

**JNT - FACIT BUSINESS AND TECHNOLOGY
JOURNAL ISSN: 2526-4281 - QUALIS B1**



**LEI 13.245/16 - CONTRADITÓRIO E
AMPLA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL**

**LAW 13.245/16 - CONTRADICTIONARY
AND BROAD DEFENSE IN CRIMINAL
INVESTIGATION**

Isabella Sabrinna Silva Cardoso SANTOS
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)
E-mail: isabellasabrinna5@gmail.com

Marcondes da Silva Figueiredo JÚNIOR
Faculdade Católica Dom Orione (FACDO)
E-mail: adv.marcondesjr@gmail.com



RESUMO

Durante algum tempo, a interpretação da redação do artigo 7º do Estatuto da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), que trata da participação dos advogados na fase preliminar de uma investigação criminal, tem sido objeto de críticas, principalmente por parte dos advogados. A alteração realizada no artigo 7º do Estatuto da OAB aumentou significativamente as prerrogativas do advogado nas investigações policiais, ou seja, colocou maior ênfase na participação da defesa na fase de investigação, tornando possível apresentar razões e perguntas durante a apuração das infrações. A doutrina pátria nos ensina que o inquérito policial é uma fase não processual, de forma que não há de falar em violação do contraditório ou ampla defesa de maneira automática. Afinal, tais princípios, em regra, são especiais ao processo. Deste modo, pergunta-se: quais os limites do contraditório e ampla defesa na investigação criminal? Tendo como base a Lei nº 13.245/16. Para alcançarmos a resolução da problemática, nos valeremos da pesquisa qualitativa e bibliográfica, com análise de jurisprudências, doutrinas pátrias e demais documentos disponíveis para que efetiva análise do objetivo aparentado. Deste modo, o artigo inicialmente apresentará a introdução aos conceitos basilares, após, a apresentação do contraditório com base no Estatuto da Ordem dos Advogados, finalizando então com as conclusões.

Palavras-chave: OAB. Princípio do contraditório. Participação da defesa na fase de investigação. Investigação criminal.

ABSTRACT

For some time, the interpretation of the wording of article 7 of the Statute of the OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), which deals with the participation of lawyers in the preliminary phase of a criminal investigation, has been the object of criticism, mainly by lawyers. The amendment made to article 7 of the OAB Statute significantly increased the prerogatives of the lawyer in police investigations, that is, it placed greater emphasis on the participation of the defense in the investigation phase, making it possible to present reasons and questions during the investigation of infractions. The national doctrine teaches us that the police investigation is a non-procedural phase, so that there is no need to speak of violation of the adversary system or ample defense automatically. After all, such

Isabella Sabrinna Silva Cardoso SANTOS; Marcondes da Silva Figueiredo JÚNIOR. LEI 13.245/16 - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. FLUXO CONTÍNUO. JULHO/2022. Ed. 38. V. 1. Págs. 114-133. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

principles, as a rule, are special to the process. Thus, the question is: what are the limits of the contradictory and broad defense in criminal investigation? Based on Law No. 13,245/16. In order to reach the resolution of the problem, we will make use of qualitative and bibliographic research, with analysis of jurisprudence, national doctrines and other documents available for an effective analysis of the related objective. In this way, the article will initially present the introduction to the basic concepts, after, the presentation of the contradictory based on the Statute of the Bar Association, ending then with the conclusions.

Keywords: OAB. Contradictory Principle. defense involvement in the investigation phase. Criminal investigation.

INTRODUÇÃO

A recente mudança na Ordem dos Advogados do Brasil pela Lei nº 13.245/16 ampliou a participação do advogado na fase de investigação pré-processual do processo e, como resultado, desencadeou uma série de debates a respeito do procedimento.

Durante algum tempo, a interpretação da redação do artigo 7º do Estatuto da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), que trata da participação dos advogados na fase preliminar de uma investigação criminal, tem sido objeto de críticas, principalmente por parte dos advogados.

Isto porque o referido artigo foi interpretado restritivamente, em conjunto com Súmula Vinculante nº 14 e o Código de Processo Penal, no sentido de que os advogados deveriam ter um papel particularmente limitado na fase investigativa, tendo em vista sua natureza inquisitiva e sigilosa, o que era, na época, inegável.

Nesta linha, a defesa abrangente e os procedimentos adversários estariam adequados e completamente garantidos na fase judicial. No entanto, em 12 de janeiro de 2016, foi liberada a Lei 13.245/16, que alterou o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados e, como resultado, teve um impacto direto na fase preliminar do inquérito criminal.

A alteração realizada no artigo 7º do Estatuto da OAB aumentou significativamente as prerrogativas do advogado nas investigações policiais, ou seja, colocou maior ênfase na participação da defesa na fase de investigação, tornando possível apresentar razões e perguntas durante a apuração das infrações.

O assunto em questão diz respeito a uma inovação legislativa que tem recebido pouca atenção e, portanto, carece de jurisprudência e entendimentos consolidados, destacando a necessidade de estudo e estudos sobre as mudanças trazidas por este procedimento crítico, a investigação policial. A investigação policial é um procedimento extremamente importante de modo que não podemos falar em seu descarte para a persecução penal.

Chega-se então ao problema deste artigo, quer seja, entender as mudanças causadas pela Lei 13.245/16 na fase preliminar de inquérito criminal, uma vez que nossos legisladores ainda não estabeleceram a possibilidade do contraditório na fase de inquérito policial, mas apenas ter acesso aos elementos investigatórios já levantados pela autoridade policial. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já estabelecera as súmulas vinculantes nº 11 e 14, que entoam o mesmo entendimento.

A doutrina pátria nos ensina que o inquérito policial é uma fase não processual, de forma que não há de falar em violação do contraditório ou ampla defesa de maneira automática. Afinal, tais princípios, em regra, são especiais ao processo.

Deste modo, pergunta-se: quais os limites do contraditório e ampla defesa na investigação criminal? Tendo como base a Lei nº 13.245/16.

Para alcançarmos a resolução da problemática, nos valeremos da pesquisa qualitativa e bibliográfica, com análise de jurisprudências, doutrinas pátrias e demais documentos disponíveis para que efetiva análise do objetivo aparentado.

Deste modo, o artigo inicialmente apresentará a introdução aos conceitos basilares, após, a apresentação do contraditório com base no Estatuto da Ordem dos Advogados, finalizando então com as conclusões.

INQUÉRITO POLICIAL

A necessidade de organização na sociedade continuou para a humanidade até o final da história da Grécia e de Roma. Afinal, a forma de homogeneizar a cultura e o comportamento nessas culturas foi através de leis e doutrinas religiosas que tentaram justificar a sociedade como ela era (BABOSA, 2017).

E, não importa quantas leis sejam feitas para proteger o bem-estar social, o conflito nas conexões humanas sempre ocorreu e sempre existirá, e o sistema legal é responsável por pacificar o comportamento conflituoso (ALVES, 2017).

Para isso, o Estado Democrático de Direito emprega o processo como uma ferramenta para a reconstrução histórica de fatos disputados em que a norma legal é aplicada, resultando em pacificação. Para Tourinho (2013. p. 226):

Ao compasso da evolução, com o surgimento de um Estado Democrático de Direito, no qual vige o princípio da presunção da inocência e o processo é tido sob uma visão garantista, somente sendo possível a aplicação da pena se há elementos de prova para tanto, surge a figura do inquérito policial como a principal forma de investigação estatal, tendo como função primordial sustentar e viabilizar o oferecimento da ação penal, garantindo assim um suporte probatório mínimo.

O processo assumiu tal importância, já que agora é ilegal privar alguém de sua liberdade ou propriedade sem o devido processo legal. O artigo 5, LIV da Constituição Federal proíbe privar a liberdade ou a propriedade sem o devido processo legal. O Artigo 5, LV da Constituição Federal garante uma defesa contraditória e adequada em tal processo (TOURINHO, 2013).

Como os delitos envolvem direitos indisponíveis, existe a necessidade de uma acusação que só pode ser feita através de uma investigação inquisitorial prévia, seja um inquérito policial, um relatório de prisão flagrante, um relatório circunstancial ou qualquer outro documento resultante de um inquérito ou apresentado ao titular da ação penal.

Este procedimento inquisitorial está em uso desde a Idade Média e está documentado em nosso sistema jurídico, por exemplo: o Código de Processo Penal, na Lei n. 9.099/95, por meio do termo circunstanciado; na Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, extrajudicial e falência; e, até mesmo na apuração da falta grave, nos termos do artigo 853, da CLT.

Entretanto, foi somente após a promulgação da Constituição Federal do Brasil em 1988, com a adoção de vários princípios que enfatizam a dignidade da pessoa humana, que o inquérito começou a ser considerado como uma fonte de informação tanto para a acusação quanto para a defesa, particularmente com o advento do instituto, cujos relatórios indicativos devem ser investigados pela autoridade competente.

Apesar de ter características inquisitivas, a investigação ganhou status aos olhos do adversário e da ampla defesa porque, apesar de ter características inquisitivas, está moldada à nova perspectiva constitucional, ou seja, está sujeita à intervenção de vários princípios e garantias constitucionais.

A investigação policial é considerada uma investigação temporária pelo Código de Processo Penal antes da instauração de uma ação penal. Enquanto isso, o Ministério Público pode evitar a tomada de decisões apressadas e incorretas.

Neste contexto, a investigação policial "concentra-se como um mecanismo importante nas mãos da justiça criminal, desde que seja exercida pela atividade policial, de forma administrativa, funciona como um órgão auxiliar da forma administrativa funciona como um órgão auxiliar do juiz e do Ministério Público", de acordo com nosso sistema jurídico.

Considerando as restrições do Código de Processo Penal, uma investigação policial é às vezes descartada como um exercício puramente administrativo, sem qualquer significado probatório. Na prática, porém, a investigação criminal, que é realizada através do inquérito, pode oferecer os elementos de causa razoável para a acusação.

Deve ser enfatizado que a investigação policial não tem nenhum lado ou interesse, a ponto de poder ser usada para apoiar uma condenação ou mesmo uma absolvição quando a investigação apoia a tese da defesa, pois a função primária da investigação é reunir fatos (autoria e materialidade), não considerar quem está interessado no resultado da investigação, pois busca a verdade real.

Neste sentido, a autoridade policial só inicia uma investigação criminal, ou seja, um inquérito criminal e sua autoria, quando obtém *notitia criminis*, que é o conhecimento de um fato obviamente criminoso para a autoridade judicial, seja espontâneo ou provocado.

A importância da investigação policial é clara e, apesar dos protestos, este procedimento tem a atribuição legal de coletar provas relacionadas a um crime, contribui significativamente para a defesa e fortalecimento e fortalecimento dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo também um procedimento de suma importância que também está subordinado à ordem jurídica.

Conceituação de Inquérito Policial

No Brasil, a denominação investigação policial foi estabelecida pela Lei nº 2.033, promulgada em 20 de setembro de 1871, e controlada pelo Decreto-lei nº 4.824, promulgado em 22 de novembro de 1871.

A investigação policial é definida no artigo 42 desta lei como uma instituição que "consiste em todas as medidas necessárias para a descoberta das condições dos fatos ilegais, seus autores e cúmplices, e deve ser reduzida a um instrumento escrito".

Guilherme de Souza Nucci (2008. p. 143), apresenta uma noção altamente abrangente de inquérito policial que merece ser transcrita em sua totalidade:

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

É possível enfatizar antecipadamente algumas coisas que são relevantes a partir do exame deste conceito, tais como a investigação escrita e confidencial criada pela polícia judiciária com o objetivo de investigar o fato criminal.

Observarmos, pois, que o inquérito policial é fase preparatória para a persecução da ação penal, conquanto não seja primordial para a mesma, de modo que não há de se falar em requisitos processuais. Ora, nos ensina Tourinho Filho (2013. p. 229), que o inquérito policial é "o processo através do qual a polícia judiciária investiga um crime, investigação de um delito e seus autores para que o titular da ação penal possa comparecer em juízo". Deste modo resta claro a sua natureza principal de, exclusivamente, perseguir os fatos delitivos e não os ritos processuais, propriamente.

Como resultado, Aury Lopes Jr. (2016. p. 241), entende que uma investigação policial é uma "operação administrativa e informativa que se destina à coleta e montagem de elementos que levam à verificação da prática de um delito e à determinação de sua autoria". Usando os conceitos em conjunto, Damásio (2010 p. 31) percebe que a investigação policial:

É a atividade preliminar do estado voltada para a finalidade de garantir o exercício do direito estatal de punir, colhendo informações sobre o fato, ou fatos, sobretudo, no intento de determinar a autoria, desta forma, o inquérito é peça informativa, sendo também elemento de instrução provisória e preparatória.

Quase sempre, o conceito ensina que uma investigação policial é um procedimento administrativo de inquérito provisório utilizado para preparar uma ação criminal. Prepare-se para a ação legal.

Corolário, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009. p. 72) definem o objetivo da investigação policial da seguinte forma:

Também contribui para a decretação de medidas cautelares no decorrer da persecução penal, onde o magistrado pode tomá-lo como base para proferir decisões ainda antes de iniciado o processo, como por exemplo, a decretação de prisão preventiva ou a determinação de interceptação telefônica.

Nesta linha, além da segurança, a investigação permite a coleta de provas que devem ser coletadas rapidamente ou correm o risco de perecer ou de se tornarem falsas declarações irrevogáveis (por exemplo, exame do cadáver ou do local do crime).

De acordo com o Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 do Código de Processo penal, a investigação serve como "um meio de dissipar dúvidas e alterar o curso da investigação, evitando um aborto judicial desfavorável".

Vicente Greco Filho (2012. p. 91) também discute o aspecto administrativo da investigação policial.

A atividade desenvolvida no inquérito é administrativa, não se aplicando a ela os princípios da atividade jurisdicional, como o contraditório, a publicidade, nulidades etc. Os atos do inquérito podem desenvolver-se em sigilo, quando necessário ao sucesso da investigação.

Neste sentido, a investigação policial é de caráter administrativo, pois serve de base para o estabelecimento de acusações penais, ou seja, é uma operação administrativa preparatória administrativa.

CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

A eficácia de uma investigação policial no processo penal é demonstrada por suas qualidades que, dentro de um procedimento administrativo, significam melhor credibilidade perante o titular da ação penal.

Por outro lado, é uma técnica eficaz para garantir as garantias constitucionais da investigação criminal.

Em resumo, os elementos essenciais de um inquérito policial são seu "caráter inquisitivo, método de procedimento escrito; confidencial; oficial; autoritário; oficioso e indisponível", segundo as lições de Leonardo Barreto Moreira Alves (2017, p. 117)

Nestes termos, a autoridade policial conduz investigações de forma unilateral e a seu critério, sem a exigência de um método pré-determinado ou a participação da parte sendo sondada (BERNARDES; FERREIRA, 2017), que corrobora com o escopo investigativo, quer seja, a busca da verdade real dos fatos, a fim de guiar os legitimados da

ação, na melhor solução jurisprudencial. Para tanto, não como haver a busca pelos elementos criminais sem o que é conhecido como sistema inquisitório.

É também por isso que, na maioria dos casos, uma condenação não pode ser alcançada somente com base em provas obtidas durante a investigação. Esta característica, embora ainda válida, foi impactada pela recente Lei 13.245/2016 que, ao acrescentar o inciso XXI ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), agora permite ao advogado, no inciso "a" da mesma disposição legal, apresentar razões e fundamentos, bem como perguntas, no curso de qualquer investigação criminal, e não apenas a investigação policial (BARROS, 2019).

Todas as seções da investigação policial serão reduzidas a escrever ou digitar em um único processo e, neste último caso, rubricadas pela autoridade, de acordo com o art. 9 do Código de Processo Penal, o que implica que a investigação será escrita (BARROS, 2019).

O artigo 405, parágrafos 1 e 2, do Código de Processo Penal, conforme emendado pela Lei 11.719/08, atenua a exigência de que os atos falados sejam registrados por escrito BARROS (2019): "A autoridade garantirá que o inquérito será mantido confidencial na medida necessária para elucidar o fato ou exigido pelos interesses da sociedade, conforme claramente previsto no art. 20, caput, do CPP".

A interpretação da regra revela que a confidencialidade admitida é externa, ou seja, voltada para aqueles fora da investigação. O sigilo interno, que se refere ao promotor, juiz e advogado, não é reconhecido. Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal emitiu a Súmula nº 14, que estipula 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.

Como não há publicidade neste caso, ninguém sabe sobre a investigação. Entretanto, o advogado tem o direito de consultar a investigação, fazer cópias dos papéis e escrever notas em forma física ou digital, conforme previsto na seção 7, XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Entretanto, para exercer os direitos previstos no inciso XIV do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o advogado deve produzir uma procuração nos autos, sujeita à confidencialidade (BERNARDES; FERREIRA, 2017).

De acordo com os artigos 144, 1, I e IV, e 4, da Constituição Federal, o inquérito policial deve ser presidido por uma entidade estatal oficial, neste caso, a Polícia Judiciária (BERNARDES; FERREIRA, 2017).

No entanto, Fernando Capez (2011. p. 78) ensina que a autoridade é considerada como significando que o inquérito policial é presidido por uma autoridade pública. Conforme vemos nos arts. 144, 1, I e IV, e 4 da Constituição Federal, em particular, o Chefe da Polícia.

Este ponto de vista está agora codificado no artigo 2º parágrafo 1 da Lei No. 12.830/13, que estabelece:

Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

De acordo com o art. 5, seção I, do Código de Processo Penal, a autoridade policial tem o dever de examinar o fato do crime em crimes de ação penal pública. A indisponibilidade refere-se ao fato de que uma vez aberta a investigação policial, a autoridade policial não pode dispor dela, ou seja, Para Nucci (2012. p. 126) "promovê-la mesmo que não haja provas suficientes de autoria ou prova da materialidade do fato criminoso e mesmo que ele tenha aberto a investigação por iniciativa própria" (BERNARDES; FERREIRA, 2017).

Esta característica também está incorporada na art. 17 do Código de Processo Penal, que estabelece que a autoridade policial não pode ordenar o arquivamento dos registros de investigação (BERNARDES; FERREIRA, 2017).

Entendemos então que a autoridade policial não recebeu do legislador a capacidade decisória sobre a investigação criminal.

De acordo com art. 129, I, da Constituição, o Ministério Público pode dispensar total ou parcialmente o inquérito, desde que já possua justa causa para o início da ação penal.

Finalmente, as qualidades enfatizadas estão ligadas ao objetivo do sistema acusatório de divisão de funções do processo penal, bem como aos princípios essenciais que asseguram a preservação da dignidade do indivíduo (GRECO FILHO, 2012).

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS NO INQUÉRITO POLICIAL

O tema da investigação policial será discutido neste capítulo, que é o foco desta pesquisa, ocasião em que serão explicados os princípios constitucionais utilizados nas investigações policiais, incluindo o princípio da defesa contraditória e ampla, bem como suas implicações nos sistemas processuais inquisitivo, acusatório e misto.

A possibilidade de empregar o princípio constitucional da defesa contraditória e ampla em uma investigação policial será então demonstrada, uma vez que a doutrina e a jurisprudência têm uma enorme cisma de entendimento diante do tema proposto, cobrindo-o com importância inigualável para o operador da lei (GRECO FILHO, 2012).

123

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Nossa Constituição Federal expressa essa noção conflitante, particularmente no Artigo 5, subseção LV, que afirma que "aos litigantes em procedimentos legais ou administrativos, e aos acusados em geral, é assegurada a defesa adversária e ampla, com os meios e recursos inerentes a ela" (BARROS, 2019).

A este respeito, o direito ao processo contraditório é um direito humano básico. Neste sentido, o direito ao contraditório está incorporado no artigo 5, parágrafo LV 80 da Constituição Federal como um direito básico do indivíduo. Podemos deduzir do texto constitucional que o direito a procedimentos contraditórios e uma defesa completa assegurarão que o devido processo seja seguido (BARROS, 2019).

Também deve ser mencionado que o procedimento contraditório é garantido não apenas pela Constituição da República, mas também pela Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, autorizado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo No. 27 (BARROS, 2019).

A noção de que o inquérito policial deixou de admitir a existência do princípio do contraditório e da defesa suficiente foi pacificada antes da Constituição Federal de 1988. Atualmente, a doutrina está dividida sobre essa questão, sendo algumas a favor do adversário e outras contra, é o que depreendemos das lições de Barros (2019).

Para lidar com o problema, é importante falar sobre a ideia de defesas conflitantes, bem como esclarecer alguns detalhes a respeito do inquérito policial. uma investigação da polícia. Em sua forma convencional, o inimigo.

Traz a ideia de igualdade entre as partes, assegurando não somente o direito da parte de produzir suas provas e sustentar suas razões, mas

também de se manifestar sobre as provas produzidas pela parte contrária. Este princípio como discorre a doutrina se caracteriza pelo binômio ciência e participação.

Segundo Alexandre de Moraes (2016, p. 124), por outro lado, define o adversário como a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo, pois todo ato gerado pelo processo, todo ato produzido pela acusação está sujeito ao mesmo direito de defesa.

Abrange a possibilidade de manifestação, seja pessoalmente (autodefesa) — em seu favor (defesa positiva) ou se abstendo de produzir prova contra si (defesa negativa) ou por meio de defensor (defesa técnica). Nota-se que a ampla defesa está umbilicalmente ligada ao contraditório. A primeira faceta do contraditório (direito à informação) permite que o sujeito saiba dos atos praticados, enquanto seu segundo elemento (possibilidade de reação) faculta ao indivíduo sua efetiva participação. Logo, a defesa garante o contraditório, e também por este se manifesta e é garantida.

124

É vital enfatizar que esta linguagem constitucional, que assegura a proteção do cidadão contra o aparelho de processo penal do Estado, é uma doutrina elevada ao status de direito básico consagrado no Artigo 5 da Constituição e não pode ser emendada (BRASILEIRO DE LIMA, 2014).

Hoje, o inimigo assumiu uma nova dimensão e está começando a assumir um sentido mais amplo de oposição. De acordo com a concepção do princípio da contradição, a existência ou inexistência dessas proteções constitucionais é examinada ao longo da fase de investigação e outros desdobramentos são apontados.

APLICAÇÃO DO CONTRADITÓRIO NA FASE INVESTIGATIVA

Este princípio se baseia na premissa de *audiatur et altera pars* no processo penal. Como resultado, a parte tem a oportunidade de fazer comentários sobre as provas apresentadas em tribunal pela outra parte (BRASILEIRO DE LIMA, 2014).

Na verdade, este conceito está em vigor em todos os processos acusatórios, incluindo o nosso, segundo o qual o acusado, ou seja, a pessoa contra a qual a atividade criminosa está sendo cometida, tem o direito primário e absoluto de defesa (BRASILEIRO DE LIMA, 2014).

Entretanto, para Tourinho Filho (2013, p. 30) é típico ver uma abordagem incompleta do assunto, como se a investigação policial não tivesse impacto nos direitos fundamentais do acusado e não tivesse ramificações significativas para o processo penal apenas porque é um procedimento inquisitorial em teoria.

Durante a fase de investigação, ainda somos regularmente confrontados com noções, artigos e julgamentos que o oponente e a ampla defesa ignoram. No entanto, tal conclusão é extraída apressadamente de uma leitura literal do Artigo 5, subseção LV da Constituição Federal (BRASILEIRO DE LIMA, 2014).

Entretanto, o legislador, ao declarar que em cada processo, seja ele administrativo, administrativo ou judicial, a defesa contraditória e suficiente deve ser observada, abriu a porta para interpretações alternativas, de acordo com Oliveira (2017. p. 54).

Para os autores que negam o contraditório, não se considera a investigação preliminar como processo administrativo, mas sim procedimento. Visto que não há um juiz, nem mesmo decisão punitiva ou absolutória. Existe sim, uma peça informativa que serve à busca de provas de autoria e materialidade, com o escopo de dar base ao convencimento do titular da ação penal para denunciar ou não o suposto autor de crime.

Esta visão leva à conclusão de que as pessoas identificadas pela polícia são excluídas por não serem partes no processo ou acusadas e o procedimento policial não ser um julgamento.

No entanto, nada impede que a investigação policial seja classificada como um processo administrativo único. Embora haja alguma resiliência no uso da palavra Quando se trata de processos não judiciais e/ou administrativos. De acordo com Bacellar Filho (2013. p. 58) a realidade é que:

Apesar de não existir na fase policial um litígio com acusação formal, existe sim controvérsia a ser dirimida (materialidade delitiva e autoria). Apesar de não existirem partes, vislumbram-se imputados em sentido amplo; e os atos sucessivos, tanto os intermediários como o final, afetam o exercício de direitos fundamentais.

Para Oliveira (2017. p. 54), após resolver a questão da nomenclatura a fim de maximizar a eficácia da disposição constitucional, podemos concluir que o conteúdo destes princípios - contraditórios e de ampla defesa é aplicável na fase pré-processual, neste caso, na investigação policial, embora de forma mais tênue.

Embora tais restrições de direitos não possam ser classificadas como sanções, a realidade é que a investigação policial pode ter sérias implicações para o acusado, seja através de uma decisão da delegacia de polícia, como uma acusação formal, ou de uma decisão do juiz (BRASILEIRO DE LIMA, 2014).

Vale notar que a confusão do legislador sobre os termos processo e procedimento já ocorreu quando ele desejava usar o procedimento ao lidar com o Processo Comum, Processo Sumário. A luz do acima exposto, podemos concluir que ele se aproxima da proteção do contraditório durante as investigações, segundo Lopes Júnior (2014, pp. 345):

A própria autodefesa exercida pelo investigado no interrogatório policial, quando este o faz de forma positiva, dando a sua versão dos fatos e indicando provas a seu favor, ou de forma negativa, valendo-se do seu direito de silêncio.

A este respeito, como diz o art. 6, seção V do Código de Processo Penal, é responsabilidade da autoridade policial ouvir o acusado. O Código de Processo Penal é um conjunto de regras que regem a forma como os casos criminais são tratados (BRASILEIRO DE LIMA, 2014).

Além disso, durante a investigação preliminar, o suspeito ou réu tem o direito de ser assistido por um advogado em quaisquer atos em que participe, exercendo desta forma seu direito a processos contraditórios e a uma defesa completa.

Desta forma, o suspeito pode se manifestar de diversas maneiras, inclusive perguntando, medidas em consonância com as disposições do Artigo 14 do Código de Processo Penal, e fornecendo explicações e perguntas, conforme estabelecido no Artigo 7, XXI do Estatuto da OAB.

Por fim, é certo que:

Em síntese, a investigação preliminar é inquisitiva, mas não mais medieval. Por conseguinte, depois da CF de 1988 parece totalmente pertinente falar-se em inquisitividade regrada. Essa é a verdadeira natureza da investigação preliminar, seja ou não policial. Por quê? Porque nossas leis processuais e sobretudo a Constituição Federal garantem vários direitos ao suspeito, ao indiciado, à vítima, testemunha, etc.

Neste contexto, uma série de precauções são tomadas na investigação policial para evitar prejudicar a natureza inquisitorial do procedimento, tais como a oportunidade para o acusado fazer seu depoimento na delegacia, a oportunidade de se manifestar na investigação policial, trazer provas e eventualmente mudar o entendimento do Chefe da Polícia, bem como a formulação de perguntas e a forma das perguntas (BRASILEIRO DE LIMA, 2014).

Antes de alguém ser acusado ou denunciado, é importante que essa pessoa não seja apenas informada da investigação que está sendo realizada, mas também que possa fornecer provas que comprovem sua inocência ou a ausência do crime. Somente em casos

excepcionais a acusação deve ser feita sem lhe dar a oportunidade de exercer o sistema de acusação e a ampla defesa, por exemplo, no caso de o interrogado ser um fugitivo. De fato, durante a investigação, é possível descobrir e localizar aspectos do oponente, bem como a defesa suficiente, evitando a falsa impressão de que a defesa deve ficar em segundo lugar na investigação preliminar.

A Ampla Defesa no Inquérito Policial

A noção de defesa ampla é uma das extensões mais abrangentes da e pode ser encontrada em sistemas criminais acusatórios. Segundo Brasileiro de Lima (2014. p. 115) este princípio afirma que "[...] nos procedimentos penais, o direito do acusado de estar livre das alegações sem fundamento e arbitrárias do Estado é uma condição para a estrutura dialética do processo".

Para Alves (2017. p. 40), o réu tem direito a um grande arsenal de instrumentos de defesa como forma de compensar sua enorme insuficiência e fragilidade do Estado, que atua no processo penal através de vários órgãos, de acordo com este princípio, que se encontra na arte. 5, LV, da Constituição Federal.

Há dois tipos de defesas: autodefesa e defesa técnica. A autodefesa é uma autodefesa que é apoiada pessoalmente pelo réu sem a assistência de um advogado, e que está disponível.

Durante o interrogatório policial, a pessoa que está sendo sondada exerce autodefesa de acordo com Leonardo Alves (2017. p. 40):

[...] Quando este o faz, dando a sua versão dos fatos e indicando provas a seu favor, mesmo que de maneira negativa, ou até mesmo, pelo fato do acusado pode se calar ou até mesmo mentir, em conformidade com outro princípio constitucional expresso, o direito ao silêncio,

Entretanto, conforme estabelecido no Artigo 187, 1 do Código de Processo Penal, a disponibilidade de autodefesa não permite que o réu minta ou fique calado durante a primeira fase de seu interrogatório, que diz respeito a questões relativas às suas qualificações pessoais.

No entanto, o direito à autodefesa impõe ao Estado um dever de abstenção, não interferência e não interferência no direito do indivíduo à autodeterminação.

A defesa técnica, por outro lado, é aquela que é mantida por um defensor técnico, um advogado, e não está disponível uma vez que, de acordo com o artigo 263 do CPP, o réu não pode se defender sozinho.

Em geral, a autodefesa refere-se ao direito do réu de se defender pessoalmente e a uma audiência perante o magistrado, enquanto a defesa técnica refere-se ao direito à assistência jurídica.

Mirabete (2005. p. 79) fala sobre o assunto, observando que:

A defesa técnica a cargo do advogado procurador do réu é complementada pela autodefesa do acusado, que se pode desenvolver ao seu lado no processo, apresentando alegações em seu interrogatório, manifestando o desejo de apelar da sentença condenatória.

Segundo Alves (2017. p. 43) Quando nosso sistema legal garante o direito a uma defesa completa, ele estipula que a defesa deve ser plenamente exercida e não deve ser limitada de forma alguma. O réu tem o direito de reclamar fatos e apresentar qualquer prova necessária para o exercício adequado de seu direito.

Parte da filosofia, como a da Nucci (2008. p. 93), argumenta que o "adversário é parte da ampla defesa", um ponto de vista que difere do de outros estudiosos.

Devemos estar cientes de que o direito à defesa abrange não apenas a capacidade do acusado de se opor à ação durante o processo, mas também o direito de influenciar a criação de provas durante o processo criminal, talvez resultando em uma não acusação e, posteriormente, em uma punição favorável.

Nesta abordagem, podemos concluir que o princípio constitucional da ampla defesa na esfera judicial se refere à capacidade das partes de utilizar quaisquer argumentos e formas de prova que julguem necessárias para persuadir o juiz da existência de um conflito.

A ampla defesa em uma ação penal (investigação) consiste no direito de inspecionar registros e ter acesso a materiais documentados, tais como o direito à consulta de registros e o cumprimento de exigências para a produção de provas, como será discutido abaixo nos sistemas processuais.

ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E NOVAS REGRAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O foco deste capítulo será a extensão do procedimento contraditório e a ampla defesa na fase investigativa após a aprovação da Lei 13.245/16, que alterou o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (BARROS, 2019).

À luz desta expansão, serão levantadas questões sobre as modificações trazidas pela lei e como elas são aplicadas na fase investigativa, bem como o envolvimento do advogado na fase preliminar da investigação criminal e como elas são utilizadas. Como resultado, o Projeto de Lei 8.045/10 será examinado (Rascunho do Novo Código de Processo Penal).

Mudanças Trazidas Com o Advento Da Lei 13.245/2016

O artigo 7 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) foi revisado pela Lei 13.245/16, fortalecendo muito as prerrogativas dos advogados durante os procedimentos de investigação (BARROS, 2019).

O artigo 7 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil enumera os privilégios concedidos aos advogados a este respeito. A Lei 13.245/16, por outro lado, alterou o inciso XIV e acrescentou o inciso XXI ao artigo acima mencionado (BARROS, 2019). Antes da alteração, o artigo 7, XIV do Estatuto afirmava 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.

Nessa época, conforme ensina Barros (2019) "o acesso do advogado ao inquérito policial já era viável pela força da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal e o artigo 5 da Constituição Federal, LV assegura isso".

Após a modificação, a subseção idêntica agora afirma 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.

Ao comparar os dois textos, fica claro que o advogado tinha o poder de revisar somente os escritos de flagrante e inquérito, e somente no departamento de polícia, de acordo com a leitura do texto anterior.

Com a publicação do novo texto, é agora expressamente declarado que os advogados têm o direito de examinar os registros dos processos de investigação, não apenas na sede da polícia, mas em qualquer sede de polícia, assim como em qualquer instituição que conduza investigações de infração, como o Ministério Público e Comitês Parlamentares de Investigação (CPIs), entre outros.

Como resultado da mudança, o advogado agora tem acesso a todas as investigações, não apenas aos registros de investigações flagrante.

Isto significa que o nome dado ao procedimento de investigação não importa mais, e o advogado pode ter acesso ao inquérito policial, ao relatório detalhado, ao relatório policial e até mesmo ao procedimento de investigação criminal, que ocorre no Ministério Público, porque o exame dos registros não se limita aos procedimentos que ocorrem no escritório da polícia.

O ajuste não fez diferença para a frase no final do artigo, em mídia física ou digital. A mudança não proporciona nada de novo, mas sim teve como objetivo adaptar os meios à situação atual, de acordo com os avanços técnicos.

A mudança mais controversa é a adição do item XXI ao artigo 7 do Estatuto da Ordem dos Advogados, que diz o seguinte:

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.

Depois de ler a referência afiada, pode-se perguntar se a frase introduzida pela Lei 13.245/16145 terminou com a natureza inquisitorial da investigação criminal. No entanto, Aury Lopes Júnior acredita que:

Não acabou, pois o que diferencia o caráter inquisitório da investigação criminal é o fato do acúmulo de funções, ou seja, a autoridade policial preside o inquérito, determina investigações, decide a colheita de provas, interroga o acusado, e se presentes os elementos de autoria e materialidade, indicia o acusado, tudo ao longo da investigação.

Desta maneira:

A presença do advogado nos atos investigatórios, vem fortalecer as provas produzidas em sede policial, trazendo maior transparência e conseqüentemente maior confiabilidade, pois uma vez estando o investigado na presença do seu defensor, não há que se falar em juízo, de violação de seus direitos no interrogatório por exemplo, garantindo assim uma maior lisura na investigação criminal.

Outra importante análise consiste no final do artigo supracitado, em que traz:

[...] 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.

Antes da entrada em vigor da lei, foi amplamente assumido que qualquer falha na investigação policial não impediria um processo criminal subsequente porque o inquérito era opcional e o promotor público poderia perseguir acusações criminais com ou sem ela. Como resultado da reforma legal. A lei exprimiu-se ao afirmar que, dada a recusa do advogado em assistir o seu arguido investigado durante o depoimento ou o interrogatório, gera a nulidade absoluta destes atos, bem como dos demais elementos que deles derivam. (BARROS, 2019).

Vale ressaltar que o texto legal contamina não apenas as partes de prova, mas também os elementos de investigação (BARROS, 2019).

Dito isto, se o advogado não puder acompanhar a pessoa investigada/indicada durante o interrogatório, todos os atos ali cometidos são nulos e nulos, e a confissão é nula e não pode ser usada como prova. Da mesma forma, a prova material do crime não será utilizada como prova porque vem de um ato nulo e nulo (BARROS, 2019).

É crucial notar que o texto não precisa da presença de um advogado em todos os atos realizados durante uma investigação criminal, mas somente na investigação, de modo que a investigação só será anulada se a autoridade policial restringir a prerrogativa do advogado (BARROS, 2019).

No caso de um mandado de prisão em flagrante delito, por exemplo, a pessoa pode ser interrogada, mesmo que não seja representada por um advogado (BARROS, 2019). Como primeiro garantidor da legalidade, é responsabilidade do Comissário de Polícia informar a pessoa presa sobre seus direitos constitucionais, incluindo o direito de representação legal (BARROS, 2019).

Finalmente, o artigo 7 da Lei 12.345/16, item 'a', afirma que os advogados têm o direito de dar argumentos ou perguntas durante a investigação. Entretanto, o legislador acrescentou a capacidade da defesa de apresentar razões e investigações em quaisquer investigações que possam ser conduzidas durante a investigação, apesar do fato de que o Código de Processo Penal, especificamente o artigo 14, já o permitia (BARROS, 2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estatuto da OAB foi alterado pela Lei nº 13.245/16, que aumentou a participação do advogado na fase pré-processual da investigação. De fato, como a natureza inquisitorial da investigação policial é muito debatida à luz dos preceitos do Estado Democrático de Direito e do direito ao contraditório e defesa garantidos pela Constituição atual, a participação dos advogados tem sido alvo de severas críticas.

Entretanto, mudanças recentes deram ao advogado a capacidade de examinar registros de investigação, fazer cópias e tomar notas, inclusive usando meios digitais; e agora também prevê o direito do advogado de estar presente no interrogatório ou depoimento de seu cliente sob investigação, e até mesmo de apresentar razões, se necessário.

A única ressalva é que, como a mudança é recente, não há um entendimento consolidado por parte dos Tribunais Superiores sobre a implementação, ou falta dela, do contraditório e da defesa na fase de investigação após a publicação da Lei nº 13.245/16, bem como a possível mudança do sistema inquisitorial para o sistema acusatório nesta fase.

A este respeito, é crucial notar que, após a modificação no Estatuto da OAB, o sistema adversário e a ampla defesa não foram totalmente aplicados, e o sistema inquisitorial deixou de ser observado nas investigações.

Apesar das várias opiniões formadas sobre a mudança em questão, o melhor entendimento é que a participação do advogado nas investigações é benéfica para o próprio advogado, o próprio acusado, a pessoa sob investigação e a sociedade como um todo, sem causar qualquer dano ao procedimento investigativo.

Por todas as razões acima mencionadas, ficou claro na conclusão da análise que a Lei 13.245/16 veio em favor do advogado, mas também para assegurar os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 aos suspeitos e acusados, reforçando o modelo de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, e trazendo à prerrogativa de uma defesa dinâmica e dilatada, mesmo que apenas uma parte, mas relevante, da lei.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal**. 7. ed. Minas Gerais: Juspodivm, 2017.

Isabella Sabrinna Silva Cardoso SANTOS; Marcondes da Silva Figueiredo JÚNIOR. LEI 13.245/16 - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. JNT- Facit Business and Technology Journal. QUALIS B1. FLUXO CONTÍNUO. JULHO/2022. Ed. 38. V. 1. Págs. 114-133. ISSN: 2526-4281 <http://revistas.faculdefacit.edu.br>. E-mail: jnt@faculdefacit.edu.br.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Lei 13.245/16 exige mais do que o advogado na investigação criminal**. Revista Consultor Jurídico. 2017

BARROS, Francisco Dirceu. **As alterações provocadas pela lei 13.245/2016 no inquérito policial**. Revista Jus Navigandi. 2019.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: RT, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. p. 54.

TÁVORA; Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.