquisitiva são transportados para a fase judicial, apesar de que o contraditório e a ampla defesa estão suprimidos. Com isso, é fácil chegar-se à conclusão de que a predominância desse sistema inquisitivo não tem compatibilidade alguma com o Estado Democrático de Direito, estando assim, defasado para a nossa realidade atual.²⁴

Salienta, ainda, o mesmo autor que no Brasil o sistema inquisitivo continua a vigorar, principalmente no que tange a alguns dispositivos vigentes no Código de Processo Penal Brasileiro, como exemplo, aquele que investe o juiz de poderes instrutórios, restando como consequência disso a imparcialidade do julgador prejudicada.

Com o propósito de superação das práticas que produzem a miserabilidade do processo penal brasileiro, sob a ótica de Carnelluti, ensina Prado,

(...) falamos, pois, ao aludirmos ao princípio acusatório, de um processo de partes – e, por consequência, um processo onde a gestão das provas não se encontra nas mãos do julgador, mas, sim, destas mesmas partes, visto, quer do ponto de vista estático, por meio da análise das funções significativamente designadas aos três principais sujeitos, quer do ponto de vista dinâmico, ou seja, pela observação do modo como relacionam-se juridicamente autor, réu, seu defensor e juiz, no exercício das mencionadas funções.²⁵

Por fim, depreende-se que a separação das funções no processo penal moderno trata-se apenas de uma idealização, pois se se analisar a experiência brasileira, são incontestáveis as características que nele predominam e que são típicas de um sistema de cunho inquisitivo, de

²³ GRINOVER, Ada Pellegrine. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998. p. 57/58.

²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10.ed. _ São Paulo: Saraiva, 2013. p. 235.

²⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 114.

modo a discrepar da realidade democrática, bem como dos dispositivos da Constituição no que tange aos direitos e garantias.

Para que se possa ir adiante na proposta de um modelo garantista na fase investigativa, entende-se haver a necessidade de uma pesquisa mais aprofundada com relação ao Inquérito Policial, a fim de que sejam compreendidos quais as causas que contribuem para a negação da aplicação dos direitos e garantias fundamentais na fase extrajudicial, ainda que já se possa a esta altura antecipar que parte considerável do problema se situa no âmbito da gestão das provas. Mas, este ainda não é o momento oportuno para a discussão deste tema, a qual se difere para os próximos capítulos.

2.3.4 O processo penal democrático

Depois de apresentadas considerações sobre os sistemas processuais penais, ficou evidenciado que no Brasil predomina o sistema misto na teoria, onde são mescladas características dos outros dois sistemas processuais já citados. Acontece que o Código de Processo Penal Brasileiro é de 1941 - apesar das reformas já sofridas ao longo do tempo - e por esse fato não só a doutrina como também a jurisprudência, anda muito longe do padrão de democracia que se requer no processo penal.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8045²⁶, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o decreto-lei nº 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei nº 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis nº 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), o que nos trás uma justa expectativa da sociedade de superação do passado, em direção a um processo penal acusatório moderno, permitindo-se dessa forma que

²⁶ Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263> >. Acesso em: 24 jul. 2017.

haja uma defesa dos direitos e garantias fundamentais dos acusados, bem como dos investigados.

Dentro de idêntica proposta, preleciona Figueiredo Dias que o acusado no processo penal não é um simples objeto e sim um sujeito, outorgando-lhe assim uma “posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, por meio da concessão de autônomos direitos processuais, legalmente definidos, que não de ser respeitados por todos os intervenientes no processo penal”²⁷

Ainda no tocante ao Processo Penal Democrático, fazem-se necessárias sucintas considerações sobre o Pacto de San José da Costa Rica e a sua influência na Constituição de 1988, bem como uma análise breve a respeito do princípio da ampla defesa e do contraditório, o que será melhor desenvolvido adiante em tópico próprio.

A partir da leitura da Constituição Federal, mas precisamente do seu artigo 5º, nota-se que o referido Pacto de San Jose da Costa Rica imprimiu-lhe notável influência, especialmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais.

Este, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, tem o intuito de que seja firmado entre países americanos um regimento de justiça social, para isso propugnando como diretriz básica que sejam respeitados os direitos humanos, pouco importando de que local ou região seja o indivíduo.²⁸

Esse Tratado foi assinado em 22 de novembro de 1969 na Costa Rica, precisamente na cidade de San José, e foi ratificado pelo Brasil somente em setembro de 1992, tendo ele como alicerce a Declaração dos Direitos Humanos, segundo a qual ao ser humano devem ser assegurados os seus direitos civis e políticos e, por isso, ser livre e eximido de qualquer tipo de terror ou misérias.

²⁷ FIGUEIREDO DIAS. Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, vol. 1. p. 299.

²⁸ Supremo Tribunal Federal. **NOTÍCIAS STF**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380> >. Acesso em: 24 jul. 2017.

As garantias judiciais, tais como os princípios do contraditório e da ampla defesa, são tratadas no Pacto de San José da Costa Rica em seu artigo 8º, in verbis:

Artigo 8º. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

e h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público,²⁹ salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Essas garantias que não terminam apenas nas supracitadas são integrantes do Sistema Constitucional Brasileiro, e é válido ressaltar que em virtude do artigo 5º em seu parágrafo 2º da Carta Magna, o qual nos ensina que:

²⁹ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**. Disponível em:

< https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 29 jul. 2017.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.³⁰

Essas garantias possuem força de norma constitucional. Elas interagem e são de certa forma complementadas pelas garantias judiciais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, e – como forma de superação de eventuais antinomias – a que melhor possibilite os direitos fundamentais será aquela que prevalecerá.³¹

Conforme aludido, serão expostas, de modo sintético algumas considerações a respeito dos princípios do contraditório e da ampla defesa, estes insertos no artigo 5º da Constituição Federal, pelos quais se preconiza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo entendimentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em respeito ao princípio do contraditório:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1- notificação dos atos processuais à parte interessada; 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4- direito de apresentar defesa escrita.³²

Quanto ao princípio da ampla defesa, esta possibilita o acusado através da autodefesa, que é o direito de estar presente em todos os atos do processo ou por meio de defesa técnica que é a presença do

³⁰ BRASIL, Art. 5. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: 1988. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 06.

³¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antônio. Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**, 2ª ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 1992, p. 63

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007. p. 125.

seu advogado, este indispensável para o juiz, à viabilidade de manifestação. Então, como se percebe, esse princípio implica o exercício da liberdade do indivíduo em defesa de seus interesses.

Os princípios mencionados como visto possuem conceitos distintos, inclusive pelo entendimento de que pode haver o direito de defesa, sem a presença do contraditório. Mas, é importante destacar que esses princípios são inseparáveis, caminhando sempre lado a lado, tanto no processo judicial como no administrativo, sendo muitas vezes até confundidos, pois são tratados pela doutrina e pela jurisprudência de forma unificada. Ainda nesta seara, mais uma vez Ada Pellegrini nos ensina que:

Defesa e contraditório estão indissolúvelmente ligados porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.³³

A transformação que se requer seja submetido o atual sistema penal brasileiro envolve, primordialmente, a questão da gestão da prova que deve ser limitada à ação desenvolvida pelas partes, com a outorga ao indivíduo indiciado de instrumentos adequados e eficazes no sentido de refutar a acusação que lhe é imposta, oportunizando assim a aplicação do princípio do contraditório, uma vez que a própria concepção de acusação tem como ideia contraposta a defesa.

Enfim, os princípios do contraditório e da ampla defesa permitem ao indivíduo a possibilidade de empreender uma defesa em sentido amplo ao crime ou contravenção que lhe fora imputado. Apenas a observância dessas garantias fundamentais preceituadas na Carta Magna possibilita a convivência num corpo social com segurança e garantia do indivíduo aos eventuais arbítrios do Estado.

³³ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antônio. Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**, 2ª ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 1992, p. 65.

2.4 O mito que cinge o processo penal

Em conformidade com o texto constitucional, vive-se sob um enfoque ideal, onde todas as garantias são respeitadas e o indivíduo possui todas as prerrogativas que lhe são de direito. Mas, não é o que nos é apresentado na prática, onde existe uma supressão desses direitos como forma de garantia da eficiência do processo penal, nisso consiste o mito do processo penal brasileiro.

É dito então que o efficientismo penal é uma resposta política à opinião pública em que a persecução penal é eleita como uma panaceia aos males da sociedade, a qual culmina por erigir o direito criminal como *prima ratio*, em desvio evidente de seus fins.

Então, perante uma ordem constitucional que projeta um Estado Democrático de Direito, a utilização do discurso constitucional como simples retórica na produção de uma mitologia setorial no âmbito do processo penal brasileiro termina por contribuir para a recriação de um ambiente autoritário, contrariando dessa forma as premissas contidas na Carta Magna.

Vale afirmar que, em se reconhecendo que a sociedade brasileira é de fato marcada pelo autoritarismo, o mito que se cria em torno do discurso constitucional ineficaz por si só termina por conduzir ao caminho de naturalização do autoritarismo, promovendo a aceitação de um processo penal em descompasso total com a Constituição de 1988.³⁴

Como se nota, a estética do Sistema Penal em vigor remete-se ao que se denomina de Sistema Inquisitório, que se distancia da idealidade do Sistema Acusatório, do qual se difundiu a crença que o Brasil faz parte.

Porém, é a própria aparência de funcionamento conferida à justiça criminal um dos fatores que revela, talvez de maneira subliminar, que se está muito longe de um modelo processual acusatório. Ademais, contribuindo muito para este distanciamento a

³⁴ CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**, 1ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2015. p. 165.

eleição da figura do magistrado para o centro da produção de provas, e ser este tratado como a figura mais importante de atuação no processo.

É manifesto que no processo penal as partes não são tratadas como iguais, como se identifica claramente o privilégio que tem a acusação em vários momentos. Com isso, é inconteste que a funcionalidade de um mecanismo marcado por tantos desequilíbrios tende à condenação do indivíduo, colocando-o, a priori, como sendo um inimigo do estado, da sociedade, figurando-o como alguém que deve ser condenado, desde que se deflagra o início de uma acusação.

De forma bastante ordenada e de fácil compreensão, Rubens Casara, em sua obra “Mitologia Processual Penal”, ilustra esse disfarce de democracia que é encontrado no Brasil:

Para uma primeira linha explicativa, ter-se-ia no Brasil uma espécie de simulacro de democracia, no qual os atos autoritários conviveriam com um discurso democrático. Os limites ao exercício do poder, então, estariam presentes apenas no plano discursivo. Na prática, esses limites seriam ignorados, em nome da eficácia da medida adotada. (...) Para manter esse arranjo social, de poucos ricos e muito ricos e muito pobres muito pobres, foi necessário hipertrofiar o poder penal, aumentar as prisões (ainda que provisórias), restringir seletivamente direitos (ainda que fundamentais) e recorrer a mitos (ainda que autoritários).³⁵

Ainda dentro dessa linha de pensamento, no estado da arte em que se encontra o Processo Penal Brasileiro enquanto pedra de toque de uma democracia mitigada, ou simulada, como brilhantemente denuncia o autor citado, forcejou-se no sentido de franquear poderes instrutórios ao juiz que o permitem produzir provas de ofício, inclusive na fase inquisitória, no tocante àquelas ditas irrepetíveis.

Está-se aqui no âmago de uma definição que nega o próprio sentido de provas, cuja produção deveria se dar num contexto em que se preservassem o contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, se há a necessidade de se criar um antecedente de antecipação de prova pelo juiz, é importante que haja um incidente processual, em que, v.g., antes da deflagração da perícia a ser realizada, haja a permissão ao acesso do material a ser periciado tanto pelo autor, quanto pelo réu e seus respectivos assistentes técnicos.

³⁵ Idem, ibidem.

É de se entender que as anomalias que decorrem da atuação do juiz, que é marcada por excepcionalidade e arbítrio sistêmico, decorrem da sua eleição, enquanto ator do processo, para o centro de toda a persecução penal, o que se evidencia tanto pelo poder que se lhe outorga no que consiste à produção antecipada de provas, tanto quanto no poder que detém de privar o acusado de sua liberdade de ofício para possíveis investigações.

Apenas a título de demonstração, é importante que seja observada a distribuição das partes processuais numa audiência. No caso do Brasil, a índole inquisitória do seu Sistema Penal faz com que se sintam autorizados tanto o magistrado, quanto o Ministério Público a se posicionarem de forma a demonstrarem superioridade em face da defesa, o que - muito além de uma simples simbologia ostentatória e rançosa - é servível para evidenciar que a defesa do réu/acusado está sempre em desvantagem em relação aos atores estatais encarregados da persecução penal, o que decorre de uma opção político-jurídica de outorga de poder.

Então, toda a estrutura de aproximação quanto o funcionamento da justiça associa a figura do magistrado como aquele que tem o condão de promover a justiça, enquanto ao promotor tece-se na figura do acusador, sendo entendido como alguém que anseia pela justiça. Já a figura da defesa é notadamente vista ou compreendida de forma errônea como alguém que tem a função de obstaculizar a produção da justiça. Essa é a lógica do atual sistema penal do Brasil.

Quando se trabalha com essa dimensão e pensamento, percebe-se que o sistema acusatório está muito longe de ser uma realidade no Brasil. E esse insidioso fato é perceptível nas pequenas coisas do dia-a-dia (denúncias, estatísticas, noticiário policial, erros judiciários, operações espetaculosas) que impedem o advento de uma modernidade civilizatória e humanitária na prática da persecução penal do País que o alinhe com a experiência de países que conseguiram implantar um processo penal democrático de forma coerente com o ditado das suas constituições.

Para fins de comparação, não poderia deixar de ser mencionado como exemplo e também como inspiração, o Chile. Se se observar a estrutura desse sistema, chega-se à conclusão definitiva de que não se vive o processo acusatório no Brasil. Os magistrados não têm acesso aos autos, apenas terão ciência do que ocorreu de forma oral e durante a audiência. A oralidade é usada como um mecanismo muito importante para a garantia da imparcialidade.

De forma mais didática, a professora Fernanda Ravazzano, nos relata a sua experiência no Chile, segundo que:

Primeiramente, são três etapas no processo chileno: o juízo de garantias (que pode ser precedido da audiência de detenção/custódia); a etapa intermediária (em que se analisará se as provas colhidas pela acusação – podendo também serem produzidas pela defesa – são legais e podem ser usadas no juízo oral); o juízo oral (fase instrutória, em que teremos o julgamento realizado por três juízes que não entraram em contato com a carpeta – processo – anteriormente, garantindo-se a imparcialidade).³⁶

Assim, fica demonstrado de forma clara que o Brasil reproduz o modelo inquisitório, e isso é refletido na proporção do funcionamento da justiça criminal, o que está revelado nas mais diversas práticas e formas de organização e na estética da estrutura do poder judiciário.

3 O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

Diante das evidências das disfunções identificadas no Sistema Processual Penal Brasileiro, não é surpreendente que o legislador venha propugnando aperfeiçoamentos que o abarquem em suas diversas fases, dentre estas aquela em que se forma a peça-chave, em

³⁶ Canal Ciências Criminais. **A EXPERIÊNCIA NO CHILE E A BUSCAPOR UM SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL**. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/> >. Acesso em: 05 ago. 2017.

torno da qual se desenvolverá de regra a ação penal, o Inquérito Policial.

Com efeito, apesar de ser tratado como apenas uma peça meramente informativa, o Inquérito Policial na verdade não é somente isso. Grande parte das ações penais provocadas pelo Ministério Público é baseada em Inquéritos Policiais presididos por Delegados de Polícia ou, no caso dos militares, por Autoridade Judiciária Militar.

À vista desse fato, faz-se necessária a inclusão de garantias fundamentais, ainda na seara pré-processual, assegurando-se dessa forma maior legitimidade às suas conclusões.

Ademais da questão do direito positivado, o entrechoque de paradigmas impõe que haja uma mudança no estágio da cultura constitucional do País, a fim de que os profissionais que atuam como polícia judiciária venham a ter consciência e amadurecimento, e acima de tudo respeito aos princípios garantistas encontrados na Constituição Federal, principalmente no que tange ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Atingindo esse ideal, onde o Inquérito seja guiado pelas garantias constitucionais, mesmo com o contraditório mitigado em algumas situações, haverá benefícios não somente às partes que compõem o processo, mas, também à sociedade, que se livraria de um aparelho repressivo autoritário e corrupto, no sentido aristotélico da palavra, pautando-se eticamente por um sistema que imporá condenações penais livres de injustiças, ou pelo menos que por ele se superasse o estado de catástrofe social em que o Brasil se encontra, o qual pode muito bem ser aferido por meio do editorial da Edição do Jornal Extra do dia 16.08.2017, onde o combate à criminalidade passa a figurar nas páginas da “editoria de guerra”:

Mas tudo aquilo que foge ao padrão da normalidade civilizatória, e que só vemos no Rio, estará nas páginas da editoria de guerra. Um feto baleado na barriga da mãe não é só um caso de polícia. É sintoma de que algo muito grave ocorre na sociedade. A utilização de fuzis num assalto a uma farmácia não pode ser registrada como uma ocorrência banal. A morte de

uma criança dentro da escola ou a execução de um policial são notícias que não cabem mais nas páginas que tratam de crimes do dia a dia.³⁷

Este estado de caos social tem correspondência com o número acachapante de inquéritos policiais inconclusos. Conforme notícia o CONJUR, em sua edição de 10.01.2013, são 3,8 milhões de inquéritos policiais ou notícias-crime sem conclusão. A quantidade equivale a 72% do total de 5,3 milhões de inquéritos recebidos pelas Promotorias e Procuradorias estaduais e federais.³⁸

Vê-se que há uma forte correlação entre realidade social e nível de atuação da polícia investigativa, a qual termina por se amoldar ao quadro adverso, pois que atua com as mãos amarradas pelos níveis políticos decisórios, dos quais se percebe uma certa má-vontade em atacar a criminalidade de modo científico, encarando-a com os processos e as políticas necessárias, em enfoque pluridisciplinar, mas principalmente dotando as polícias dos equipamentos necessários, bem como incorporando à legislação penal os avanços indispensáveis a que o trabalho de investigação não requeira a adoção de medidas arbitrárias.

Com efeito, o arbítrio não é coerente com o grau de proteção que a Constituição outorga aos cidadãos, nem pode servir de régua de atuação para o Serviço Público e seus agentes, os quais adstritos aos princípios da moralidade e da legalidade que regem a Administração Pública não podem recorrer a medidas arbitrárias ainda com o fito de combater a criminalidade, no sentido de apenas para dar uma resposta aos reclames da sociedade e da mídia, pois tal resultaria em atuações punitivas ilegais, injustas e desordenadas, gerando-se o risco de que o aparato burocrático estatal venha a se transformar numa verdadeira escola de delinquência, o que em absoluto não é e nem poderia ser.

³⁷ Extra. **ISSO NÃO É NORMAL**. Disponível em:

< <https://extra.globo.com/casos-de-policia/guerra-do-rio/isso-nao-normal-21711104.html> >. Acesso em: 12 ago. 2017.

³⁸ Consultor Jurídico. **PAÍS TEM 3,8 MILHÕES DE INQUÉRITO SEM CONCLUSÃO**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jan-10/pais-34-milhoes-inqueritos-policiais-conclusao-aponta-cnmp> >. Acesso em: 12 ago. 2017.

Numa sociedade moderna e dita democrática, é uma obviedade que se exija respeito às garantias constitucionais; além do mais, que, as instituições policiais têm a necessidade de evoluir de forma a acompanhar as mudanças sociais, pautando-se sempre nos direitos do homem e nas garantias positivadas na Constituição como direitos fundamentais.

3.1 O inquérito policial e seu aspecto material

É primordial que sejam feitas algumas considerações preliminares acerca do instituto do Inquérito Policial, abordando seus aspectos cruciais, visando a construção de uma proposta de constitucionalização.

Sabe-se que não deve ser iniciado o processo penal judicial sem que haja uma devida apuração dos fatos, de forma a juntar os itens suficientes capazes de fundamentar uma acusação. Não sendo dessa forma haveria um afastamento da presunção da não-culpabilidade, e ainda, o acusado sofreria ao longo de todo o processo por causa de uma acusação inadequada.

3.1.1 Aspectos históricos

De acordo com os ensinamentos de Coutinho³⁹, o Sistema Inquisitivo teve sua origem no campo da Igreja Católica e seu marco histórico foi o IV Concílio de Latrão, quando o domínio da Igreja passou a ser relativizado. A partir desse marco, apesar de algumas providências já começarem a ser tomadas, os leigos ainda perseveraram ganhando poderes em razão do desenvolvimento contínuo das cidades medievais, onde prevalecia um pensamento em que se mirava o comércio. Nesse ínterim, também foram criadas universidades com o fito de preparar os cidadãos para uma nova realidade social.

³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2001. p. 24.

Assim, nos primórdios do século XIII, o papa Inocêncio III determinou um concílio com a cúpula da Igreja Católica em São João Latrão, e ali ficou decidido uma inovação, que se tratava de fato de um novo modelo processual, onde predominava a confissão pessoal imposta. Esse modelo inovador ou essas novas regras processuais foram estabelecidas em uma bula, onde eram permitidos os métodos operados para obtenção de provas pela Santa Inquisição, dentre os quais a tortura.

Infere-se nesta fase embrionária que as partes foram excluídas do processo, com a centralização na figura do réu, este considerado pecador, o qual era dono de uma verdade que a qualquer custo deveria ser descoberta; pelo que todos os meios eram permitidos para conseguir o almejado, inclusive a utilização de meios insidiosos. Então, os fins justificavam os meios e o indivíduo, dito criminoso, era submetido a diversos tipos de suplícios, das piores formas imagináveis. E a absolvição do inquirido só seria possível, se este resistisse à tortura, o que era praticamente inviável.

Infelizmente, esse novo modelo processual prevaleceu durante muito tempo, principalmente pelo fato de que aqueles que detinham o poder não eram atingidos por essas regras intransigentes pelas quais esse sistema era regido, permitindo-se, inclusive, que esses detentores manipulassem as premissas fáticas e jurídicas, com a finalidade de obter o resultado processual pretendido.

Já noutra época, após a superação do modelo inquisitório, percorre-se a evolução do instituto do Inquérito Policial a partir do Período Colonial, período em que Portugal se utilizava das Ordenações Filipinas como regras jurídicas, onde a investigação criminal também era inquisitorial e reprovável.

Porém, com a Independência do Brasil, algumas leis foram implementadas, dentre elas, o Código de Processo Criminal, datado de 1832, que trouxe uma mudança do sistema jurídico com a associação

de um anexo de normas próprios, tudo isso, como consequência do fortalecimento da soberania com o advento da independência.⁴⁰

Então, a partir desse Código Criminal de 1832, a devida realização da investigação se dava baseada em uma denúncia ou queixa, exibindo, contudo, um caráter de instrução processual, entendimento pelo qual as denominadas “provas” colhidas ali influenciavam no julgamento do mérito. A apuração dos fatos, nesta época ficava a cargo de juízes de paz, leigos e eleitos pelos cidadãos da região.⁴¹

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Mendes, este nos relata que a reforma ocorrida em 1841, nos conduziu a uma significativa mudança legislativa no tocante à investigação preliminar, a qual passou a ser pré-judicial, servindo como uma espécie de contribuição à propositura da ação penal. Ainda, com esta reforma foi retirada a competência da investigação criminal designada por um juiz de paz, passando a ser atribuída essa função aos delegados dos chefes de polícia, que eram escolhidos entre juízes e desembargadores e eleitos pelo Imperador.

Com a Proclamação da República, em 1889, ao contrário do que se esperava, não houve maiores indagações sociais, frente às questões republicanas introduzidas. Isso porque, mesmo com as significativas mudanças, a sociedade ficou ainda ultrapassada quanto à efetividade das garantias civis, principalmente diante da situação de o sistema jurídico brasileiro não ter evoluído e também pela cultura da época.⁴²

Tendo em vista as alterações postas na primeira Constituição da República de 1891, houve o declínio do Império e de suas principais instituições monárquicas, dentre elas, o Conselho de Estado e

⁴⁰ MACIEL, José Fábio Rodrigues, História do Direito, **O Inquérito Policial No Brasil**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inquerito-policial-no-brasil,origens/415> > Acesso em: 13. Ago. 2017.

⁴¹ MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **A Invenção do inquérito Policial Brasileiro em uma Perspectiva Histórica Comparada**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 147-169, 2008 . Disponível em:< http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/95/100 > Acesso em : 13. Ago. 2017.

⁴² Idem, ibidem.

vitaliciedade do Senado, o Poder Moderador, a introdução do sistema presidencialista de governo, e ainda, a extensão dos poderes dos estados e a supressão de uma religião oficial.

Como bem pontifica, Andrade Oliveira, no ano de 1941, surgiu o Código de Processo Penal atual, por meio do Decreto-Lei nº 3.689. Este, foi estabelecido sob influência do fascismo italiano, bem como do autoritarismo do Governo Vargas. Com o surgimento deste Código, os sistemas processuais penais foram unificados.⁴³

O legislador brasileiro elegeu que o Inquérito Policial deveria permanecer nesta atual conjuntura, afastando a hipótese de instrução exclusiva para a esfera judicial. Decisão que teve como justificativa a consideração que a realidade brasileira não ficava adstrita somente aos centros urbanos, mas também às comarcas no interior. Isso se deu, pois, o juizado de instrução funcionaria sob a condição de que a distância dentro da jurisdição fossem acessíveis, por isso, permaneceu o Inquérito Policial no nosso Código Penal de 1941.⁴⁴

Tem-se ciência de que atualmente tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 156/2009, o qual versa sobre a reforma do Código de Processo Penal, ainda de 1941. Um dos motivos desse projeto é que seja feita a adequação do corrente Código com a Constituição Federal de 1988, pois, ambos foram instituídos em ocasiões históricas diferentes. Logo, é estreme de dúvidas, que mesmo com a implementação de algumas modificações a este Código, ele se encontra defasado frente aos preceitos constitucionais.

De forma mais precisa, são explicitados esses motivos pelo Projeto de Lei nº156/2009, o qual enuncia que:

“Se em qualquer ambiente jurídico há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de

⁴³ DE ANDRADE, Vinícius Lúcio; OLIVEIRA, Gleick Meira. **Inquérito Policial: Um Modelo em Colapso**, disponível em: <
https://www.academia.edu/4583215/Inqu%C3%A9rito_Policial_Um_Modelo_em_Colapso_Revista_Jur%C3%ADdica_A_Barriguda > Acesso em: 17. Ago. 2017.

⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 11.ed. rev. atual. E ampl. _ Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 215.

elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. E sobram razões: históricas, quanto às determinações e condicionamentos materiais de cada época; teóricas, no que se refere à estruturação principiológica da legislação codificada, e, práticas, já em atenção aos proveitos esperados de toda intervenção estatal. O Código de Processo Penal atualmente em vigor - Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 -, em todas essas perspectivas, encontra-se definitivamente superado. A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. E essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. O Código de 1941 anunciava em sua Exposição de Motivos que "(...) as nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade...". Ora, para além de qualquer debate acerca de suposta identidade de sentido entre garantias e favores, o que foi insinuado no texto que acabamos de transcrever, parece fora de dúvidas que a Constituição da República de 1988 também estabeleceu um seguro catálogo de garantias e direitos individuais (art. 5º).⁴⁵

Nessa perspectiva, tendo em vista o panorama supra analisado, percebe-se que o caminho a ser trilhado doravante não pode ser outro senão aquele que conduz à democratização do Processo Penal, propósito que coaduna com as mudanças profundas e valorosas no Inquérito Policial que se aguardam, com a finalidade de adequação deste instituto e das práticas que ocorrem em seu bojo aos mandamentos constitucionais, principalmente em referência aos direitos e garantias fundamentais.

Que se advirta, no entanto, que não serão apenas simples alterações tópicas na sistemática do Inquérito Policial que irão levar o Brasil a um patamar de sistema penal acusatório nos mesmos moldes paradigmáticos do Chile.

3.1.2 *Conceito e características do inquérito policial*

Consoante os ensinamentos de Renato Brasileiro Lima⁴⁶, o Inquérito Policial dispõe de função protetora na medida em que sua prévia existência preserva a liberdade daquele acusado, que pode ser

⁴⁵ AMPERJ, PROJETO DE LEI Nº 156, DE 2009 (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). Disponível em: < <http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf> > Acesso em: 13. Ago. 2017.

⁴⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 107.

um inocente, evitando assim, custos desnecessários ao Estado, pois impede que seja instaurado um processo penal sem fundamentos. Além disso, o Inquérito Policial fornece elementos de informação para que o titular da ação penal, que pode ser o Ministério Público, o ofendido ou seu representante, ingresse em juízo e para acautelar meios de prova que poderiam desvanecer com a passagem do tempo, pode-se dizer que esse instituto possui também uma função preparatória.

Trata-se o Inquérito Policial de um procedimento administrativo, elaborado ou instaurado pela polícia judiciária, seja civil ou federal e tem como finalidade a reunião de indícios de autoria e materialidade para que a ação penal possa ser oferecida. Este não tem natureza jurídica de processo judicial, por isso não se aplicam a ele os princípios do direito processual e sim os princípios do direito administrativo.

Um desses princípios específicos do Inquérito é o sigilo, ou seja, é procedimento sigiloso, diferente do processo que é público. E sigilo este que pode ser denominado tanto de sigilo externo quanto interno. A diferença entre eles é que o externo é aquele sigilo voltado para toda a sociedade, diferente do processo, o qual é regido pelo princípio da publicidade externa, ou seja, qualquer processo criminal judicializado é um ato público e o acesso a seus atos judiciais é livre. Tal conduta não ocorre no Inquérito, pois a sociedade não tem acesso, pelo fato de existir esse sigilo externo, pelo qual o Inquérito é regido.

Seguindo o mesmo raciocínio, o sigilo interno é aquele onde a publicidade interna é um direito daqueles que estão envolvidos no processo, as partes e os envolvidos possuem o direito de participar e acessar toda matéria produzida nele, bem como, de ser informado de todos os atos processuais. Enquanto no Inquérito Policial não há esse tipo de publicidade, ou seja, no referido instituto, impera tanto o sigilo externo quanto o interno, como já explicado.

Uma investigação policial dentro de um Estado Democrático de Direito deve ser executada com o objetivo de preservar a essência da dignidade da pessoa humana. Para que uma persecução penal seja efetiva e realizada de forma competente não é necessário que haja a

violação de direitos fundamentais, a fim de que se atenda a apelos circunstanciais da sociedade quanto à punição do indiciado.

Como bem aponta Carnelluti⁴⁷, na obra clássica *As Misérias do Processo Penal*, os jornais ocupam suas páginas com notícias de delitos e processos, pois, esses assuntos muito interessam à população, principalmente quando se tratam de processos “célebres”, aqueles com mais repercussão midiática. A população assiste ao processo como uma forma de entretenimento, percebe-se com isso que o processo penal é uma “escola de incivilização”.

Ainda sob a perspectiva do mesmo autor, os acusados são vistos como se não fossem homens de verdade, ou se o forem, pertencentes a outra raça, diferentes do resto da população de “homens de bem”. O pensamento da sociedade em torno dos acusados é de ódio e sentimento de vingança, mas, conforme já mencionado anteriormente, isto não pode servir de justificativa para uma afronta aos direitos do acusado.

Dentro desse esquadro, ainda que o sistema inquisitório seja hoje refutado em sua essência, é de se reconhecer que à época da sua instituição representou um avanço considerável contra as decisões simplesmente totalitaristas, eis que, a seu modo, buscava a reconstrução do ocorrido, ou seja, não legitimava a força pela força mas, sim, a força pelo acontecido.⁴⁸

Ocorre que, conforme ensina Daniel Gerber,

Na medida em que as mudanças trazidas pelo Iluminismo se operam e se concretizam no âmbito jurídico, o conceito de verdade sofre alterações e, em consonância com o fato de o indivíduo representar um valor a ser respeitado e defendido, a busca de tal verdade também transforma-se por completo.⁴⁹

Com isso, as condicionantes próprias do Estado Democrático de Direito implicaram no abandono de uma verdade ética/política, também denomina por substancial e tradicionalmente erigida sobre valorações,

⁴⁷ Carnelluti, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo. Vidalivros/2012. p. 08.

⁴⁸ GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante: Uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 58.

⁴⁹ Idem, ibidem.

aspectos subjetivos que se faz acerca de determinados fatos, para ancorar-se num juízo de verossimilhança, de forma limitada pelos direitos inerentes aos indivíduos.⁵⁰

É nesse sentido que deve ser tecida a crítica ao Inquérito Policial, instituto de importância fundamental na investigação dos delitos penais, a fim de esclarecer sua autoria, para o que se impõe a necessidade de que se busque providenciar diligências para a completa elucidação dos fatos, sem que ocorram obstáculos que dificultem a colheita dessas informações e a busca pela verdade.

Logo, sua marca predominante no atual estágio do Processo Penal Brasileiro ainda é o de que se trata de um instituto sigiloso, onde não há o contraditório, do que resulta seu caráter inquisitorial.

Apesar de ser dispensável, não se pode contestar a sua importância, afinal, os atos realizados durante essa fase poderão ser levados em consideração pelo magistrado se combinados com os demais elementos colhidos na fase judicial. De acordo com Marta Saad⁵¹, o Inquérito não apenas noticia, mas, também traz elementos que instruem o processo e auxiliam no convencimento do juiz.

Muitas vezes, existem num Inquérito provas ditas irrepetíveis (aquelas que pelo decurso do tempo, seriam impossíveis de serem produzidas), essas provas, apesar de produzidas durante um Inquérito Policial, possuem o mesmo valor probatório de provas produzidas em juízo; e nessa amplitude de visão, esse instituto se eleva a muito mais do que uma simples documentação informativa, fazendo assim, parte do processo e deve ser amparado constitucionalmente.

É sabido que quem preside o inquérito é a autoridade policial, sendo o delegado o agente destinado a tal ato. A atividade desenvolvida é administrativa, logo, em tese, não se aplica os princípios do contraditório e da ampla defesa, e é nesta sede que se apuram os indícios de autoria e materialidade do evento criminoso; e após a sua conclusão, será encaminhado ao Ministério Público, que irá

⁵⁰ Ibidem, p. 60.

⁵¹ SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 161.

deflagrar a ação penal com base nos elementos ali colhidos, como poderá também arquivar ou aditar a referida.

A conclusão é de que a finalidade desse instituto cumpre dois objetivos: primeiramente, fornecer elementos para a formação da opinião delicti do órgão de acusação, qual seja, o Ministério Público, podendo dessa forma, contribuir para a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou também lhe trazer fundamento para uma decisão de absolvição sumária; e, além disso, dar um fundamento que comprove o suficiente para que a ação penal disponha de justa causa, que se trata de prova mínima razoável acerca da autoria e da existência de um delito.

3.2 Supressões dos Direitos e Garantias no Inquérito Policial

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

Diante do disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, é manifesto:

Art. 5º. [...] LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Esse artigo é motivo de divergência perante a doutrina e a jurisprudência, pois, a maior parte da doutrina sustenta que os princípios da ampla defesa e do contraditório não devem ser aplicados durante a fase pré-processual, tendo em vista as ultrapassadas definições entre processo e procedimento, bem como o fato de ser mencionada a designação acusado e não indiciado, porém, tal zelo redacional não deve ser elevado ao nível de impedimento para aplicação deste artigo na investigação preliminar.

Destoando dessa convicção, Rogério Laura Tucci, defende que:

“à evidência que se deverá conceder ao ser humano enredado numa persecutio criminis todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou da execução, seja absolutório ou condenatória a sentença proferida naquele.”⁵²

Então, é notável que para o mencionado autor, a utilização desses princípios deve ser respeitado não somente no curso da ação penal, como acreditam a maioria dos doutrinadores; mas, também se revela de extrema significância durante a fase da persecução penal.

De igual forma, o direito a ampla defesa na fase pré-processual também é demonstrada no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna. É pertinente mencionar que a ampla defesa divide-se em autodefesa e a defesa técnica. Esta última significa a presença de um advogado, salientando a indisponibilidade da defesa técnica, tanto no processo judicial, quanto no procedimento administrativo, a fim de que se assegure uma paridade de armas entre o indiciado e o Estado.

No tocante à ausência de observância dos referidos princípios constitucionais durante a fase inquisitorial, Vicente Greco Filho, citando a revista dos Tribunais, informa que:

Não obstante, ainda que ausente o contraditório, é possível falar-se no exercício do direito de defesa no Inquérito Policial, segundo sustenta Marta Saad. Acolhe a autora posição doutrinária de que ambos os institutos não se confundem e que, principalmente, são eles autônomos. Assim, reconhecida a existência de acusação no Inquérito Policial, entendida esta como sendo atribuição ou afirmação de um fato delituoso a alguém, corolário imprescindível é o exercício do direito de defesa, aqui compreendido de forma ampla como sendo resistência de modo a permitir a contraposição das acusações, “com assistência de advogado, a possibilidade de guardar silêncio e a admissibilidade de produção de provas, indispensáveis à demonstração de sua inocência ou da sua culpabilidade diminuída”.⁵³

O Inquérito Policial não é regido pelo princípio da publicidade, conforme disposto no artigo 20 do Código de Processo Penal,

⁵² TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. Ed. Saraiva. São Paulo, 1993, p. 205-206

⁵³ FILHO, Greco Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 342.

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.
Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes.⁵⁴

A autoridade irá assegurar durante a fase de inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse social, tudo isso, com o intento de não comprometer o êxito das investigações.

De acordo com Távora e Alencar⁵⁵, com esse sigilo se objetiva a proteção da presunção de inocência, de forma a evitar uma condenação antecipada pela sociedade, caso tenha conhecimento dos desfechos da investigação. Quanto ao investigado, não é permitido impedir o acesso, com exceção das diligências que se acham em andamento, em que o sigilo deve ser absoluto, tanto para o acusado quanto para a sua defesa. Logo, na investigação se revela o sigilo externo, pois, o advogado, ainda que com algumas restrições, e os órgãos estatais têm acesso aos autos do Inquérito.

A autoridade responsável por essa fase inicial, qual seja, o delegado de polícia, não poderá determinar o arquivamento do Inquérito, mesmo constatando que não houve nenhum tipo de infração penal, pois essa função só pode ser decidida pelo magistrado, ao contrário, haveria uma usurpação de funções pelo delegado de polícia.

Ainda, seguindo os ensinamentos do mesmo autor, a investigação é um procedimento mais célere devido à discricionariedade da Autoridade Policial, que não necessita de anuência judicial para a prática de seus atos de investigação. Então, como a participação do indiciado nesta fase é suprimida, o magistrado fica impedido, em tese, de se valer somente de elementos colhidos durante o inquérito para a prolação da sentença, sob pena de violação a preceitos constitucionais.

Outra peculiaridade referente ao inquérito que deve ser anotada é a sua dispensabilidade quanto à propositura da ação penal, já que as

⁵⁴ BRASIL, Art. 20. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: 1941. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 590.

⁵⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Ridrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. atual. ampl. _ Salvador _ Bahia: JusPodivm, 2014. p. 152.

denúncias ou as queixas podem se subsidiarem em inquéritos não policiais, que são aqueles que são guiados por autoridade diferente da policial, como trabalhista, parlamentar, etc., onde é dispensada a atuação da Polícia Judiciária.

Embora existam entendimentos de que a investigação criminal é dispensável, é indiscutível a sua importância ao oferecimento da denúncia, para que sejam evitadas acusações sem fundamentos, sem indícios de autoria e materialidade, visto que o fato de ser incriminado injustamente resulta em enorme sofrimento ao atingido e profundas repercussões no corpo social, o que serve de forte justificativa e motivação suficiente a que tais danos sejam obstados por meio de uma fase investigativa eficiente, até porque a Eficiência foi erigida como um dos princípios retores da Administração Pública.

Por fim, examinando as características do Inquérito Policial, foi demonstrado que este se encontra defasado em relação às normas de um Estado Democrático de Direito que orienta o Processo Penal atual. Então, embora alguns autores não tenham conferido ainda uma maior fiabilidade ao instituto em questão, este vem ganhando repercussão devido às intervenções que vem sofrendo no momento atual.

3.3 Importância e valor probandi dos elementos colhidos na fase investigativa

A priori, é interessante que seja pontuado que o indivíduo não é punido apenas no momento de sua condenação, mas também, no momento da acusação, quando deveria estar amparado pela presunção de inocência. Isso acontece porque, apesar de muitos processos findarem com a absolvição do acusado, em razão de não haver elementos suficientes para a comprovação da autoria e da materialidade do crime a ele imputado, este indivíduo fica marcado para sempre, devido a atos que o expõem a condições infamantes, a exemplo de notícias sensacionalistas divulgadas por mídia social. Tudo isso poderia ser evitado ou pomenorizado se houvesse uma investigação criminal eficiente e livre de vícios.

O inquérito exige a observância dos preceitos constitucionais ainda que seja de forma diferida. O fato de existir até então atos que não honrem as disposições constitucionais soa de forma grotesca na atual conjuntura. O que estabelece o valor probatório num Inquérito Policial são os caracteres inquisitivos que ele ainda possui, principalmente pelo fato de serem apreendidos esses conteúdos probatórios com a fragilidade da não constatação do contraditório e da ampla defesa.

Como já anteriormente afirmado, a principal crítica que se dirige ao Sistema Penal Brasileiro impacta diretamente com a questão da gestão da prova, a qual – apesar de ser o fundamento para a condenação ou a absolvição de um acusado – vinha sendo subtraída do controle do ator mais frágil do processo: a defesa.

Portanto, é uma obviedade o fato de que os atos de investigação encontrados em sede de Inquérito possui um valor probatório limitado, do contrário, haveria uma falta de nexos, a que fosse atribuído valor probatório a um procedimento realizado em sigilo, onde o crivo do contraditório ou de defesa não sejam respeitados.

Segundo lições de Lopes Júnior⁵⁶, embora, o Inquérito seja um procedimento informativo, seus atos servem como fundamento para restrições das liberdades pessoais, através das prisões cautelares, busca e apreensão, dentre outros. Então, se o magistrado pode, com base nos elementos colhidos nessa fase de investigação, decidir sobre o direito de liberdade e propriedade do indiciado, fica indiscutível a sua importância.

É pontuado no artigo 155 do Código de Processo Penal, depois da alteração da Lei 11.690/2008, que o magistrado formará sua convicção pela apreciação da prova de maneira livre, porém, não poderá fundamentar a sua decisão exclusivamente nos itens extraídos da fase investigativa, claro, que há a ressalva quanto às provas cautelares, antecipadas e não repetíveis.

⁵⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6.ed.rev., atual. e ampl _ São Paulo: Saraiva, 2014. p. 235.

É mister salientar que existem controvérsias quanto a essa menção do termo “exclusivamente” no mencionado artigo. Parte da doutrina entende que numa sentença não deveria haver nenhum elemento constante da fase investigatória, e sim, deveria basear-se somente em provas produzidas na fase judicial, pois há o crivo da ampla defesa e do contraditório. Esse entendimento é defendido por Aury Lopes Júnior.

Já, outra parte da doutrina entende de forma literal ao artigo supramencionado, ou seja, uma sentença não deve se basear “exclusivamente” em elementos coletados na fase investigativa, mas, isso não tem o condão de fazer com que o magistrado não se utilize desses elementos, desde que sejam coadunadas com aquelas provas produzidas na fase judicial. Esta é a posição de Tourinho Filho⁵⁷, quando afirma que as provas obtidas na fase policial podem ser restauradas em juízo, sob o crivo da defesa.

Segundo Aury Lopes⁵⁸ a natureza da investigação preliminar, apenas serve para o esclarecimento do fato e a individualização da conduta dos seus autores, ou seja, visa a busca da materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria, o que gera a permissão do exercício e a admissão da ação penal. Ainda, que esses elementos colhidos na fase investigatória não sejam conduzidos aos autos do processo, pois o seu valor probatório se exaure com a admissão da denúncia.

Como visto, depreende-se que apesar de discordâncias doutrinárias quanto ao uso dos elementos colhidos na investigação preliminar, estas são aplicadas para fundamentar decisões do magistrado de forma indireta, seja em decisões interlocutórias, como em sentenças. Logo, o magistrado se vale das provas obtidas na fase investigativa, desde que harmonizada com aquelas produzidas sob o crivo do contraditório.

⁵⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997. p. 34.

⁵⁸ Idem, ibidem.

A título de exemplo, é demonstrado este Agravo Regimental, onde a Ministra Laurita Vaz denegou o agravo em recurso especial, o qual alegava que a condenação foi somente lastreada por provas colhidas em na fase policial:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDENAÇÃO FOI LASTREADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS COLHIDOS NO INQUÉRITO. NÃO OCORRÊNCIA. DEPOIMENTO JUDICIAL SUJEITO AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Em observância aos atos decisórios prolatados pelas instâncias ordinárias, tem-se que a materialidade delitativa relacionada à prática do tráfico ilegal de entorpecentes não está fundada somente em provas inquisitoriais, mas também em conteúdo produzido em juízo, sob o crivo do contraditório, sendo descabida a alegação. 2. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no AREsp: 161063 SC 2012/0077375-8, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 09/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/04/2013)⁵⁹

Nessa situação, a Excelentíssima Ministra Laurita Vaz entendeu que não houve constrangimento ilegal, pois não houve ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pelo fato de que a condenação do acusado é pautada em outras provas, e não somente naquelas colhidas na fase de Inquérito Policial.

Por fim, diante de tais alegações, arremata-se que apesar de não ser conferido valor probante suficiente para os elementos extraídos na fase do Inquérito Policial que sejam razoáveis para fundamentar uma condenação penal, pela supressão das garantias e direitos fundamentais ali acometidos; ainda assim, esses elementos não podem ser julgados irrelevantes, afinal coadunados com elementos que fazem parte do processo, podem influir diretamente neste, por isso, deve haver a garantia aos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade do indiciado, que esteja sendo investigado.

⁵⁹ JUSBRASIL, **JURISPRUDÊNCIA**. Disponível em:
< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23340573/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-161063-sc-2012-0077375-8-stj#> > Acesso em: 18. Ago. 2017.

4 O ADVENTO DA LEI 13.245/16 E SUA EFICÁCIA QUANTO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDICIADO

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

A referida Lei foi publicada no Diário Oficial da União no dia 12 de janeiro de 2016, onde garantiu ao cidadão de forma ampla o direito aos seus princípios fundamentais de ordem jurídica, quando concedeu a atuação da defesa técnica de forma efetiva no Inquérito Policial, bem como, em outros dispositivos de apuração criminal.

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

Conforme já versado no decorrer do trabalho, o Inquérito Policial é denominado no Sistema Processual Penal Brasileiro como um procedimento preliminar, de caráter administrativo e investigativo, por isso, o preceituado no artigo 5º, LV da Constituição Federal,

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;⁶⁰

O qual reporta que aos litigantes e aos acusados em geral, tanto em processo judicial quanto no administrativo serão assegurados o princípio do contraditório e da ampla defesa, logo, não há dúvidas de que tal procedimento administrativo com este artigo se coaduna.

⁶⁰ BRASIL, Art. 5. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: 1988. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 06.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ser a maior instância do poder Judiciário Brasileiro, tem como missão a proteção da Constituição Federal, conforme artigo 102⁶¹ da mesma. Este Pretório Excelso anunciou a Súmula Vinculante de nº 14, a qual vem engendrando conflitos com relação ao disposto no já aludido artigo 5º, LV da Carta Magna.

Então, o STF delibera que a melhor interpretação no tocante a referida Súmula é que por maior que seja uma garantia, esta não tem a capacidade de everter o interesse público ao privado, ou seja, o direito da ampla defesa não deve impedir que o Estado aplicasse o jus puniendi ao agente delituoso. Foi chegada a essa conclusão pelo fato de que a Constituição refere-se ao contraditório e a ampla defesa como garantia do cidadão, mas, as investigações policiais não possuem esse mérito, pois não se trata de processo, e o indivíduo a esta submetida não se trata de acusado e sim de indiciado.

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

Súmula Vinculante 14

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.⁶²

Percebe-se que ao permitir o acesso aos advogados aos elementos que constam em autos de inquéritos policiais, foi estabelecido um limite para isso, dentre os quais, que haja interesse do representado e que as provas já tenham sido documentadas, ou seja, para que a defesa tenha acesso precisava-se de poderes outorgados pelo seu cliente e quanto às provas, só teria acesso o defensor àquelas já anexadas aos autos do inquérito. O que se depreende que as

⁶¹ BRASIL, Art. 102. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: 1988. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 39.

⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **APLICAÇÃO DAS SÚMULAS NO STF**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> > Acesso em: 13. Ago. 2017.

investigações ainda não materializadas não deveriam ser de conhecimento do investigado, já que este é um objeto da investigação.

A súmula de nº 14 do STF representou um acanhado avanço ao dar uma interpretação parcialmente garantista ao artigo 7º do Estatuto da OAB, isso, obviamente, antes do advento da Lei 13.245/2016, no sentido de que o acesso aos advogados aos autos da fase policial somente fosse autorizada para apurar provas já documentadas e também exigir que os defensores estivessem munidos de procuração do seu cliente, e, em contrapartida, outorgou poderes à autoridade policial para separar partes de suas investigações que se acham inconclusas, colocando-as em arquivos apartados com o fim de investigação.

Então, o STF concluiu que em um Estado Democrático de Direito, não pode o guardião da Constituição Federal criar impedimentos a tutela penal exercida pelo Estado contra quem atua de forma contrária ao próprio Direito.⁶³

Na prática, segundo a crítica balizada do professor Daniel Keller manifesta em sua palestra no Simpósio de Direito Penal e Processo Penal, conferida no dia 03 de agosto de 2017, o defensor peticionava ao delegado requerendo cópia dos autos do Inquérito com fundamento na Súmula vinculante de nº 14 do STF, e em resposta a autoridade policial definia quais peças eram julgadas convenientes para o interesse do cliente desse advogado. Também, o advogado precisava provar a sua relação de patrono com o seu cliente para ter acesso aos autos no Inquérito de seu interesse, e só teria acesso a matéria de investigação que já estivesse concluída, apenas as diligências concluídas e documentadas no IP.

Ainda, no que se refere à prática, de acordo com experiências do professor supramencionado, essas divergências geravam muitos problemas, pois, quando esta súmula vigorou no Brasil, o que comumente acontecia era as autoridade policiais realizarem a investigação, oitiva de testemunhas, e o advogado não poderia assistir

⁶³ www.jusmilitaris.com.br – SANTANA, Luís Augusto. Os Inquéritos Policiais e a Súmula Vinculante número 14. Disponível em: < <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/sumvinc14.pdf> > Acesso em: 19. Ago. 2017.

ou participar disso, pois os atos estavam em curso, e teria que ser esperada a conclusão do ato para depois ter acesso ao depoimento já documentado. Com isso, alguns delegados não documentavam os termos investigados nos autos do inquérito, o que era feito apenas no último dia da investigação, a documentação era autuada e acondicionada nos autos. Esse não acondicionamento dos elementos colhidos na fase investigativa nos autos desse procedimento intencionava que os advogados não tivessem acesso à matéria da investigação.

Por fim, apesar do assunto não ser tratado diretamente pela própria lei e o Supremo Tribunal Federal não ter se manifestado ainda sobre o assunto, o que acontece é que a Súmula Vinculante de nº 14 foi revogada tacitamente com o advento da Lei 13.245/2016, pois tecnicamente a referida Lei lhe retirou o objeto, e as regras da Súmula perderam o sentido.

4.2 Mudanças ocorridas com o estabelecimento da lei 13.245/16

Conforme se vem asseverando ao longo deste trabalho, o novo diploma legal foi corretamente dirigido a um ponto focal de suma importância para a modernização do Processo Penal Brasileiro: a gestão da prova, que é a marca distintiva entre os sistemas penais, em sinalização a que o Brasil realmente avança em direção a um sistema acusatório, ainda que haja outras implicações técnicas que se exigem para tanto, e que haja uma revolução no que respeito à valoração do indivíduo enquanto sujeito processual.

A consequência mais visível produzida pelo advento da Lei 13.245/2016, sem dúvidas, foi a revogação de um sem números de orientações normativas autoritárias nos planos federal e estadual que terminavam por impedir o acesso pelos advogados aos autos de inquéritos, principalmente no que se refere a investigações em andamento.

Como já apontado, a Lei 13.245/16 modificou a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), essa alteração se deu precisamente no artigo 7º,

inciso XIV e ainda foi acrescentado o inciso XXI ao referido artigo. O inciso XIV deste diploma legal antes da Lei 13.245/16, previa que:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

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

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

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

A análise comparada dos dois artigos em suas versões antes e depois da Lei deixa claro que o legislador, ao identificar que dentre as mazelas do Processo Penal sobressaía a fragilidade da atuação institucional do advogado, sensível aos paradigmas da modernidade, decidiu por empoderá-lo ao reconhecer-lhe positivamente a prerrogativa inafastável que tem de examinar autos da investigação em qualquer instituição e não apenas no tocante à repartição policial, pois é de se considerar que outros órgãos podem empreender investigações, como as CPI's (Comissões Parlamentares de Inquérito), o Ministério Público, e outros.

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

Na contramão desse entendimento, o artigo 7º, inciso XIV, da Lei 8.906/1994 garante ao advogado examinar, em qualquer órgão dos

Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo inclusive tomar apontamentos.

Que se mencione ainda que a lei em causa, apesar de haurir-se na teleologia na Súmula Vinculante 14 do STF, vai muito além da simples reafirmação dos termos daquela de que é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A decisão que é da 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região atende a recurso do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que questionou o desrespeito sistêmico às garantias do indiciado e às prerrogativas dos advogados pela Polícia Federal.⁶⁴

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

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

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a

⁶⁴ OAB– ESPÍRITO SANTO, TRF-1 GARANTE ACESSOS DE ADVOGADOS EM IP. Disponível em: < <http://www.oabes.org.br/noticias/apos-iniciativa-da-oab-trf-1-garante-acesso-de-advogados-a-investigacoes-da-policia-federal-558375.html> > Acesso em: 19. Ago. 2017.

diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

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

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

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

- a) apresentar razões e quesitos;
- b) (VETADO).

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

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

Porém, ainda assim, por esse meio se assegura um eficaz controle no que toca à observância dos direitos e garantias do indiciado, desde que é razoável esperar que a medida venha a resultar, a médio prazo, num aprimoramento do Inquérito e da gradual extirpação das abomináveis práticas que vem sendo reiteradamente denunciadas pelas entidades de defesa de direitos humanos: a utilização de medidas cruéis, como torturas psicológicas e até físicas em repartições públicas, cujo emprego equivocado pela polícia decorre da falsa justificação desses meios para os fins que culminam na sanção penal.

Como se pode perceber a alínea “b” do inciso XXI do artigo 7º foi vetado, pois em seu texto previa como direito do advogado requisitar diligências no interesse de seu cliente. Conforme leitura do artigo 14⁶⁵ do Código de Processo Penal, este possui a previsão de que o indiciado pode sim requisitar diligências, porém, estas deverão estar condicionadas a critério do delegado. Essa alínea foi vetada pela ex-presidente da República, Dilma Rousseff, justificando o seguinte:

“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 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 Constituição.”⁶⁶

Mesmo diante do veto, o delegado pode resolver se a diligência requerida deve ser acatada ou não. Porém, caso a autoridade encarregada pela investigação recuse a diligência requerida de forma arbitrária, é possível ao investigado, por meio de sua defesa técnica

⁶⁵ BRASIL, Art. 14. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: 1941. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 588.

⁶⁶ PLANALTO GOV. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm > Acesso em: 20. Ago. 2017.

intentar a formulação de pedidos de diligências junto ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público.

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

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

Dentro dessa trilha de entendimento, tem-se que a autoridade policial caso venha a negar o direito ao advogado de ter acesso aos autos do inquérito, ou os fornecer de forma incompleta, ou ainda, retirar peças juntadas ao processo previamente com o fito de obstar a defesa do indiciado, será penalizado criminalmente por abuso de autoridade. Ainda, se for negado o direito do advogado na participação do interrogatório ou depoimento das testemunhas, tudo isto, previsto no artigo 7º, inciso XXI, restarão esses atos eivados pela nulidade absoluta e por consequência serão nulas todas as provas que decorreram desses atos.

Essa nulidade absoluta trazida por essa Lei, não se refere apenas ao depoimento ou interrogatório, incluindo-se também elementos investigatórios e provas dele decorrentes ou derivadas. Logo, qualquer prova que decorre de ato nulo, por consequência será nula, pois pode prejudicar o próprio processo decorrente desse Inquérito.

Após todos esses informes, é interessante que seja visto a forma como todas essas prerrogativas decorrem na prática, no dia-a-dia do advogado atuando para uma melhor defesa técnica do seu cliente. Para isso, será demonstrado ainda sob a perspectiva prática do professor Daniel Keller, onde informa que a regra hodiernamente é que para os advogados o Inquérito Policial é público, ou seja, não há necessidade de procuração e a exceção é no caso de haver sigilo judicial. O advogado com procuração terá acesso a todos os atos da investigação, ainda que não concluídos, ainda que em curso, a limitação de que o

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

O advogado pode assistir as oitivas de testemunhas realizadas em delegacias, participar da produção de prova pericial, da oitiva da vítima, pois a lei lhe confere esse direito ao advogado. É interessante também, que a lei estabelece inclusive que o advogado tem o direito de formular quesitos no Inquérito Policial, bem como apresentar razões. A interpretação sobre essa questão de quesitos ainda gera alguma divergência na doutrina, mas a princípio o advogado pode participar ativamente de toda produção probatória dentro do Inquérito e ainda, apresentar razões quanto a essa matéria, o acesso hoje é praticamente pleno.

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

4.3 A participação da defesa no curso das investigações e as garantias fundamentais do indiciado

Levando em consideração todos os aspectos do presente estudo, é óbvio que a presença do advogado tem o condão de ser um mecanismo para controle do Poder do Estado. A presença de uma defesa técnica é de suma importância, tendo em vista os abusos que costumam ser cometidos nessa fase de investigação, por conta da

fragilidade do acusado frente à discricionariedade da autoridade policial.

É no mínimo assombroso que num Estado Democrático de Direito, uma investigação criminal seja realizada sem a presença da defesa. Mesmo pelo fato de não haver de forma expressa na legislação nada sobre a obrigatoriedade do advogado durante a fase de investigação, a sua obrigação restou clara pelos princípios mencionados na Constituição Federal.

É importante ressaltar que o artigo 133 da Carta Magna nos diz que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”⁶⁷. Com esse artigo verifica-se a importância do advogado para a concretude da justiça, restando claro que a indisponibilidade dele se aplica a todo o Processo Penal, inclusive no tocante à fase investigativa, pois esta pode influenciar de forma evidente no corpo do processo.

Tendo em vista aspectos observados, quanto à possibilidade do advogado no curso do Inquérito Policial apresentar quesitos e razões, Aury Lopes nos expõe, que:

Não se trata propriamente de uma grande inovação, na medida em que o art. 14 do CPP já dava espaço para isso, mas sem dúvida vai reforçar a participação da defesa e sua efetividade. Se bem empregada a faculdade, é possível fazer uma defesa escrita no final da investigação e postular, nos casos em que seja viável, o futuro pedido de arquivamento pelo Ministério Público ao Juiz, já que nem a polícia, nem o MP, podem arquivar os autos da investigação instaurada. Então é uma faculdade importante e que deve ser bem manuseada conforme a estratégia defensiva.⁶⁸
~ç/

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

⁶⁷ BRASIL, Art. 102. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: 1988. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42.

⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.I, Editora Lúmen Júris:Rio de Janeiro, 2007. pp.70 e ss.

Conforme descrito no decorrer do trabalho o advento da Lei 13.245/16 foi uma grande realização para o resguardo dos direitos fundamentais, apesar de que antes desta, já haviam outras garantias ao investigado, dentre elas, o direito a integridade física, o direito ao silêncio, entre outros.

Naturalmente que maiores repercussões se aguardam como desdobramentos, por ser natural que o sentido de “acompanhamento” que a lei autoriza seja aquele marcado pela proatividade do advogado em tensão dialética com o intuito e o direcionamento da autoridade investigativa, assegurando assim um melhor posicionamento da defesa em relação à apuração dos fatos, ou seja: na gestão da prova em suas diversas fases.

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

Admite-se, pois, que essa atuação possa consistir na apresentação de razões, com vistas a apontar elementos aptos a um desindiciamento, instando o presidente do inquérito a externar juízo de valor no relatório por meio de análise técnico-jurídica. Ou mesmo formular quesitos relativos a eventual perícia e perguntas pertinentes e relevantes (artigo 188 do CPP), ainda que sob censura.

Cabe menção ainda, ao entendimento de Afrânio Jardim sobre a Lei 13.245/16 em referência à introdução do contraditório e da ampla defesa no Inquérito Policial:

Discordo deste entendimento e julgo que ele decorre justamente da falta de visão sistemática de como opera o nosso processo penal, consoante advertimos no início desta breve reflexão. Inicialmente, como já deixei escrito em texto anterior, entendo que a nova regra não tenha trazido o contraditório para o inquérito policial, o que o transformaria em uma primeira fase do processo: juizado de instrução sem juiz! O que a nova lei assegura é a assistência jurídica do advogado ao seu cliente, quando convocado a participar de algum ato no procedimento investigatório, com sua presença e aconselhamento, tendo tomado conhecimento do que já foi realizado. Por outro lado, se há nulidade em algum ato probatório em qualquer procedimento investigatório inquisitivo o que cabe fazer é reconhecer a sua “eficácia” natural, vale dizer, retirar-lhe o seu valor probatório. Acho até que

a documentação deste ato probatório deveria ser desentranhada do procedimento investigatório, preclusa a decisão que reconheceu tal nulidade.⁶⁹

Enfim, fica patente o intuito do legislador de assegurar respeito aos direitos do investigado, fazendo-o ao prestigiar a atuação dos advogados, elevando o nível da investigação àquele que se exige num Sistema Penal que esteja centrado no princípio da dignidade da pessoa.

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

A nova lei estabelece uma transformação garantista, ou seja, deve ser ampliado o espectro da esfera de liberdade do indivíduo, diminuindo ao patamar mínimo necessário o poder do Estado, a fim de possibilitar a democratização do procedimento investigativo, de forma a dar mais transparência aos atos praticados, fortalecendo o que será produzido ali em caráter probatório.

E, a despeito de a ampliação da atuação do advogado trazer por consequência a ampliação dos direitos e garantias fundamentais do indiciado no Inquérito Policial, o qual não deixará de ser inquisitivo pela sua forma, pelo fato de não haver uma defesa adequada nesta fase, tanto quanto nela não se identificar a presença do contraditório.

Ainda assim, há de se reconhecer que o desfecho previsível é aquele do qual decorra uma real proteção aos direitos fundamentais do indiciado.

A aparência de pequenez desse salto não deve impressionar. Apesar da tensão permanente que se estabelece entre realidade e idealidade constitucional, já impera no Brasil a visão de que a sua caminhada em direção à completa institucionalização só é possível na medida em que se respeite a sua Constituição.

⁶⁹

Inspirada no que mais de moderno existe na contemporaneidade no que se refere aos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 é garantista em sua essência, pois que se haure em inúmeros princípios mencionados por Ferrajoli, apesar das dificuldades que se enfrenta para a cunhagem da exegese desse garantismo.

O respeito à Constituição, ainda que setorialmente dirigido, como é o caso do processo penal, reforça o argumento de que se progride positivamente em direção à mutação de sistema penal, ainda que para isso se ensaiem os primeiros e pequenos passos.

Em função do realce da posição do País no cenário internacional, a superação das suas mazelas no âmbito penal suscita que se está na iminência de um grande salto em direção ao cumprimento dos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

Pelo que se vê, apesar de tratar de direito que já existia no âmbito da Constituição e ratificado de forma mitigada pela Jurisprudência Sumulada do STF, a inovação produzida pela introdução do diploma jurídico em apreço, apesar de sua natureza aparentemente declaratória, já começa a produzir impactos positivos no âmbito do inquérito policial, uma vez que prevê como regra geral o direito do indiciado, por seu advogado, acompanhar inclusive as diligências em curso.

Adstrita à orientação metodológica que orientou a feitura deste trabalho, a Autora retoma nesta oportunidade os questionamentos lançados na fase do projeto, quais sejam: As referidas modificações possuem eficácia quanto às garantias fundamentais do acusado em sede pré-processual? Houve uma ampliação da ampla defesa na fase investigativa? Com essas alterações há a possibilidade de um inquérito mais justo, possibilitando a segurança jurídica dos atos praticados durante ele?

Naturalmente que as respostas precisas a cada uma das perguntas lançadas no início foram respondidas ao longo dos capítulos deste trabalho, sendo que, aqui, se lançam apenas as conclusões sintéticas colhidas dos tópicos específicos, a fim de que se evitem repetições.

Nesta ordem, é imperioso responder, em primeiro lugar, que as referidas modificações imprimem eficácia às garantias fundamentais do acusado no plano pré-processual, encurtando a distância para que se atinja a meta de implantação de um sistema penal acusatório no País.

Para tanto, visando à cogestão na produção da prova, o ponto mais sensível do Inquérito Policial, o legislador chega a criminalizar a atitude da Autoridade Policial que sonegue os elementos dos autos ao advogado.

A segunda pergunta que orientou a realização deste trabalho foi respondida no tópico anterior: 4.3, pois, de fato, conforme

demonstrado, o novo diploma legal possibilitou o exercício do direito de defesa do indiciado no âmbito do inquérito, mesmo sem lhe assegurar amplitude e o contraditório.

Com relação à terceira pergunta que orientou esta pesquisa e que respeita à elevação do Inquérito Policial ao status de um procedimento mais justo marcado pela segurança jurídica dos atos praticados no seu âmbito, a partir das alterações legais comentadas, já se podem tecer as seguintes considerações finais à guisa de resposta, as quais tangenciam inevitavelmente aspectos relacionados aos demais questionamentos.

Em princípio, apesar do sensível aperfeiçoamento por que passa o Inquérito Policial, o advento da Lei 13.245/2016 está longe de produzir alterações que possam interferir substancialmente na classificação do sistema penal vigente no Brasil, o qual permanece como sendo de tipo misto, como defendem importantes doutrinadores, até porque não há exata correspondência entre o ditado constitucional de cunho acusatório e os dispositivos de lei ordinária e normas administrativas que versam sobre a condução das investigações criminais e no que respeita aos direitos dos indiciados.

Esta implementação de melhoramentos que elevam a qualidade da busca pela verdade no âmbito de um procedimento administrativo tem uma relação direta com a observância do princípio da eficiência insculpido no artigo 37 da Constituição Federal, o qual termina por prevalecer sobre as ideias reducionistas de Lei e Ordem, com uma transitória e surpreendente reversão da tendência de escalada do eficientismo penal.

Assim, a novidade em causa implica em importante antecipação do que está a caminho com a reforma do Código de Processo Penal Brasileiro, em que se espera uma mudança de paradigma que afaste o direito penal de emergência, com o necessário abandono do sistema punitivo dos espaços políticos, até que o direito penal retorne ao seu papel de *ultima ratio*, segundo a concepção liberal clássica.

Com efeito, há de se ter em conta que a concepção de sistema penal envolve um conjunto de instituições (policial, judiciária e

penitenciária) que estão incumbidas de realizar o Direito Penal, ou seja sua atuação perpassa por todas as fases da persecução criminal, daquela de cunho administrativo (Inquérito Policial) até a da execução da pena; ao passo que a modificação analisada se concentra apenas na primeira fase.

Porém, que se ressalte que, ainda que se trate da inserção de uma aparente cogestão na produção da prova no âmbito do inquérito policial, é de se esperar que os efeitos decorrentes venham a se dar no bojo do processo penal, na medida em que se incorporem elementos de convicção que permitirão ao juízo criminal trabalhar com uma aproximação histórica formal, ainda que empiricamente comprovável, com o fito de resguardar-se o indivíduo acusado em suas garantias inalienáveis, ainda que se reconheça ser inalcançável uma fiel reprodução dos fatos ocorridos.

O progresso é evidente, porém é de se concluir que os avanços que assegurarão ao Brasil atingir o desiderato de sua Constituição Federal por meio da instalação de um verdadeiro Sistema Acusatório Penal passam necessariamente por uma alteração de atitudes nos planos micro e macro da legislação penal, inclusive com a readequação de posturas dos principais operadores envolvidos nesta empreitada.

Nesse sentido, no âmbito do inquérito policial, além da redefinição do papel do advogado do que se tratou o diploma legal analisado, faz-se imprescindível expungir certas excrescências que contaminam a prática forense penal as quais colocam a autoridade policial em grau de subordinação com o Ministério Público e o Juiz, ao prever-se a possibilidade de que aqueles determinem a abertura de inquérito ou a realização de diligências complementares, por requisição.

Defende a autora que o status de autoridade policial outorgado pelo direito positivo brasileiro ao Delegado de Polícia, ao elegê-lo à condição de presidente do inquérito (Lei de Investigação Criminal), é incompatível com a sua atual situação prática frente aos demais órgãos de persecução penal.

Para que se assegure a evolução dessas práticas em direção às recomendadas para um Sistema Acusatório puro, de lege ferenda, é preciso que seja eliminada o mais rapidamente possível a evidente inconstitucionalidade de que o juiz do feito possa determinar a realização de provas de ofício, dado que tal implica em evidente quebra de imparcialidade.

Requer-se, portanto, a instituição no Brasil do *atrium trium personae*, próprio do sistema acusatório, que é a divisão entre quem julga e quem acusa, sendo que o julgador é um espectador do feito, do qual não se espera estar comprometido com as partes e com a questão probatória.

Aliás, em que pese a desproporção do exemplo, nota-se um certo sentimento de perplexidade da população brasileira diante da atuação de juízes que aparecem amiúde na mídia em atuação conjunta com o Ministério Público e a Polícia Federal, conotando uma certa parcialidade que, se presume, ocorre apenas em aparência.

Ao buscar similitude da atuação do juízo penal com o cível, o cidadão mediano termina por incompreender o ativismo e a versatilidade do juízo criminal, o que de certa forma vem sendo usado para minar a legitimidade da jurisdição penal, tanto quanto explica o clima de insatisfação que acomete os segmentos menos informados da população diante de condenações ainda que justas, mas as quais faltam o véu público da imparcialidade, ainda que esta possa repousar na consciência daqueles que assim sentenciam.

Ainda que a doutrina aponte no sentido de que se incorporem melhoramentos intrínsecos ao IP, poucas são as vozes que trazem ao debate as questões relacionadas com a sua gestão, mesmo diante de um quadro estatístico que computa a inconclusão de 3,8 milhões de inquéritos policiais ou notícias-crime sem conclusão. A quantidade equivale a 72% do total de 5,3 milhões de inquéritos recebidos pelas Promotorias e Procuradorias estaduais e federais.

É preciso, pois, analisar o viés que respeita aos efeitos que as novidades incorporadas pela Lei 13.245/2016 produzirão sobre a

gestão dos inquéritos, temendo-se que uma realidade bem mais perversa venha à tona.

Porém, não se descarta a possibilidade de que a inclusão de um novo ator – o advogado – no acompanhamento do IP resulte em ampliação de mecanismos de fiscalização e controle que terminarão por impor um sistema de gestão mais condizente com a civilidade, o interesse público e os avanços atuais da tecnologia.

Enfim, desde que observadas as ressalvas enumeradas, a resposta é positiva: pode-se dizer que, a partir das sua requalificação jurídica, o Inquérito Policial tenderá a ser mais justo, no sentido de sua adequação aos parâmetros da Constituição Federal, na medida em que incorpora uma função nitidamente garantista!

Propugna a Autora, finalmente, que o Brasil atenda à exortação de José Saramago lançada na introdução deste trabalho para que cumpra o seu dever de assegurar a eficácia da arquitetura dos direitos humanos que estão consagrados no âmbito internacional, libertando o seu sistema penal dos esvaziamentos decorrentes de anacronismos políticos, ditos retrocessos, e da própria falta de cultura constitucional de cidadãos, a fim de que as prioridades do seu direito criminal não sejam mais ditadas por considerações de tipo eleitoral.

6 REFERÊNCIAS

Fundação José Saramago. **Outros cadernos de Saramago**. Disponível em:
< <http://caderno.josesaramago.org/2010/12/?page=4>>.

BRASIL. VADE MECUM. Obra coletiva e autoria da Editora Saraiva com colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívya Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 15 ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. rev. São Paulo. Malheiros, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. ampl. atual. _ Salvador: JusPodivm, 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O constitucionalismo brasileiro tardio**. Brasília: ESMPU, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. rev. atual. _ São Paulo: Atlas S.A, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**/Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. Ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Ed.Renovar, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10.ed. _ São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Câmara dos Deputados. **PL 8045/2010**. Disponível em:<
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>.

FIGUEIREDO DIAS. Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, vol. 1.

Supremo Tribunal Federal. **NOTÍCIAS STF.** Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380> >.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS.** Disponível em: <
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm >. Acesso em: 29 jul. 2017.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antonio e GOMES FILHO, Antônio. Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**, 2ª ed. Ed. Malheiros, São Paulo, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20ª edição, São Paulo: Atlas, 2007.

CASARA, Rubens. **Mitologia Processual Penal**, 1ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2015.

Canal Ciências Criminais. **A EXPERIÊNCIA NO CHILE E A BUSCA POR UM SISTEMA ACUSATÓRIO NO BRASIL.** Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.com.br/a-experiencia-no-chile-e-a-busca-por-um-sistema-acusatorio-no-brasil/> >.

Extra. **ISSO NÃO É NORMAL.** Disponível em: < <https://extra.globo.com/casos-de-policia/querra-do-rio/isso-nao-normal-21711104.html> >. Acesso em: 12 ago. 2017.

Consultor Jurídico. **PAÍS TEM 3,8 MILHÕES DE INQUÉRITO SEM CONCLUSÃO.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2013-jan-10/pais-34-milhoes-inqueritos-policiais-conclusao-aponta-cnmp> >. Acesso em: 12 ago. 2017.

MACIEL, José Fábio Rodrigues, História do Direito, **O Inquérito Policial No Brasil.** Disponível em: < http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/inquerito-policial-no-brasil_origens/415 >

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **A Invenção do inquérito Policial Brasileiro em uma Perspectiva Histórica Comparada**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 147-169, 2008 . Disponível em: <
http://www4.fjrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/95/100 >

DE ANDRADE, Vinícius Lúcio; OLIVEIRA, Gleick Meira. **Inquérito Policial: Um Modelo em Colapso**, disponível em: <
https://www.academia.edu/4583215/Inqu%C3%A9rito_Policial_Um_Modelo_em_Colapso_Revista_Jur%C3%ADdica_A_Barriguda >

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 11.ed. rev. atual. E ampl. _ Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AMPERJ, **PROJETO DE LEI Nº 156, DE 2009 (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).** Disponível em: <
<http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf> >

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2014.

Carnelluti, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. São Paulo. Vidalivros/2012.

¹GERBER, Daniel. **Prisão em Flagrante: Uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SAAD, Marta. **O Direito de Defesa no Inquérito Policial**. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Silva, Ayres Luiz Ferreira , 1995. **Estudo Programado de Processo Penal**, v.1 – Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto, 1994.

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

FILHO, Greco Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Ridrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 9. ed. rev. atual. ampl. _ Salvador _Bahia: JusPodivm, 2014.

JUSBRASIL, **JURISPRUDÊNCIA**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23340573/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-161063-sc-2012-0077375-8-stj#!> >

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **APLICAÇÃO DAS SÚMULASNO STF**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> >

www.jusmilitaris.com.br – SANTANA, Luís Augusto. Os Inquéritos Policiais e a Súmula Vinculante número 14. Disponível em: < <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/sumvinc14.pdf> >

OAB– ESPÍRITO SANTO, TRF-1 GARANTE ACESSOS DE ADVOGADOS EM IP. Disponível em: < <http://www.oabes.org.br/noticias/apos-iniciativa-da-oab-trf-1-garante-acesso-de-advogados-a-investigacoes-da-policia-federal-558375.html> >

PLANALTO GOV. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/Msg/VEP-10.htm > Acesso em: 20. Ago. 2017.

AFRÂNIO SILVA JARDIM. Disponível em: < <https://www.facebook.com/afraniojardim/posts/557328701083093> >