



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE  
FACULDADE DE DIREITO

## **Trabalho de Conclusão de Curso**

**Aportes da Lei nº 13.245/2016 para o Direito de Defesa na Investigação  
Preliminar no Processo Penal**

**Pedro Pimenta Costa Sequeira**

RIO GRANDE, 2016.

**PEDRO PIMENTA COSTA SEQUEIRA**

**Aportes da Lei nº 13.245/2016 para o Direito de Defesa na Investigação Preliminar no Processo Penal.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa

Rio Grande, 2016.

**PEDRO PIMENTA COSTA SEQUEIRA**

**Aportes da Lei nº 13.245/2016 para o Direito de Defesa na Investigação  
Preliminar no Processo Penal**

Banca Examinadora da monografia apresentada ao Curso de Direito da FURG, para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa

1º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Prof. Me. Lucas Gonçalves Conceição

2º EXAMINADOR: \_\_\_\_\_  
Profa. Me. Rita de Araújo Neves

**RIO GRANDE, 2016.**

Dedico o presente trabalho ao meu avô Nercy, ausência sentida diariamente, como forma simples de homenageá-lo e como lembrança de nossa vivência.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Mauro e Núbia, pela educação que me foi dada, bem como pelos exemplos de conduta de vida, dos quais jamais me esquecerei. Pelos cotidianos gestos de amor e carinho, pelas necessárias doses de desafio e motivação, combustível para o meu êxito.

Aos meus familiares e amigos, pela união e afeto inestimável em toda a caminhada e por acompanharem de perto minha formação, seja ela acadêmica ou de vida.

À minha namorada, Luiza, pela incansável companhia de todos os momentos, peça fundamental para a realização dessa empreitada. Pelas sucessivas demonstrações de amor, paciência e preocupação, sem as quais, certamente, eu não conseguiria atingir meus objetivos.

Às minhas experiências de aprendizado prático, em especial aos amigos que deixei na 2ª Vara Criminal da Comarca de Rio Grande, razão maior do gosto que adquiri pelo Direito Processual Penal.

Ao meu orientador, Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa, pela compreensão, confiança e pelos conhecimentos passados, de grande valia para a conclusão dessa etapa.

*“Escolha um trabalho que você ame e não terá de trabalhar um único dia de sua vida”*

*(Confúcio)*

## RESUMO

SEQUEIRA, Pedro Pimenta Costa. **Aportes da Lei nº 13.245/2016 para o Direito de Defesa na Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2016. 56 páginas. Trabalho Acadêmico (Graduando). Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

Este trabalho objetiva apreciar as inovações trazidas pela Lei nº 13.245/2016, no que tange ao direito de defesa na investigação preliminar, em vista de um processo penal ainda calcado na cultura inquisitorial. Ressaltando os traços constitucionais trazidos pela novel legislação, enquanto legitimadora da presença dos princípios fundamentais na fase pré-processual, o presente foi dividido em três capítulos. O primeiro, introdutório, analisa os três tipos de sistemas processuais penais reconhecidos pela doutrina, bem assim a trajetória do direito processual penal no Brasil; o segundo traz à tona os princípios constitucionalmente previstos que se correlacionam com a investigação preliminar, para que, no último capítulo, sob o viés da matéria vista, se proceda a análise dos aportes carreados na nova legislação, em vista de uma maior aproximação do campo de estudo para com os ideais previstos na Lei Maior.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal; direito de defesa; investigação preliminar; lei nº 13.245/2016.

## ABSTRACT

This work aims to assess the innovations brought by the Law nº 13.245/2016, relating of defense's law in the preliminary investigation, with a view to criminal proceedings still based on inquisitorial culture. Emphasizing the constitutional traits brought by the novel legislation, while legitimizing the presence of the fundamental principles in the preliminary investigation, this was divided into three chapters. The first, introductory, analyzes the three types of criminal procedure system recognized by the doctrine, as well as the trajectory of the criminal procedural law in Brazil; the second brings out the constitutionally provided principles that correlate with the preliminary investigation, that in the last chapter, under the bias of the field view if undertake analysis carted contributions in the new legislation, in view of a closer field study to the ideals set out in the Federal Constitution.

**Key-words:** Criminal Procedural Law; defense's law; preliminary investigation; law nº 13.245/2016.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
COAFI	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CPP	Código de Processo Penal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
HC	Habeas Corpus
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PLC	Projeto de Lei da Câmara
PSV	Proposta de Súmula Vinculante
RE	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça



## SUMÁRIO

<b>CONSIDERAÇÕES INICIAIS</b>	9
<b>1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TRAJETÓRIA DO PROCESSO PENAL NO ORDENAMENTO JURIDÍCO BRASILEIRO</b>	11
1.1 Sistemas processuais penais	12
1.1.1 Sistema inquisitorial	12
1.1.2 Sistema acusatório	14
1.1.3 Sistema misto ou francês	17
1.2 A trajetória do processo penal brasileiro e a investigação preliminar	19
1.2.1 Código de Processo Criminal de 1832	20
1.2.2 Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841	21
1.2.3 Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871	23
1.2.4 Código de Processo Penal de 1941	24
1.2.5 Constituição Federal de 1988	26
1.3 Conclusões parciais	28
<b>2. DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE DEFESA EM UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONALIZADO: PERTINÊNCIA PARA A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR</b>	30
2.1 Do Devido Processo Legal	30
2.1.1 Princípio do Contraditório	32
2.1.2 Princípio da Ampla Defesa	35
2.2 Princípio da Publicidade dos Atos Processuais	37
<b>3. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.245/2016: CONSEQUÊNCIAS GERADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL</b>	41
3.1 Das novas possibilidades de acesso a procedimentos investigatórios	43
3.2 A (in)existência de uma nova natureza jurídica na investigação preliminar	45
3.3 Nulidade na investigação: há contaminação na ação penal?	47
3.4 Cerceamento de defesa e a possibilidade de punição dos agentes persecutores	49
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	51
<b>REFERÊNCIAS</b>	53

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A presente investigação surgiu da percepção de que o pensamento contemporâneo emanado a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 e da consequencial divergência diagnosticada entre o texto constitucional e a legislação ordinária.

Cumprido salientar que o trabalho busca, então, apreciar as inovações trazidas pela Lei nº 13.245/2016, no que tange ao direito de defesa na investigação preliminar, em vista de um processo penal ainda calcado na cultura inquisitorial.

Com essa intenção, necessária a análise contextualizada dos pontos tocados pela letra da mencionada lei, o que impõe um exame mais aprofundado acerca da historicidade do direito processual penal pátrio, bem assim dos sistemas processuais penais e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, sem que sejam olvidados os princípios constitucionais que se atrelam ao cenário penal-processualista.

Sendo assim, no primeiro capítulo, serão apresentadas algumas considerações tangentes aos sistemas processuais penais, na ótica em que são definidos costumeiramente pela doutrina, quais sejam o acusatório, inquisitorial e misto.

No mesmo ponto, serão expostos, ainda que brevemente, os traços que marcaram o perfil do processo penal brasileiro, com enfoque na investigação preliminar. Para isso, serão observados o Código de Processo Criminal do Império, as reformas legislativas subsequentes que importaram mudanças na fase pré-processual, chegando-se à compilação vigente, datada de 1941, e à CF/88. Esses apontamentos visam identificar a marca da tradição inquisitorial, em que pese a legislação busque, paulatinamente, aproximar-se de uma nova cultura, pautada pelo pensamento acusatório.

Já no segundo capítulo será explicitada a principiologia constitucionalmente afeta ao processo penal e que seja pertinente para o objeto da investigação, fins de que, em momento sequente no trabalho, possa-se questionar sobre a observância dos vetores constitucionais pelas legislação e prática processual penal referida à investigação preliminar.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, propõe-se a esmiuçar os ditames pactuados pela Lei nº 13.245/2016, explanando as novas possibilidades de acesso a

procedimentos investigatórios, sempre tendo em perspectiva o paradigma constitucional anteriormente explicitado no trabalho.

Questiona-se, nesse mesmo exame, se a Lei nº 13.245/2016 altera ou não a natureza jurídica da fase pré-processual, retomando-se, para tanto, o estudo realizado no sentido de apresentar os sistemas processuais penais, como forma de demonstrar que a novidade legislativa repisa, a toda evidência, um impasse sistêmico existente no direito processual penal brasileiro.

Também busca-se avaliar os limites impostos pela nova lei, tanto no que tange à nulidade de atos praticados em seu desacordo, como das punições previstas aos atores processuais que confrontarem seus ditames.

Assim, dada a contemporaneidade do tema – amplamente discutido na doutrina e nos tribunais –, é de se destacar que a matéria se mostra de relevância incontestada, em razão da latente necessidade de adequação do ramo em análise ao pensamento constitucional.

## 1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TRAJETÓRIA DO PROCESSO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito processual penal brasileiro dos dias atuais é uma expressão do pensamento jurídico contemporâneo, essencialmente pautado pelos avanços trazidos à baila na Constituição Federal de 1988. Não se pode olvidar, no entanto, que as discussões acerca do tema foram iniciadas há bastante tempo, em uma época em que o Brasil ainda era uma colônia pertencente à coroa portuguesa.

No intuito de contextualizar as novidades legislativas tangentes à investigação preliminar, busca-se, no presente ponto, evidenciar o terreno percorrido pelo diploma processual-penalista, mormente no que toca a sua historicidade.

Nessa ideia, o capítulo visa expor a primeira codificação da matéria – datada de 1832 –, a legislação extravagante que promoveu expressivas alterações na mesma, o atual Código de Processo Penal, bem como os ideais trazidos pela Carta Magna sobre o tema.

Para tanto, antes se faz necessária sucinta análise conceitual relativa aos sistemas processuais penais, uma vez que presente relevante celeuma doutrinária no tocante ao alinhamento do ordenamento jurídico pátrio com algum dos modelos conhecidos pelo Direito: inquisitorial, acusatório e misto.

As já referidas modificações legislativas ao longo dos anos e divergências na doutrina exprimem o fato de que, na verdade, o direito, *lato sensu*, é um instrumento pelo qual a convivência social não só se manifesta, como também se define. Nesse sentido, os quase dois séculos vividos desde a edição da primeira codificação jurídica acerca do tema, o Código de Processo Criminal de 1832, são refletidos em inovações responsáveis pela, em tese, adequação da norma à evolução da sociedade.

Corroborar com tal pensamento Miguel Reale (2001, p. 18):

O Direito é, por conseguinte, um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como se vê, a sua socialidade, a sua qualidade de ser social. Admitido que as formas mais rudimentares e toscas de vida social já implicam um esboço de ordem jurídica, é necessário desde logo observar que durante milênios o homem viveu ou cumpriu o Direito, sem se propor o problema de seu significado lógico ou moral. É somente num estágio bem maduro da civilização que as regras jurídicas adquirem estrutura e valor próprios, independente das normas religiosas ou costumeiras e, por via de consequência, é só então que a humanidade passa a considerar o Direito como algo merecedor de estudos autônomos.

Destarte, a partir de uma análise histórica geral, cumpre mencionar que as modificações normativas evidenciadas ao longo do tempo refletiram, pois, os avanços sociais de cada época e também seus limites, ensejando em políticas legislativas ora mais liberais, ora mais conservadoras.

Como bem se sabe, a Carta Magna de 1988 constitucionalizou uma série de direitos e garantias ao cidadão, pretendendo promover o que Aury Lopes Jr. (2014) define como “um processo sério, em que você pode garantir para punir e punir garantindo”.

Esse projeto não se tem implementado como no modelo constitucional, de modo que se pode suspeitar que a tradição inquisidora brasileira, revelada nas sucessivas leis que disciplinaram o exercício do *jus puniendi* e na prática das agências de persecução, tem tido maior normatividade do que a própria Constituição, com quem trava cotidiano enfrentamento. A exposição, ainda que sumária, dos tipos de sistemas processuais penais usualmente identificados pela doutrina, e, após, dos principais passos da normativa processual penal brasileira, permite avaliar esta contradição entre o projeto constitucional e a tradição brasileira.

## 1.1 Sistemas processuais penais

### 1.1.1 Sistema inquisitorial

O sistema inquisitorial ou inquisitório é marcado pela concentração de poderes em uma só figura: o responsável pela acusação também possui legitimidade para o julgamento de determinado fato.

Fundou-se e teve seu protagonismo externado pelo direito canônico, oportunidade em que eram punidos com veemências todos aqueles que agissem em desacordo com os preceitos adotados pela Igreja Católica. A partir de então, o Estado passou a reger a persecução penal, retirando tal poder das mãos da sociedade.

Dentro dessa perspectiva, Paulo Rangel (2016, p. 48) preleciona:

O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. O sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de

reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.

Ainda, a conceituação de Pacelli (2013, p. 9) é bastante esclarecedora sobre o tema:

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual *inquisitório* do modelo *acusatório* pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o *acusatório* seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos.

Com efeito, percebe-se que o modelo inquisitorial dá ao julgador a possibilidade de iniciativa, tornando-o, em última análise, parcial e invertendo a ordem natural da lide. Ora, um juiz inquisidor pode convencer-se de que de determinada decisão condenatória ou absolutória emanará a justiça e, a partir daí, buscar incessantemente os motivos que darão sustento ao seu *decisum*.

Desse modo, incorrendo o Magistrado em tal prática, resta concretizada a contaminação da prova, com o exclusivo condão de legitimar o veredito judicial, tornando, assim, prejudicada a análise de quaisquer outras provas que, possivelmente, poderiam ser carreadas pelas partes.

Nessa lógica, verifica-se a ausência de princípios fundamentais para um processo penal coerente com um Estado Democrático de Direito, em um sentido contrário as ideias contemporâneas adotadas pelo mundo jurídico a partir de um modelo constitucionalizado.

Ao mesmo tempo em que o magistrado ganha protagonismo, os indivíduos que respondem a processos em um sistema inquisitorial são relegados a mera figura de um objeto necessário à lide. Nesse contexto, a cega busca da verdade real acaba por violar ampla defesa, contraditório e estado de inocência, garantias mínimas a determinar algo como justo ou injusto.

É Aury Lopes Jr. (2016) quem bem distingue o papel do juiz nos diferentes sistemas:

Em se tratando de sistema processual, a figura do juiz-ator, com poderes para determinar a produção de provas de ofício, é a marca característica do sistema inquisitório. Já a figura do juiz espectador e a gestão da prova nas mãos das partes, funda o sistema acusatório.

A partir de tal raciocínio, pertinente salientar que, mesmo em um cenário abarcado pelo sistema acusatório, com cristalina separação entre as funções de

acusação e julgamento, há que se considerar a possibilidade de interferências norteadas pela veia inquisitiva, pois, conforme preceitua Paulo Rangel (*apud* GHISLENI, 2005, p. 26), pode-se reconhecê-la em qualquer atitude ou postura arbitrária do julgador que comprometa ou impeça, por quaisquer formas, o direito de ampla defesa.

Neste sistema, uma divisão entre fase pré-processual, de investigação preliminar, e o processo penal, perdem sentido, na medida em que persecução e julgamento unem-se em uma mesma figura, o Estado acusação-julgamento. Diante de um juiz-ator, que se imiscui nas funções de acusador e ainda exerce as de julgamento, não é preciso muito esforço intelectual para perceber que a defesa, quando admitida, exerce funções meramente formais, adornando um procedimento de final já pré-determinado.

Ressalta-se, nesse sentido, a completa desatualização de tal sistema, uma vez que presente nele uma principiologia antagônica àquela que permeia o ordenamento jurídico brasileiro atual.

### 1.1.2 Sistema acusatório

A origem do sistema acusatório remonta ao direito grego. Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 40), esse sistema vigorou durante praticamente toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germano. Contudo, entrou em declínio a partir do século XIII, momento em que restou superado pelo sistema inquisitivo.

Diferentemente do modelo adotado pelo Direito Canônico, o sistema acusatório tem como característica principal a duplicidade de partes, ou seja, os papéis de acusação e defesa seriam reservados para pessoas ou órgãos distintos, os quais, em igualdade de condições, travariam um embate diante de um juiz, responsável por promover um julgamento eximido e imparcial.

Nessa linha, notadamente a separação das funções precípuas do processo penal, Geraldo Prado (*apud* BRASILEIRO, 2016, p. 39) aponta que no sistema acusatório há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. No mesmo viés, Renato Brasileiro de Lima (2016, p.39) assevera que o processo é caracterizado como legítimo *actum trium personarum*.

Não fosse isso, outras são as características que diferenciam o sistema em questão daquele utilizado na Europa até o século XVIII. A partir da introdução do sistema acusatório, o princípio da verdade real foi substituído pelo princípio da busca da verdade. Aqui percebe-se a diferença na medida em que o réu deixa de ser tratado como objeto, em uma cega busca pela reedição dos fatos, passando-se a tratar o processo como algo com regras, em específico os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ademais, extirpada sua iniciativa acusatório e probatória, o juiz inquisidor assumiu posição passiva, abandonando sua função de gestor da prova. Ele, na fase investigatória, com o escopo de preservar sua imparcialidade, deixou de atuar substancialmente de ofício, passando a agir apenas diante da provocação das partes, sendo essas promovidas a gestoras da prova.

Nesse diapasão, leciona Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 40):

No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Para além de outras discussões, pertinente demonstrar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 129, inciso I, manifesta cristalinamente sua opção pelo sistema acusatório, definindo o Ministério Público como único órgão responsável pela promoção da ação penal pública. Além disso, há que se pontuar que, no julgamento do RE 593.727, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o poder investigatório do Ministério Público, onde a legitimidade de tal poder seria extraída da Constituição, a partir de cláusula que outorgaria o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial.

Importante pontuar que, em repercussão geral, os Ministros fixaram a seguinte tese:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as



prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

Há que se salientar que, do inteiro teor do voto, denota-se que a atividade do Ministério Público seria empregada em sede de excepcionalidade, devendo respeitar-se as prerrogativas dos procuradores, direitos e garantias fundamentais de cada investigado, bem assim vetada sua atuação nas hipóteses que implicam na reserva constitucional de jurisdição, ficando a atuação do *parquet* sob permanente controle jurisdicional.

Nesse passo, o Conselho Nacional do Ministério Público viu-se motivado a editar a Resolução n. 13, a qual regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/1993 e o art. 26 da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, além de outras providências, o qual, em seu art. 1º, dispõe:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

Dito isso, ainda no que concerne ao sistema em análise, embora ele não subtraia do juiz a faculdade de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, tal sistematização busca tornar justo o julgamento da prova, impossibilitando, portanto, o magistrado da produção dessa.

Nesse sentido, preceitua Aury Lopes Júnior (*apud* GHISLENI, 2005, p. 28) que, especificamente em relação ao procedimento probatório, encontrávamos a atuação passiva do juiz, mantendo-se afastado da iniciativa e gestão da prova, e outras atividades, a cargo das partes.

Diante desse cenário, denota-se que, na ausência de características acusatórias durante a fase pré-processual, está calcada a própria ineficácia probante dos indícios colhidos durante a investigação, se esses não encontrarem guarida pelas provas colhidas durante a instrução criminal, conforme pacífico entendimento jurisprudencial.

### 1.1.3 Sistema misto ou francês

Como bem explicita seu nome, o sistema processual penal misto é reflexo de uma combinação entre os sistemas inquisitório e acusatório. Também pode ser denominado como sistema francês, uma vez que surgiu na França, em 1808, com a implementação do Código de Instrução Criminal (*Code d'Instruction Criminelle*), também chamado de Código Napoleônico, como bem define Faria (2009, p. 37).

Eugênio Pacelli (2013, p. 10) leciona acerca do tema:

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução -, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.

Considera-se hoje o sistema que mais se aproxima do processo penal brasileiro, já que nossa normativa legal possui duas fases: a primeira tipicamente inquisitorial – investigação preliminar – e a segunda de natureza acusatória – processo-crime em si.

Ocorre que, de acordo com o já mencionado artigo 129, inciso I da Constituição Federal de 1988, o legislador brasileiro buscou, extirpe de dúvidas, adequar o processo penal brasileiro ao sistema acusatório. Não se pode olvidar, no entanto, que o atual Código de Processo Penal foi editado em 1941, permanecendo nele resquícios inerentes à sistemática inquisitiva.

Destarte, fica latente a tentativa, seja por meio de novas leis ordinárias ou por soluções emanadas pelos Tribunais Superiores, de alinhamento do CPP/1941 a partir de sua interpretação constitucionalizada. Exemplo de tal prática é o julgamento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 82.507, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual colaciona-se:

- I. STF: competência originária: habeas corpus contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial.
1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária.
2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora", mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais

ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações.

III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) **por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.** (Grifei).

Ainda que diminuída por meio desses posicionamentos, essa visível contrariedade legislativa existente leva a cabo uma série de discussões entre processualistas, deixando livre o caminho para possíveis arbitrariedades, tanto na esfera pré-processual como processual – tema que aqui se visa dissecar e compreender.

Aury Lopes Jr. (2014) corrobora com tal pensamento:

Enfim, vivemos tempos difíceis em que impera um processo penal “a la carte”, com os tribunais escolhendo as “regras que serão consumidas hoje” e quem poderá delas desfrutar, em inequívoco decisionismo antidemocrático e ilegítimo, gerando uma imensa insegurança jurídica. Ampliou-se o campo de incerteza ao extremo, de forma perigosamente casuística.

No que tange ao específico campo de natureza pré-processual, verifica-se que decisões com norteadores inquisitivos não necessitam de muito papelório para ganharem legitimidade frente a um ordenamento penal-processualista que, repisa-se, deveria ser guardado pela principiologia constitucionalmente pactuada.

É desse modo que Aury Lopes Jr. (2012, p. 133) traz à baila as divergências em comento:

[...] a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Assim, por mais que se creia constitucionalmente em um sistema acusatório, percebe-se, a toda evidência, que o processo penal brasileiro vive em um emaranhado e pluralista sistema, em que doutrinadores o qualificam como misto, talvez no intuito de eufemizar a própria mistura, em sentido amplo, em que esse se encontra.

## 1.2 A trajetória do processo penal brasileiro e a investigação preliminar

A seara processual-penalista no Brasil, ao longo do tempo, tem seu marco inicial pautado pelas Ordenações Filipinas, em uma época em que inexistia legislação específica pátria a respeito do tema. André Rovegno (2005, p. 78) demarca a situação:

Até a nossa independência não havia ordenamento jurídico propriamente brasileiro a ser observado. Na condição de colônia, o Brasil aplicava a ordem jurídica de Portugal. Assim é que vigoraram em solo brasileiro as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e, depois, as Filipinas, quando Portugal caiu sob domínio espanhol.

Somente a partir de 1832 que o país recebe seu primeiro compilado de leis, no denominado Código de Processo Criminal do Império. Nesse diapasão, oportuno lembrar que a codificação em comento vigeu, em muitos estados brasileiros, até 1941, ano da publicação do atual CPP. Destaca-se, nesse ponto, que a Constituição de 1891 abriu a possibilidade de criação de recopilações estaduais, razão pela qual algumas unidades federativas albergaram um maior número de leis disciplinando o tema.

Sobre o assunto, Gisele Leite (2010) leciona:

A Constituição de 1891 com um Brasil já republicano trouxe em seu bojo, o federalismo e a descentralização do poder. E, com isto, surgiu a possibilidade de cada Estado ter seu próprio Código de Processo Penal. Nem todos criam suas próprias legislações. Rio de Janeiro, Maranhão, Rio Grande do Sul, Amazonas e outros criam suas leis processuais.

Assim, em uma ótica geral, nos quase duzentos anos de um Brasil independente, subsistiram tão somente duas Codificações de Processo Penal, as quais serão melhor analisadas, em especial no que se referem à investigação preliminar e em que medida esse desenvolvimento histórico reflete as questões pertinentes aos sistemas processuais penais recém tratados.

Além delas, também serão esmiuçadas as Leis nº 261/1841 e 2.033/1871, uma vez que trouxeram importantes alterações ao Código de Processo Criminal do Império. Com igual relevância para o direito de defesa, será exposta a Constituição Federal de 1988, responsável por uma paradigmática quebra em direção ao sistema acusatório.

### 1.2.1 Código de Processo Criminal de 1832

Também chamado de Código Criminal do Império, foi um rompimento do ordenamento jurídico brasileiro com as Ordenações Filipinas, compilação jurídica vigente no país desde seu descobrimento, com cunho manifestamente inquisitório.

O novo texto quebrou paradigmas, uma vez que passou a abarcar ideais liberais, indo ao encontro de um viés político, motivado, à época, pelo Brasil recém independente. Exemplo disso foi a letra de seu artigo 340, o qual dizia que “Todo cidadão que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de – *habeas corpus* – em seu favor”.

Nesse sentido, impende referir o artigo 37, o qual trazia as atribuições do promotor público, referindo ser dele a atribuição de denunciar os crimes públicos e, dentre outras, promover a execução de sentenças. Aqui cabe o destaque da diferenciação feita à época entre crimes públicos e particulares, os quais, na definição de Leite (2010), davam ensejo à iniciativa de promotor público ou por qualquer cidadão, se fossem públicos, ou, então, pelo ofendido, se fossem particulares.

Nesse passo, ainda que no século XIX, já era possível ver a figura do Ministério Público como responsável pela titularidade da ação penal, em uma demonstração de parcial rompimento com os ideais inquisitivos. Não se pode olvidar, no entanto, que o Magistrado possuía outras faculdades alinhadas à imagem de um protagonista no processo penal.

Em relação ao tema, preleciona José Antônio Boschi (2002):

Quer dizer, de um modelo inquisitivo em que havia absoluto predomínio de ação de um só, já se pensava, em 32, com o primeiro Código de Processo brasileiro, em entregar-se a um personagem a função de acusar, a um personagem distinto daquele que tem que julgar, o que significava, portanto, um primeiro olhar para o modelo novo que se vislumbrava naquela época, que era o modelo acusatório.

Por mais que houvesse inovações responsáveis por tornar as regras do jogo mais iguais, como bem assevera André Leão (2013), o Código de 1832 ainda manteve um conglomerado de ideias pertencentes ao sistema inquisitório, possibilitando ao julgador a produção de provas e recursos, inclusive em prejuízo do réu.

Sob esse cenário, em um momento histórico que recém enxergava o surgimento do viés acusatório, a investigação preliminar, por conseguinte, ainda mantinha absoluta correlação com a sistemática inquisitória, na medida em que produção de prova, acusação e julgamento eram passíveis de serem praticadas por um único indivíduo.

### 1.2.2 Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841

Passados nove anos da criação de uma pioneira codificação penal-processualista, a Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841 foi editada com o escopo de trazer à baila inovações na direção do modelo acusatório. Explícita está tal afirmação ao passo que o mencionado regramento legal separa as funções de juiz e delegado.

Rovegno (2005, p. 81) leciona sobre o assunto:

Em 1841, com a Lei nº 261, de 3 de dezembro, o Código foi reformado. Esse documento, bem como seu Regulamento (nº 120, de 31 de janeiro de 1842), além de restringir a um mínimo as atribuições dos Juizes de Paz, criou uma estrutura policial hierarquizada, falando, pela primeira vez em nossa história, na figura do delegado de polícia.

Nessa seara, pertinente mencionar que, até então, os magistrados, além de exercerem a função essencial de julgamento, também se responsabilizavam pela identificação dos delitos, busca e produção de provas incriminadoras, cumprindo, assim, um duplo papel.

No artigo 4º da Lei nº 261/1841 e seus parágrafos, restam definidas as atribuições definidas aos Chefes de Polícia e Delegados, senão vejamos:

Art. 4º Aos Chefes de Policia em toda a Provincia e na Côrte, e aos seus Delegados nos respectivos districtos compete:

§ 1º As attribuições conferidas aos Juizes de Paz pelo art. 12 §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º do Codigo do Processo Criminal.

§ 2º Conceder fiança, na fórmula das leis, aos réos que pronunciarem ou prenderem.

§ 3º As attribuições que ácerca das Sociedades secretas e ajuntamentos illicitos concedem aos Juizes de Paz as leis em vigor.

§ 4º Vigiar e providenciar, na fórmula das leis, sobre tudo que pertence á prevenção dos delictos e manutenção da segurança o tranquillidade publica.

§ 5º Examinar se as Camaras Municipaes tem providenciado sobre os objectos do Policia, que por Lei se achão a seu cargo, representando-lhes com civilidade as medidas que entenderem convenientes, para que se convertão em Posturas, e usando do recurso do art. 73 da Lei do 1º de Outubro de 1828, quando não forem attendidos.

§ 6º Inspeccionar os Theatros e espectaculos publicos, fiscalizando a execução de seus respectivos Regimentos, e podendo delegar esta inspecção, no caso de impossibilidade de a exercerem por si mesmos, na fórmula dos respectivos Regulamentos, ás Autoridades Judiciarias, ou Administrativas dos lugares.

§ 7º Inspeccionar, na fórmula dos Regulamentos as prisões da Provincia.

§ 8º Conceder mandados de busca, na fórmula da Lei.

§ 9º Remetter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposição do caso e de suas circunstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa.

Se mais de uma autoridade competente começarem um processo de formação de culpa, proseguirá nelle o Chefe de Policia ou Delegado, salvo porém o caso da remessa de que se trata na primeira parte deste paragrapho.

§ 10. Velar em que os seus Delegados, e Subdelegados, ou subalternos cumprão os seus regimentos, e desempenhem os seus deveres, no que toca a Polícia, e formar-lhes culpa, quando o mereção.

§ 11. Dar-lhes as instruções que forem necessarias para melhor desempenho das attribuições policiaes que lhes forem incumbidas. (Sic) (BRASIL, 1841).

Conforme depreende-se do parágrafo 9º, evidente está que a formação de culpa segue a cargo dos Juizes. Contudo, a lei inova ao determinar que compete à autoridade policial angariar provas e esclarecimentos necessários, a fim de permitir o convencimento dos Magistrados. Denota-se aí que tal prática ocorre até a presente data, cabendo aos Delegados de Polícia remeterem os autos de Inquérito Policial para apreciação do poder judiciário.

Nesse passo, instrui Franco Perazzoni (2014):

Apesar de possuir alguns poderes típicos de Autoridade Judiciária, a regra era que a Autoridade Policial, após concluir as investigações, deveria remeter todos os dados, provas e esclarecimentos obtidos acerca do delito para o juiz competente, o qual julgaria o feito (art. 4º, parágrafo 9º, da Lei 261, de 03.12.1841), o que sinaliza para o início da separação entre as funções judicante (Estado-juiz) e investigativa (Estado-investigação), o que, veremos oportunamente, teve forte incremento com a Lei 2.033/1871, mas só veio a se sacramentar, definitivamente, em data muito posterior, com o advento da CF/88.

Desse modo, pontua-se que a Lei nº 261 de 1841 constituiu uma tentativa no sentido de retirar poderes do julgador – reforçando a ideia de que esse é tão somente responsável por julgar –, passo que ainda não conseguiu se consolidar mesmo após o decurso de quase duzentos anos.

Ainda, oportuno identificar que, à época, inexistia a presença de qualquer conceito crítico acerca dos moldes de investigação preliminar, na medida em que a fase pré-processual com separação dos poderes de acusação e julgamento era a novidade do ramo no direito pátrio, sem que fosse dada atenção à forma pela qual essa repartição ocorreria.

### 1.2.3 Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871

Criada com o objetivo de disciplinar o Inquérito Policial – e suprimindo lacuna deixada pela alteração anterior –, a Lei nº 2.033 de 1871 foi a responsável por dar a estruturação desse nos termos em que hoje se encontra, isto é, um instrumento que possui o condão de consolidar e documentar a formação de um juízo mínimo de probabilidade a fim de sustentar o ingresso de uma ação penal.

Pertinente ressaltar que, nas palavras de Julio Mirabete (2005, p. 82), inquérito policial “é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria.”

Na mesma linha, Fernando Capez (p. 72) leciona que o inquérito policial “é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.”

Outrossim, insta salientar que, com o advento dessa reforma legislativa, pôde-se vislumbrar, de modo inédito em nosso ordenamento jurídico, uma estrutura em que a responsabilidade pela investigação é da polícia judiciária, enquanto a ação fica à mercê do Ministério Público e o juiz restringe-se, de modo geral, ao julgamento dos delitos aforados, construção que perdura nos dias atuais.

Nesse tema, se faz necessária a referência acerca dos sistemas processuais penais antes esclarecidos, na medida em que há forte referência ao modelo inquisitório na fase pré-processual, conteúdo que será melhor explorado durante a presente investigação. Corroboram com isso os argumentos de Nucci (2007, p. 104):

É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvidasse, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.) Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. (...)

De outra banda, necessário salientar que a efetividade da legislação em comento veio por meio do Decreto Regulamentar nº 4.824/1971, estando presente, pois, a preocupação do legislador em relação à formatação das mudanças ocorridas ainda em 1841 (Rovegno, 2005, p. 82).

Ora, veja-se que, apontada uma linha temporal, a figura do delegado de polícia ingressou no cenário jurídico brasileiro trinta anos antes da normatização tangente ao inquérito policial, instrumento que materializou a persecução criminal desempenhada pela polícia judiciária.

Nesse sentido, permite-se pensar que o transcurso de tão grande período de tempo – que resultou na incompletude das alterações trazidas pela Lei nº 261/1841 –



sinalize o fato de que as incongruências observadas no processo penal brasileiro de hoje não são novidades no direito pátrio.

#### 1.2.4 Código de Processo Penal de 1941

O Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941 trouxe à tona o Código de Processo Penal ainda hoje vigente no Brasil. Nascido em plena 2ª Guerra Mundial, com inspiração nazifascista, o diploma penal-processualista registra meandros que se coadunam com o momento de sua edição, exemplificados por ideais notoriamente inquisitivos e sem referências com um Estado Democrático de Direito.

É a palavra de Eugênio Pacelli (2013, p. 5) que reforça esse julgamento:

Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo anteprojeto de lei, Min. Francisco Campos, conforme se observa em sua Exposição de Motivos.

Nesse diapasão, cumpre destacar que, quando de sua ativação, tanto o Código de Processo Penal, como também o Código Penal, vigeram norteados pelo princípio da presunção de culpabilidade. Ora, nesse cenário, a exclusiva existência de ação penal em face de determinado indivíduo já ensejaria, por si, na antecipação de um juízo que naturalmente tomaria o rumo condenatório.

Igualmente marcante é o texto do artigo 596 do CPP referente à época de sua publicação. Senão vejamos:

Art. 596. A apelação de sentença absolutória não impedirá, que o réu seja posto imediatamente em liberdade, salvo nos processos por crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a oito anos. Parágrafo único. A apelação em nenhum caso suspenderá a execução da medida de segurança aplicada provisoriamente.

Dele infere-se a admissibilidade de manutenção do acusado preso – se respondendo a crime com pena máxima de reclusão cominada em tempo igual ou superior a oito anos –, mesmo que esse tivesse obtido sentença absolutória em 1º grau. Ressalta-se que a legislação atual não reflete o pensamento de outrora, havendo compatibilidade entre absolvição e soltura do acusado e não importando, para tanto, a natureza – e nem a pena em abstrato – do crime respondido.

Em uma análise mais criteriosa dos fundamentos que permeavam a composição do Código de 1941, percebe-se que a liberdade individual daqueles que respondiam a processos-crime restava prejudicada em detrimento de uma tutela de segurança pública, em uma seara de evidente punitivismo e inversão do princípio da presunção de inocência.

Nesse contexto, é natural que práticas abusivas fossem legitimadas sob a bandeira do – hoje tão questionado pela doutrina – princípio da verdade real, possibilitando ao juiz um ativismo que o retira, extirpa de dúvidas, de um perfil de independência das partes processuais.

A crítica de Salah Khaled Jr. (2009, p. 32) retrata a problemática acerca de tal princípio:

Esta concepção de verdade, por sua vez, conduz à percepção do processo como uma promessa de *prestação jurisdicional perfeita*, oferecida por um *juiz infalível*, que irá *dizer a verdade e fazer justiça*. O estabelecimento da correspondência consoma-se, assim, como exercício de um *sacerdócio sagrado de revelação da verdade através do rito processual*. Há, portanto, inegavelmente, uma proximidade muito grande entre esta concepção de verdade e o exercício de um poder arbitrário que não conhece limites, ou que, ao menos, não os respeita.

Ainda no bojo desta tradição, o artigo 156 do CPP prevê a possibilidade de produção de provas de ofício pelo julgador, com a ideia dar-lhe um protagonismo discutível, na medida em que, ao buscar novos elementos para carrear à lide, o Magistrado ultrapassa os ditames que designam o Ministério Público como titular das ações penais e gestor da prova:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)  
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)  
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Na visão de Salah Khaled Jr. e Alexandre Morais da Rosa (2014), é indubitável a incoerência nesse protagonismo dado ao Juiz, senão vejamos:

De fato, não são poucos os autores que consideram que os poderes que permitem que o juiz interfira na gestão da prova juiz devem ser complementares; no entanto, não conseguimos vislumbrar caso em que essa atividade não seja potencialmente danosa para o acusado, motivo pelo qual a consideramos em flagrante descompasso com a exigência de

democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção do poder punitivo, a dúvida deve gerar absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo*.

Tomando por base o contexto apresentado, mostram-se cristalinos os ideais inquisitivos contidos em um diploma legal vigente há mais de setenta anos, em completo desalinho com a Constituição Federal de 1988, como será a seguir melhor identificado.

#### 1.2.5 Constituição Federal de 1988

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe grande influência ao processo penal brasileiro, em que pese a existência de – contundentes – divergências entre a Carta Magna e o Código de Processo Penal.

De início, se faz pertinente destacar que a CF/88 consagra o sistema acusatório como norteador da legislação penal-processualista no Brasil. Todavia, as inovações aí trazidas vão de encontro com amostragens de cunho inquisitivo mantidas em um Manual de Processo Penal que, decorridos setenta anos de sua publicação, mostra-se arcaico, com clara expressão da tradição autoritária do Estado brasileiro.

Destarte, mesmo que consabida a diferença de valores entre a legislação constitucional e infraconstitucional, vislumbra-se uma gama de julgamentos no direito brasileiro que primam pela apreciação da legislação penal ordinária em detrimento dos ditames contidos na Constituição Federal.

É Pacelli (2013, p. 08) quem referenda tais pensamentos:

Se a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição da República de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta.

De fato, a Constituição Cidadã de 1988, ao adotar o sistema acusatório, preocupou-se em albergar uma série de garantias dos direitos fundamentais de qualquer indivíduo, defendendo, para tanto, os princípios do contraditório, publicidade dos atos processuais, devido processo legal e, por fim, ampla defesa.

Nessa esteira, a Magna Carta, em seu artigo 129, inciso I, demarcou como função institucional do Ministério Público a promoção, privativa, da ação penal pública.

Ora, há que se ressaltar que, sendo o *parquet* o responsável pela ação penal pública, evidente está a colidência com o supramencionado artigo 156 do CPP, uma vez que, à medida em que o Magistrado busca, de ofício, a produção de provas, resta ferido o cunho privativo da específica função ministerial.

Presente tal dicotomia, abre-se a possibilidade de decisionismos judiciais, externados pela livre escolha dos julgadores em filiar-se ao sistema acusatório – com a produção de provas sob exclusivo encargo do Ministério Público, em uma ação penal que visa garantir os direitos do réu – ou ao sistema inquisitivo presente no Código de Processo Penal – com a possibilidade de produção de provas de per si, em uma desenfreada busca pela verdade real, que aqui pode ser substituída pela desenfreada tentativa de reunir elementos mínimos a sustentar uma condenação criminal.

Não é novidade do universo jurídico que, em um sentido hierárquico, o texto constitucional vige de forma soberana a toda e qualquer legislação ordinária. Embora o direito brasileiro albergue tal hierarquia – ao menos no fundamento teórico –, percebe-se, do ponto de vista prático, que tal classificação em nada impede o uso dos artigos do CPP confrontados pela Magna Carta, posto que esses não só seguem em vigência, como também não foram declarados como inconstitucionais, por mais patente que seja a sua inconstitucionalidade.

Neste sentido, insta lembrar Norberto Bobbio (2001, p. 47), o qual leciona que “uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em uma Constituição rígida”, de modo que a força normativa da Constituição impõe a invalidade da lei que seja com ela incompatível.

Todavia, o que o processo penal brasileiro tem demonstrado é uma persistência do referencial pré-constitucional, de inspiração fascista, em detrimento do modelo constitucional, do que é evidência não apenas a subsistência dos poderes instrutórios do juiz, como a própria subsistência do próprio CPP, carregado naturalmente que é de sua inspiração ideológica.

### 1.3 Conclusões parciais

Conforme foi possível verificar no presente capítulo, a tradição penal-processualista brasileira tem sua historicidade marcada pelo perfil inquisitório.

Neste quadro, a investigação preliminar também reflete os embaraços atinentes ao processo penal como um todo. Nos termos da análise feita, depreendeu-se,

claramente, que modificações legislativas sobrevieram de forma tímida, sempre incapazes de desconstituir a cicatriz inquisitória.

A Constituição Federal de 1988 representaria um rompimento com práticas notadamente inquisitórias, posicionando o acusado como figura central de um processo penal contemporâneo e, por conseguinte, constitucionalizado. Todavia, a força das práticas reais, da cultura inquisitória, ainda se encontra instalada no horizonte compreensivo dos atores que operam o sistema, razão pela qual é necessário reforçar os processos discursivos capazes de reafirmar os princípios constitucionais e constranger e controlar a atuação dos inquisidores.

Nesse diapasão, imprescindível para a continuidade da presente investigação a exposição das bases principiológicas trazidas pelo texto constitucional, assim como seu revérbero no processo penal, mormente no que se refere ao direito de defesa na investigação preliminar, o que será melhor exposto no próximo capítulo.

## 2. DOS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AO DIREITO DE DEFESA EM UM PROCESSO PENAL CONSTITUCIONALIZADO: PERTINÊNCIA PARA A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

No capítulo anterior, ultrapassado o exame dos sistemas processuais penais e de historicidade do processo penal brasileiro, concluiu-se, de modo parcial, arguindo sobre a quebra de perspectivas iniciada a contar de uma interpretação constitucional de tal ramo do Direito. Nesse momento, cumpre verificar os princípios consagrados pela Carta Magna que possuem relevância para a investigação preliminar.

É sabido que, desde o advento da Constituição Federal de 1988, a visão jurídica acerca do processo penal é, a toda evidência, permeada pela utilização do sistema acusatório.

Desse sentir, comunga Eugênio Pacelli (2013, p. 35):

Então, que o Direito Processual Penal brasileiro não pode mais ser aplicado com base na *estrutura* do ainda vigente Código de Processo Penal parece não haver dúvidas. A Constituição da República, de há muito, lançou novas luzes sobre a matéria.

Percebe-se, no entanto, que passadas quase três décadas, doutrina e jurisprudência muito divergem no que tange à (in)aplicabilidade do moderno texto constitucional e sobre a subsistência ou superar das referências inquisitórias.

Nessa seara, baseando-se em preceitos notadamente constitucionais e, repisa-se, acusatórios, permitiu-se uma análise *in casu* mais igualitária, valorizando a figura do acusado, de modo que rechaçada a veia inquisitiva empregada até então.

Destarte, importa colacionar as principais aplicações dos princípios constitucionais ao processo penal, no que tange ao direito à defesa, procurando identificar se e quando se aplicam à investigação preliminar.

### 2.1 Do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal, na visão de Wellington Costa (2011), é entendido como norteador do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que abarca os demais princípios processuais, a exemplo da ampla defesa e do contraditório, do juiz natural e acesso à justiça.

Em sentido equivalente é a lição de André Rovegno (2005, p. 243):

É por isso que se pode afirmar que a cláusula do devido processo legal significa a imposição de observância, pelo Estado, do feixe completo de princípios e normas que defendem o patrimônio jurídico do indivíduo.

O devido processo legal possui sua matriz no *due process of Law* americano, tendo origem no direito anglo-saxão. Acerca de sua origem, explana Wellington Costa (2011):

As origens do devido processo legal, enquanto princípio norteador da jurisdição, remontam à Magna Charta de João Sem Terra, de 1215, no sistema jurídico inglês, bem como ao “Statute of Westminster of the Liberties of London”, também conhecido como Lei de Eduardo III ou Lei Inglesa de 1354, também no sistema jurídico inglês. A Magna Charta de 1215 não fazia alusão expressa ao princípio de que ora se trata, conquanto o considerasse sob a ótica estrita, isto é, o devido processo legal processual, que mais à frente será explicado no presente trabalho.

Destacado seu marco inicial, cumpre pontuar que, trazido ao contexto contemporâneo, o devido processo legal é assegurado pelo Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 8º, e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, no mesmo artigo.

À medida em que se consolidou em tratados internacionais de caráter *jus cogens*, se fez premente a inclusão taxativa do princípio do devido processo legal na norma jurídica brasileira. Foi assim que, com o atraso de quase oito séculos – a contar da Magna Carta – o texto constitucional recepcionou a cláusula milenar do devido processo legal sem restrições, tendo em vista ser cópia fiel do dispositivo americano, como bem disse Marisa Fernanda Bueno (2005, p. 117).

A disposição do art. 5º, LIV da Constituição Federal exhibe o princípio do devido processo legal:

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:

(...)

LIV \_ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Assim, insta referir que, com *status* constitucional, o devido processo legal garante, em abstrato, a eficácia dos direitos e garantias individuais previstas na Carta Magna, uma vez que, aliado ao princípio da legalidade, antevê o direito a um processo legítimo, devendo ser respeitadas todas as etapas e preceitos inerentes à prática dos atos processuais e administrativos.

Em um olhar mais crítico, cumpre mencionar que o devido processo legal divide-se em duas diferentes óticas: substancial e processual, estando presente, pois, a amplitude conceitual que alcança.

O devido processo legal substancial (*substantive due process*) surge como uma garantia que limita o poder do Estado, gerando uma produção legislativa com razoabilidade, de modo a satisfazer aos anseios do grupo social a que se destinam e ao interesse público (Costa, 2011).

Nesse sentido, preleciona Paulo Henrique dos Santos Lucon (2008, p. 5):

Em apertada síntese, o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade.

De outra banda, o *procedural due process* – devido processo legal processual -, é o princípio empregado em seu sentido estrito, rigorosamente na acepção em que utilizado no Brasil na atualidade. Ele é aplicado nos âmbitos judicial e administrativo, sendo responsável por garantir às partes todas as garantias intrínsecas ao processo.

O magistério de Paulo Fernando Silveira (2001, p. 242) repisa esse sentimento:

O devido processo legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.

Desse modo, oportuno dizer que, sob a égide contemporânea, a fase pré-processual recebe especial guarida do devido processo legal, à medida em que, ausente o equilíbrio entre as partes nesse específico momento de formação de uma verdade processual, tal princípio ganhar caráter de legitimador das ações nela ocorridas.

### 2.1.1 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório consta de maneira expressa no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna o descreve referindo que "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".



Nesse ponto, salienta-se que tal base visa, em expressão máxima da dialética processual, garantir a igualdade de direito entre os polos existentes no processo-crime, ao menos em uma perspectiva formal, com o fim de tentar mitigar a superioridade fática inerente ao Estado-acusação.

Além disso, cumpre destacar que o direito de defesa, sob a ótica do contraditório, garante ao indivíduo que responde a um crime dar a última palavra ou versão sobre o ocorrido. Isto é, feito o juízo de admissibilidade de determinado fato e estando ele em tramitação no judiciário, será sempre possibilitada a palavra ao réu para contrarrestar os argumentos que lhe forem impostos.

É de Greco Filho (1996, p. 90) a sintética definição acerca das mais relevantes garantias abarcadas pelo Princípio do Contraditório:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável.

No entanto, pertinente se torna a discussão no que tange à inserção do uso do contraditório na fase pré-processual. Nesse ponto, a doutrina se posiciona de diversas maneiras, inexistindo, assim, modo para afirmações categóricas a respeito de sua aplicabilidade.

A ideia de que a investigação preliminar resta intocada pelo contraditório está arraigada na própria conceptualização dos termos contidos no texto constitucional. Parte dos estudiosos deixa de caracterizá-la como processo administrativo – terminologia presente no texto constitucional –, pontuando que essa é, na verdade, um procedimento.

Nessa linha, revela Alexandre de Moraes (2005, p. 256):

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

Na mesma esteira, aduz Tourinho Filho (2010, p. 65)

O que não se concebe é a permissão do contraditório naquela fase informativa que antecede à instauração do processo criminal, pois não há ali nenhuma acusação. Não havendo, não se pode invocar o princípio do *par*

*conditio* – igualdade de armas. Todos sabemos que não se admite um decreto condenatório respaldado, exclusivamente, nas provas apuradas na etapa pré-processual. A Autoridade Policial não acusa; investiga. E investigação contraditória é um não senso. Se assim é, parece-nos não ter sentido estender o instituto do contraditório ao inquérito, em que não há acusação.

De outra banda, há quem divirja de tais posicionamentos, firmando entendimento no sentido de que o princípio do contraditório deve estar presente inclusive na fase pré-processual.

Tal ideia se exprime de uma interpretação *latu sensu* da Constituição Federal, apontando os princípios norteadores do direito processual penal como um todo, com a conseqüente inclusão da fase pré-processual para tanto.

Aury Lopes Jr. (2005, p. 245) esclarece:

É inegável que o indiciamento representa uma acusação em sentido amplo, pois decorre de uma imputação determinada. Por isso o legislador empregou acusados em geral, para abranger um leque de situações, com um sentido muito mais amplo que a mera acusação formal e com o intuito de proteger também ao indiciado.

Exposto o antagonismo de entendimentos, se torna válido ressaltar que ante elemento relevante que constitui o contraditório, qual seja, o direito à informação, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 49) afirma que “não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária”.

E complementa (Lima, 2016, p. 49):

Como se vê, o direito à informação funciona como consectário lógico do contraditório. Não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. Daí a importância dos meios de comunicação dos atos processuais: citação, intimação e notificação.

Destarte, presume-se nítido que, em primeiro plano, a consagração do contraditório em uma peça de índole informativa não se faria necessária, muito em razão do processo penal existir com a finalidade de exame da prova, contexto no qual a investigação preliminar está incluída.

No entanto, sob um olhar prático, bem se sabe que a fase pré-processual configura boa parte – se não toda – do arcabouço probatório carreado a fase processual, refletindo, possivelmente, em decretos condenatórios sustentados exclusivamente por ela. Em assim sendo, crê-se favoravelmente ao equilíbrio entre as partes, ainda que durante a investigação preliminar, visualizando-se no princípio

contraditório como garantidor da contenção do exercício punitivista, prática que se busca aqui repelir.

### 2.1.2 Princípio da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa também é proveniente do relevante artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, mesmo dispositivo legal que contempla o recém explanado contraditório.

De forma geral, pode-se definir que a natureza principiológica disposta aqui faz menção a mais completa gama de possibilidades jurídicas – desde que lícitas – existentes de modo a salvaguardar o direito à defesa de qualquer indivíduo que responda à ação penal.

Nesse ponto, as palavras de Greco Filho (2002, p. 247) são bastante esclarecedoras:

A ampla defesa é o cerne ao redor do qual se desenvolve o Processo Penal. Não se trata de mero direito, mas de uma dupla garantia: do acusado e do justo processo. É uma condição legitimante da própria jurisdição.

Caminha para o mesmo lado o entendimento de Tereza Doró (1999, p. 129):

Essa ampla defesa compreende conhecer o completo teor da acusação, rebatê-la, acompanhar toda e qualquer produção de prova, contestando-a se necessário, ser defendido por advogado e recorrer de decisão que lhe seja desfavorável.

Guilherme de Souza Nucci (2012, p. 290) é mais um a lecionar a respeito do tema:

A ampla possibilidade de se defender representa a mais copiosa, extensa e rica chance de se preservar o estado de inocência, outro atributo natural do ser humano. Não se deve cercear a autoproteção, a oposição ou a justificação apresentada; ao contrário, exige-se a soltura das amarras formais, porventura existentes no processo, para que se cumpra, fielmente, a Constituição Federal.

Com efeito, merece destaque a relevância da vigência de tal princípio em nosso ordenamento jurídico, exemplificada pelo próprio fato de que, feita a análise de intempestividade de determinada peça processual aforada pela defesa técnica de um acusado, pode essa ser levada em consideração, em cristalina demonstração de que a ampla defesa é, muitas vezes, destacada em detrimento de outras normas de Direito.

Além disso, sobre a própria complementação deste princípio ao contraditório, Pacelli (2013, p. 45) argumenta:

Enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.

Assim, seja ela produzida pelo advogado ou pelo próprio acusado ou até mesmo por outro meio de prova qualquer, consabido é o fato de que a ampla defesa equaciona a possibilidade de demonstração de inocência do acusado em processo-crime sob a bandeira de um princípio.

Em um cenário menos amplo, a investigação preliminar e o princípio da ampla defesa convivem com dicotomia semelhante ao já exposto na seção tangente ao princípio do contraditório.

A fim de elucidar o assunto, colaciona-se lição de Aury Lopes Jr. (2003, p. 328):

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Inobstante, exige especial atenção o grave dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar. Por outro lado, a absoluta inexistência de defesa viola os mais elementares postulados do moderno processo penal. É um dilema sério e uma vez mais devemos encontrar um meio termo, pois, como aponta Guarnieri, *la defensa em el período instructório es indudable que presenta defectos, pero sus ventajas son mucho mayores y no sirven para obscurecerlas las objeciones de sus enemigos.*

A toda evidência, qualquer vista monocrática estará em desalinho com a principiologia constitucional, estando, como bem disse Aury Lopes Jr., no meio termo o gesto que assegura o melhor preenchimento da ampla defesa na investigação preliminar.

Assim, sopesados eventuais prejuízos à apuração de infrações penais, deve ser garantido ao investigado o direito de defesa em sentido pleno, seja ele exprimido pelo acompanhamento de advogado ou por qualquer outro modelo que o permita responder àquilo que lhe é imputado.

## 2.2 Princípio da Publicidade dos Atos Processuais

Há que se destacar que, decorrente da democracia e do sistema acusatório, nasce o princípio da publicidade, o qual, além de direcionar-se à Administração Pública em geral, nos termos do art. 37 da Carta Magna, deve orientar, em particular, a administração da justiça penal, conforme ensina Vladimir Aras (*apud* BAYER, 2013).

O supracitado princípio surge, de plano, para regimentar que processos em geral, civis e penais, em regra, devem ser públicos, a fim de evitar arbitrariedades nas decisões, bem como facilitar o controle da coletividade sobre os órgãos julgadores.

Nessa linha, preceitua Julio Fabbrini Mirabete (*apud* SUZUKI e BRAGA, 2012):

Trata-se de garantia para obstar arbitrariedades e violências contra o acusado e benéfica para a própria Justiça, que, em público, estará mais livre de eventuais pressões, realizando seus fins com mais transparência. Esse princípio da publicidade inclui os direitos de assistência, pelo público em geral, dos atos processuais, a narração dos atos processuais e a reprodução dos seus termos pelos meios de comunicação e a consulta dos autos e obtenção de cópias, extratos e certidões de quaisquer deles.

Ademais, o princípio da publicidade encontra menção no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, que dispõe: *“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”*.

Nesse passo, este princípio apresenta-se como garantia fundamental do indivíduo em face do Estado, sendo reiteradamente explanado no texto constitucional, notadamente nos artigos. 5º, XXXIII e 93, IX, senão vejamos:

Art. 5º

(...)

**XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (grifei)

Art. 93 (...)

(...)

**IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifei)

Não fosse isso, conforme amplamente discorrido na doutrina, o princípio da publicidade apresenta dois aspectos distintos: a publicidade geral e a publicidade especial.

A primeira surge como regra para todo e qualquer procedimento, de modo que a publicidade deve ser ampla e irrestrita.

A publicidade especial, por sua vez, impõe o “sigilo”, restringindo o acesso aos atos processuais e informações sobre o processo às partes e procuradores, ou

somente a estes, em casos que o interesse social e a defesa da intimidade demandarem, contudo, nunca alcançando o defensor do réu ou o Ministério Público.

Insta salientar que na conjuntura atual do direito processual penal, o princípio da publicidade é responsável por refutar eventuais excessos e obscuridades no momento das decisões, de modo que promove o controle social dos atos do julgador.

Igualmente, cumpre referir que o princípio da publicidade é livremente válido apenas para a fase judicial da persecução penal. Durante a investigação preliminar, o preceito é diverso. Em regra, a investigação deve tramitar de maneira sigilosa, de modo que o sigilo é inerente à eficácia das investigações, não podendo emprestar-lhes a publicidade, sob pena de frustrar a própria eficácia das diligências (Amamiya, 2016).

Todavia, existem investigações que podem ser publicizadas, tendo, como melhor exemplo, o retrato falado, sendo interessante que o acesso de algumas informações seja dado ao público em geral.

Por fim, no que tange à publicidade na fase pré-processual, durante anos entendeu-se que o advogado não poderia ter acesso à investigação preliminar, o que hoje lhe é facultado por conta da própria Constituição Federal:

Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Ao supracitado dispositivo legal deve ser dada interpretação extensiva, entendendo-se igualmente válida a assistência para pessoa sob a qual recaia uma suspeita da prática de uma infração penal e não unicamente ao indivíduo preso.

Embora houvesse muita resistência quanto ao tema, desde 1994 o Estatuto da OAB, em seu art. 7º, inciso XIV previa a obrigatoriedade do acesso aos autos da investigação preliminar.

A nova Lei 13.245/16 promoveu algumas alterações no art. 7º, XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, propiciando o acesso do advogado aos autos de qualquer investigação, em qualquer instituição e independentemente de sua natureza:

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;

Contudo, no claro intuito de preservar a eficácia do procedimento, o acesso do advogado se restringe aos elementos informativos já documentados, não abrangendo eventuais diligências em andamento. Mas, há que se pontuar que, embora desde a década de noventa a Lei nº 8.906/1994 já previsse que o acesso do procurador aos autos em flagrante e de inquérito era direito que lhe facultava, havia muita resistência quanto ao tema, inclusive em relação a sua efetivação.

Essa questão foi parar no Supremo Tribunal Federal, que editou a 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.

Nesse passo, importa pontuar que a matéria sumulada, tendo como precedente representativo o HC 88190, em nada inova o disposto no art. 7º, XIV do Estatuto da OAB. Mais, como publicada em 2009, em data anterior à alteração promovida pela Lei 13.245/2016, manteve o vício terminológico anterior à mudança ao mencionar “competência de polícia judiciária”, em que pese entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público (Cabette, 2016).

Cumprir referir que, conforme se denota do noticiário do STF em seu sítio, a questão, quando levada ao Plenário a pedido do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil por meio de processo chamado Proposta de Súmula Vinculante (PSV), contou com a rejeição da então Ministra Ellen Gracie e do Ministro Joaquim Barbosa, os quais argumentaram que, para eles, a matéria não deveria ser tratada em súmula vinculante.

Entretanto, concateno com as ideias de Eduardo Luiz Santos Cabette (2016):

Não somente é assustador que essa restrição redacional tenha chegado a gerar discussão infundada quanto à possibilidade de vedação de acesso do advogado, mas também é ainda mais surpreendente que no Brasil, havendo uma legislação clara e inequívoca, seja necessário que o STF venha a sumular vinculativamente um tema. Ora, a prerrogativa conferida ao advogado que é estabelecida na Súmula Vinculante 14 é produto de texto claro de lei. Qual era a dúvida? Por que tal questão teve de chegar ao Supremo Tribunal Federal e ser sumulada?

Por fim, tem-se que apesar de a publicidade dos autos estarem garantidas na legislação, percebe-se que a reivindicação que motivou a Súmula Vinculante 14 era quanto à efetivação do disposto na lei. Conforme próprio argumento do requerente quando da Proposta de Súmula Vinculante, “apesar dos precedentes desta Suprema Corte no sentido da inopobilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial, vários juízes têm negado aos advogados o acesso dos autos em questão”.

Assim, em que pese o princípio da publicidade tenha alçado melhor patamar a partir de proposições legislativas que culminaram com a edição da Lei nº 13.245/2016, necessário se faz o exame sob a égide do direito praticado, o que, concomitantemente às discussões principiológicas e normativas feitas até o momento, será produzido no terceiro capítulo dessa investigação.



### **3. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.245/2016: CONSEQUÊNCIAS GERADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL**

As explanações trazidas até o momento retratam, de forma concisa, além da historicidade do direito processual penal brasileiro nos últimos dois séculos, também o que concerne à base principiológica como fonte de conhecimento.

Há que se pontuar que, embora o ordenamento jurídico atual não se exteriorize nos mesmos moldes de sua estaca inicial, os avanços legislativos, em que pese satisfatórios, não necessariamente conseguem alterar o modo de atuação dos atores processuais relevantes, ainda impregnados por uma racionalidade inquisitiva.

Não por outra razão, as divergências entre o acusatório texto constitucional e o modelo inquisitivo apresentado pelo Código de Processo Penal dão azo à heterogeneidade de entendimentos e liberalidades apresentadas, porquanto, ainda que a legislação caminhe em um sentido, permite as mais variadas interpretações, ora fundamentadas na Carta Magna, ora utilizando-se a codificação processualista penal como pilar, interpretando-se a Constituição a partir das normas infraconstitucionais e não o contrário.

Fato é que, em busca de soluções e a fim de dissipar eventuais deliberações avessas a um processo penal constitucionalizado, eventualmente sobrevêm alterações legislativas orientadas a aproximar do modelo constitucional a prática do processo penal brasileiro, como a atualização legislativa abarcada pela Lei 13.245/2016.

A disciplina relativa ao acesso da defesa aos autos da investigação preliminar é um importante termômetro do distanciamento ou da proximidade das práticas processuais penais de sua referência constitucional. Isto porque, como ensina a experiência brasileira, sempre foram articuladas pelas agências de persecução, muitas vezes amparadas por jurisprudência, retóricas para evitar o acesso da defesa à investigação preliminar. O Estatuto da Advocacia representou uma primeira tentativa de alterar essa prática. Como leciona Eduardo Luiz Santos Cabette (2016):

A primeira alteração de monta se dá no inciso XIV do artigo 7º. do Estatuto (Lei 8.906/94). Esse inciso trata da prerrogativa do advogado de acesso a autos de investigação em prol de seu cliente. Pois bem, na redação anterior a referência era feita a autos de investigação em “repartição policial” e a

“autos de flagrante” e de “inquérito”. Uma interpretação restritiva desse inciso levava alguns indivíduos, em nossa visão totalmente míopes para uma sistemática processual penal constitucional, a entenderem que esse direito do advogado se restringia aos “Inquéritos Policiais” e “Termos Circunstanciados”. Dessa forma, por exemplo, havia membros do Ministério Público que, arbitrariamente, vedavam acesso aos autos de Procedimento Investigatório Criminal aos advogados, sob o pretexto de que a lei tinha uma redação restritiva. Nada mais óbvio do que a conclusão de que isso não passava da mais rasa e perversa vontade de poder arbitrário e de uma cegueira deliberada para o fato de que o texto necessariamente deveria ser ampliativamente interpretado, até porque se trata de direito e não de restrição.

Nesse contexto, presume-se necessária a constante atuação do legislador brasileiro, no intuito de dirimir conflitos em campos passíveis de interpretação de nosso ordenamento jurídico. Como bem se sabe, a interpretação, por muitas vezes, no cenário penal-processualista, recai em decisionismos que externam ideais punitivistas, demonstrando total desalinhamento com o entendimento constitucionalizado referendado por um Estado Democrático de Direito.

Limitando a discussão ao direito de defesa na investigação preliminar, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil recebeu aporte da já explicitada Súmula Vinculante 14 ainda em 2009, que viu seus ditames reforçados e ampliados pela novel Lei nº 13.245/2016.

A Lei nº 13.245/2016 surgiu a partir do Projeto de Lei nº 6.705/2013 de autoria do deputado federal Arnaldo Faria de Sá. O parlamentar fundamenta o PLC nos incisos LV e LXII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, reforçando os argumentos aclarados anteriormente, no sentido de que a investigação preliminar deve, sim, ser arraigada com o exercício dos princípios constitucionalmente previstos. Colaciona-se parte da argumentação de Arnaldo Faria de Sá:

A proposta em tela visa dar concretude a estas garantias previstas pela Carta Magna, e exequibilidade do exercício da advocacia no curso das investigações, evitando indiciamentos equivocados, que poderiam ser evitados com a prévia oitiva dos investigados, os quais poderão contribuir com a investigação requerendo diligências.

Repisa-se, portanto, que o congressista embasa seu projeto na ideia de “dar concretude a estas garantias previstas pela Carta Magna”, sendo esse o ponto central de qualquer discussão que envolva a Lei nº 13.245/2016.

Destarte, de acordo com o panorama jurídico recém exposto, qual a real aplicabilidade das mudanças apresentadas pela Lei nº 13.245/2016, em um sentido prático? E mais, no que esses possíveis avanços podem contribuir para a legitimação

de direitos e garantias constitucionalmente assegurados – que, em muitas ocasiões, acabam ignorados?

### 3.1 Das novas possibilidades de acesso a procedimentos investigatórios

Publicado em 4 de julho de 1994, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, anunciava em seu artigo 7º, inciso XIV, que o defensor possuía o direito de:

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;

De forma categórica, importante frisar que diferentes circunstâncias acompanham o ordenamento jurídico pátrio atual, se comparado à época da publicação do Estatuto da OAB, mormente no que tange às inovações trazidas pelo julgamento do RE 593.727.

Nesse ínterim, o legislador concebeu a alteração articulada pela Lei nº 13.245/2016, ampliando a abrangência do recém mencionado inciso, passando a vigor com o seguinte conteúdo:

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;

Em primeira análise, evidente estão três mudanças, as quais merecem maiores digressões.

a) Da substituição do termo “qualquer repartição policial” por “em qualquer instituição responsável por conduzir investigação”:

A tênue modificação altera a antiga passagem “repartição policial” por “qualquer instituição”, pelo que restou ampliado o acesso aos autos de investigação aos advogados, mesmo que sem procuração.

Nota-se, nesse contexto, que a mudança soa, de certa forma, como um preciosismo legislativo, necessário pela exclusiva possibilidade de que outros órgãos, que não as delegacias de polícia, poderiam rejeitar a presença de advogados a procura de vista de procedimentos investigatórios.

Denota-se, a manifesta ideia do legislador de tornar único e inquestionável o entendimento no que tange ao comentado inciso, em que pese a razoável a possibilidade de tal interpretação no antigo conteúdo expresso pelo texto legal.

Em parte, a mudança busca acompanhar a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Especial 593.727, datado de 14 de maio de 2015. Na oportunidade foram afixadas condições para atuação do Ministério Público na persecução penal.

Na mesma esteira aponta Marcio André Lopes Cavalcante (2016):

Na época em que o Estatuto da OAB foi editado, em 1994, as investigações de crimes no Brasil eram conduzidas quase que unicamente pelas Polícias. Ao longo dos anos, esta realidade foi se alterando. Outros órgãos começaram a realizar, de forma mais intensa e frequente, investigações de infrações penais. Nesse sentido, podemos citar o Ministério Público, as Comissões Parlamentares de Inquérito, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAFI), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), entre outros. Desse modo, o texto do inciso XIV, ao falar apenas em "repartição policial" e em "inquérito", ficou desatualizado. A alteração, portanto, teve como objetivo deixar expresso que os advogados possuem direito de examinar os autos dos procedimentos de investigação em qualquer instituição (e não apenas na Polícia).

Desse modo, reforçando indicações expressadas na pesquisa, evidente está a intenção do legislador em adequar o acesso do advogado à realidade atual, visando, assim, impossibilitar negativas referendadas por anterior lacuna na lei.

b) Da substituição da terminologia “autos de flagrante e de inquérito” por “investigações de qualquer natureza”:

No mesmo sentido referido anteriormente, o legislador alarga a nomenclatura anterior, à medida que “autos de flagrante e de inquérito” são absorvidos por “investigações de qualquer natureza”.

Por motivação já exposta, fica evidente que, em uma interpretação restrita, poderia a autoridade persecutória negar vista de quaisquer documentos que não fossem àqueles mencionados no texto do inciso XIV. A transformação dada pela Lei nº 13.245/2016 extingue algum tipo de obscuridade, salvaguardando o direito de defesa dos investigados.

Com efeito, pertinente referir a exceção de que trata o § 11º da legislação em comento, o qual reproduz-se *in verbis*:

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

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

Salutar o interesse da legislação que busca sopesar as vantagens concedidas aos advogados sem que essas frustrem a capacidade investigativa estatal. Para tanto, diligências inacabadas podem ser mantidas em sigilo, bem assim medidas assecuratórias que dependem do desconhecimento do investigado para que sejam cumpridas de maneira exitosa.

c) Do acréscimo da possibilidade de tomada de cópias e apontamentos pelo meio digital:

A mais singela das três alterações promovidas no inciso XIV é a que se refere ao adendo que amplia o alcance do direito de copiar peças e tomar apontamentos por meio digital.

Acerca da alteração em comento, explicita Márcio André Lopes Cavalcante (Cavalcante, 2016):

O advogado, além de ter acesso aos autos, tem direito de tirar cópias e realizar apontamentos (anotações). Isso pode ser feito tanto em meio físico como digital. É o caso, por exemplo, de um advogado que utiliza scanner portátil ou tira fotos, com seu celular, dos autos do procedimento.

Naturalmente, essa modificação se deu na clara intenção de evitar que as autoridades obstem a tomada de apontamentos ou cópias por qualquer meio proporcionado pelos avanços tecnológicos, a exemplo dos smartphones e scanners portáteis.

### 3.2 A (in)existência de uma nova natureza jurídica na investigação preliminar

As transformações ocorridas no inciso XIV do artigo 7º e trazidas pela Lei nº 13.245/2016 referem-se, à toda evidência ao campo formal, diante de um contexto constitucionalizado do processo penal. É nítida a preocupação vinculada ao exercício do princípio da ampla defesa, registrando-se em lei, com riqueza de detalhes, modos de acesso da defesa à investigação e processos penais, a fim de suprir omissões que em não raras vezes traziam prejuízo ao direito de defesa de investigados.

Para além dessas mudanças já enfrentadas, a novel legislação trouxe à baila a inclusão do inciso XXI no mesmo artigo 7º do Estatuto da OAB, o qual assegura que:

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).

No bojo do pensamento exarado durante a presente investigação, repara-se que o acréscimo do inciso XXI, em verdade, ratifica o pensamento constitucional emanado do inciso LXIII da CF/88, o qual aduz que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Ora, inequívoco que a Lei Maior já possuía o condão de referendar a atuação do advogado na fase pré-processual. Comungam de tal entendimento Gamil Föppel El Hireche e Pedro Ravel Freitas Santos (2016):

De há muito vinha se enfraquecendo a fascista tese de que em sede de inquérito policial não existiria defesa e contraditório em algum grau. Ledo engano. Ao menos, à luz dos princípios e garantias insculpidos no projeto democrático consagrado na Constituição da República de 1988. É dizer. Se o advogado é sujeito essencial à justiça, conforme o texto Constitucional, evidentemente, constitui direito de o causídico assistir a seus clientes no bojo de investigação policial.

No arcabouço da positivação que tornou expresso um sentimento presente na Constituição Federal está a discussão acerca da natureza jurídica da fase de investigação preliminar.

Certo é que, conforme visto ao longo do trabalho, o direito pátrio caminha, ainda que a passos muito lentos, para um processo de cunho acusatório. No entanto, a fase pré-processual sempre esteve alijada desse rumo, fato externado, inclusive, pela própria lógica trabalhada por Nucci (2007), o qual, nos termos já referidos, classifica o sistema processual penal residente no Brasil como misto, argumentando que a instrução processual, ainda que acusatória, conflita com uma investigação preliminar abarcada por traços de inquisitorialidade.

Percebe-se, em alguma medida, o esforço de parte da doutrina em tornar o culto persecutório uma manifestação de exegese acusatória, conjuntura, inclusive, reproduzida pelo deputado federal Arnaldo Faria de Sá, quando da justificativa do PLC que fundou a Lei nº 13.245/2016, senão vejamos:

Portanto, para que uma investigação criminal seja feita, de forma republicana, faz-se necessário que estejam presentes nela os sagrados e fundamentais direitos à ampla defesa e ao contraditório do investigado, bem como que este esteja acompanhado do seu advogado, pois este é indispensável à administração da justiça.

Todavia, é sabido que a abertura da investigação preliminar para as ideais contidas na Constituição Federal ainda é restrita, muito embora há que se considerar a presença de traços principiológicos fundados, precipuamente, no contraditório e ampla defesa.

O magistério de Aury Lopes Jr. (2016) reflete tal pensamento:

Portanto, o fato de "ampliarmos" (timidamente) a presença do advogado, fortalecendo a defesa e o contraditório (precário, pois manifestado apenas no seu primeiro momento, segundo a concepção de Fazzalari, que é o da informação) não retira o caráter inquisitório do inquérito. Como muito poderíamos falar em mitigação (mas não me parece plenamente correto), considerando que publicidade/segredo, defesa/ausência, contraditório ou não, são elementos satelitários que orbitam em torno do núcleo fundante (gestão/iniciativa da prova). Não são eles que fundam o sistema, pois são elementos secundários que - em tese - podem se unir a um núcleo ou a outro.

Na esteira dessas considerações, registra-se que, em que pese as consideráveis transformações ocorridas na fase pré-processual, externadas pela convivência de princípios constitucionais avessos à cultura inquisitorial ainda presente nela, crê-se que a mudança no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não possui o condão de modificar a natureza jurídica da investigação preliminar, situação que necessitaria de profundas mudanças em legislação específica, qual seja o Código de Processo Penal, para ser efetivada.

### 3.3 Nulidade na investigação: há contaminação na ação penal?

A relevância da inclusão do inciso XXI no artigo 7º do Estatuto da OAB resta externada à medida que, superada a discussão tangente à natureza jurídica da investigação preliminar, ainda há reflexões a serem feitas no tocante à pena de nulidade absoluta concernente à feitura de interrogatório ou depoimento na ausência de advogado.

Cumprir tecer, antes de mais nada, algumas ponderações acerca da nulidade absoluta, uma vez que o judiciário vem decidindo que essa, mesmo que absoluta, prescinde de comprovação de prejuízo para ser decretada.

Destarte, há que se destacar que, previamente a decretação de nulidade, deve existir a comprovação de prejuízo ao investigado. Além disso, oportuno frisar que doutrina e jurisprudência tradicionalmente comungam, de forma majoritária, o pensamento de que a ausência de advogado no interrogatório realizado na fase pré-processual não enseja nulidade.

O julgado proveniente do HC 139.412/SC, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura é esclarecedor, senão vejamos:

(...). É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o inquérito policial é procedimento inquisitivo e não sujeito ao contraditório, razão pela qual a realização de interrogatório sem a presença de advogado não é causa de nulidade. (...) (STJ. 6ª Turma. HC 139.412/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 09/02/2010).

No que se refere à Lei nº 13.245/2016, resta claro que essa define a presença do advogado no interrogatório como um direito, o que, por conseguinte, exprime a ideia de possibilidade, e não de obrigatoriedade. É de acordo a palavra de Henrique Monteiro de Castro e Adriano Sousa Costa (2016):

**Nota-se que a participação do advogado no inquérito policial continua não sendo obrigatória, mas o procurador do investigado tem o direito de participar da inquirição do cliente. Trata-se mais de prerrogativa do advogado constituído do que um direito do suspeito, cujo exercício da ampla defesa, conquanto seja mitigado na fase pré-processual, será pleno apenas na etapa processual.** Afinal, o artigo 6º, V do CPP admite o emprego das regras do interrogatório judicial à fase policial apenas no que for aplicável, em respeito justamente à natureza inquisitiva do inquérito policial. (Grifei).

Em assim sendo, em que situação seria enquadrada a nulidade? Pontua-se que nulo será o interrogatório do investigado que tiver negada a presença de advogado, mesmo sendo esse o seu desejo. Desse modo, manifestado o interesse do procurador a fim de participar do ato, não pode o condutor da investigação impedi-lo, sob pena de aí sim restar configurada a nulidade.

Gamil Föppel El Hireche e Pedro Ravel Freitas Santos (2016) externam suas objeções a respeito do tema:

Ponto nevrálgico da lei em comento é a consequência de sua inobservância para além da fase policial. Explica-se. Se o procedimento policial não respeitar os direitos consagrados (pela Constituição e, agora, pelo EOAB) tudo que tenha origem no aludido inquérito (peça investigativa) deverá ser considerado nulo. Não se pode aceitar a cínica e conveniente tese de que defeitos no bojo do procedimento investigativo são sanáveis. Ora, de nada adiantaria o legislador positivar tais direitos, se a judicialização do caso penal tivesse o condão de eliminar os graves atentados aos direitos fundamentais — do acusado e do defensor.



Nesse cenário, é certo afirmar que contaminada está a ação penal embasada por uma fase pré-processual nula, refutando-se qualquer tipo de argumento que considere como sanáveis as irregularidades ocorridas ainda durante a investigação. Isso porque, pensando com esse sentir, não haveria razão para que o legislador empregasse a nulidade no texto da lei; se ela foi admitida, deve-se utilizá-la, obstando-se, assim, eventual inocuidade legislativa.

### 3.4 Cerceamento de defesa e a possibilidade de punição dos agentes persecutores

A tradição brasileira dá claros exemplos de que, sob um viés histórico, o direito de defesa se viu muitas vezes cerceado, razão pela qual o judiciário foi – e ainda é – abarrotado pelo ingresso de remédios constitucionais, os denominados remédios heroicos, alcunha para o mandado de segurança e para o habeas corpus.

No âmago dessa questão, a novidade trazida pelo parágrafo 12º da Lei nº 13.245/2016:

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

É certo que o direito, ainda que positivado, nem sempre possui efetividade prática, razão pela qual o legislador buscou salvaguardar as garantias formalizadas no inciso XIV, definindo, para tanto, a possibilidade de responsabilização criminal e funcional para os líderes de investigação criminal que agirem em desacordo com a legislação.

No âmago da questão, negado ou ferido o direito de defesa, pode, portanto, o advogado buscar a responsabilidade da autoridade que lhe cercear, apresentando notícia-crime por abuso. Nessa senda, a lição de Eduardo Luiz Santos Cabette (2016):

Outra manobra astuciosa que pode ser adotada pelas autoridades é prevista pelo legislador no § 12. Quando a Autoridade violar a prerrogativa de acesso do advogado de forma insidiosa, simplesmente não juntando ou retirando dos autos originais peças, a fim de ocultá-las fora dos casos que justifiquem essa limitação, conforme acima mencionado, haverá responsabilização criminal e funcional por Abuso de Autoridade (inteligência do artigo 3º., j, da Lei 4898/65). Ademais, poderá o causídico requerer imediato acesso aos autos integrais ao Juiz competente.

Pois bem, evidente a nova configuração do direito de defesa nesse aspecto, dando maior poder ao causídico, justo no cenário pré-processual, local de, até então, absoluto reinado do pensamento inquisitivo e do exercício do punitivismo.

De outra banda, ressalta-se a possibilidade de intermediação, junto ao juízo competente, de petição simples com requisição de entrada nos autos, inovação também trazida pela novel 13.245/2016. Nesse ponto, crê-se no ganho de celeridade, evitando anterior possibilidade de acesso através das esferas superiores.

Por todo o exposto, relevante intento da Lei nº 13.245/2016 no sentido de confrontar a – ainda – inquisitiva cultura penal-processual brasileira, justo no cerne em que tais ideais mais são aflorados: a investigação preliminar. Nessa senda, caminha o processo penal pátrio, a partir de práticas como tal, para o alinhamento da legislação ordinária com o pensamento constitucionalizado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que a pretensão do estudo realizado não possua como meta o exaurimento do tema, da análise feita ao longo dele, pode-se perceber que, na atual conjuntura, o direito de defesa na investigação preliminar ganhou novos meios para contenção do punitivismo estatal.

Em que pese a tradição inquisitorial ainda possua resquícios concretizados a pleno por atores que insistem em desalinhar suas convicções com àquelas propostas pelo pensamento contemporâneo, há, na atuação do legislador pátrio, interesse em coadunar o antipatizado cenário penal-processualista com a ideologia acusatória constitucionalmente assegurada.

Malgrado a Lei Maior tenha, a toda evidência, que ser compreendida em sentido amplo, desimportando a normativa infraconstitucional que apresentar disposições em contrário, verifica-se que, em sentido prático, muito há que se falar no uso de lacunas e contrariedades que ainda permitem o exercício de decisões notoriamente inconstitucionais.

Acredita-se que a extinção dessas ações só alcança a plausibilidade por meio de drásticas condutas externadas, seja pela revogação da legislação que afronte à Magna Carta, ou pela completa reformulação do Código Processual Penal.

Entretanto, à medida que isso não se impõe, enxerga-se com bons olhos a atualização de normas que demonstrem probabilidade de interpretação tradicional, a qual se pretendeu afastar. Nesse passo, o presente trabalho almejou envolver o entendimento doutrinário, bem assim jurisprudencial, com a finalidade de evidenciar que o direito pátrio, ainda que tenha caminhado – lentamente – rumo ao pensamento acusatório nos últimos duzentos anos, muito deixou a desejar para sua concretização, mais ainda se for levado em consideração a ruptura que a Constituição Federal, ao menos abstratamente, causou à visão inquisitiva.

Com efeito, considerações foram tecidas acerca da introdução de princípios fundamentais na fase pré-processual. No bojo dessas ideias, compreende-se, sim, pela garantia do devido processo legal processual, o que salvaguarda, na mesma

senda, a possibilidade de exercício da ampla defesa e do contraditório na investigação preliminar, ainda que de forma mitigada.

Nessa esteira, também se mencionou a perspectiva inerente ao princípio da publicidade na investigação, o qual recebeu adornos a partir da publicação da Lei nº 13.245/2016. O acesso aos autos foi ampliado, em latente tentativa de adequação da norma ao contexto jurídico-social vivido hodiernamente.

Mais, a legislação que deu azo ao presente, contribuiu para uma maior abertura do pré-processo ao advogado, sem que, para tanto, fosse retirado dele sua natureza inquisitorial. Da mesma forma, de modo a garantir sua eficácia prática, vislumbrou-se a criação de responsabilização criminal e funcional ao agente que praticar as ideias inquisitoriais que, repisa-se, devem ser repelidas sob o viés constitucional.

Assim, nos termos apontados, o presente ensaio buscou revelar que o culto inquisitivo ainda permanece enraizado no processo penal brasileiro, mostrando-se pertinente a inserção de novidades legislativas, como a Lei nº 13.245/2016, a fim de reforçar, de modo claro, o norte exposto a partir da Constituição Federal de 1988, a qual necessita estar oxigenada no pensamento do operador de direito contemporâneo.

## REFERÊNCIAS

AMAMIYA, Luana. *Lei 13.245/2016 e suas mudanças no Estatuto da OAB*. Disponível em: <<https://concurseirodelegadocivil.wordpress.com/2016/03/13/lei-13-24516-e-suas-mudancas-no-estatuto-da-oab/comment-page-1/>> Acesso em: setembro de 2016

BAYER, Diego Augusto. *Princípios fundamentais do direito processual penal – parte 03*. Disponível em: <<http://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943165/principios-fundamentais-do-direito-processual-penal-parte-03>> Acesso em: setembro de 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BOSCHI, José Antônio. *Evolução do Código de Processo Penal*. Rio Grande do Sul: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei de 29 de novembro de 1832. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm)> Acesso em: agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM261.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM261.htm)> Acesso em: agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13245-2016.htm>> Acesso em: agosto de 2016.

BUENO, Marisa Fernanda da Silva [et al.]. *Monografias jurídicas*. Santa Cruz do Sul – RS: Instituto Padre Reus, 2005.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45887/primeiros-comentarios-a-lei-13-245-16-que-altera-o-estatuto-da-oab-e-regras-da-investigacao-criminal>> Acesso em: setembro de 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. *Projeto de lei nº 6.705/2013*. Disponível em: <  
[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=B4603D2DF6F77BAC9A14B35CDDDB1F1A6.proposicoesWeb1?codteor=1176013&filename=Tramitacao-PL+6705/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B4603D2DF6F77BAC9A14B35CDDDB1F1A6.proposicoesWeb1?codteor=1176013&filename=Tramitacao-PL+6705/2013) > Acesso em: setembro de 2016.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes Cavalcante. *Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal*. Disponível em: <  
[www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html](http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html) >  
 Acesso em: setembro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em:  
 <[www.cnmp.mp.br/portal\\_2015/](http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/)> Acesso em: setembro de 2016.

COSTA, Adriano Sousa; CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. *Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório*. Disponível em: <  
<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio> > Acesso em: setembro de 2016.

COSTA, Wellington Soares da. *O devido processo legal*. Disponível em: <  
[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10358](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10358) > Acesso em: setembro de 2016.

DORÓ, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*. Campinas – SP: Copola, 1999.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte – MG: Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009.

GHISLENI, Cristiane [et al.]. *Monografias jurídicas*. Santa Cruz do Sul – RS: Instituto Padre Reus, 2005.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral – Volume I*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, 2º Volume*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Tratado temático de processo penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. *Lei 13.245 representa busca por processo mais justo e transparente*. Disponível em:  
 <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/lei-13245-representa-busca-processo-justo-transparente>> Acesso em: setembro de 2016.

KHALED JR, Salah Hassan. *Ambição de Verdade no Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2009.

LEÃO, André Carneiro. *Comentários ao Código de Processo Criminal de primeira instância, Lei de 29 de novembro de 1832*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/>>. Acesso em: setembro de 2016.

LEITE, Gisele. *Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 78, julho 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7816](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7816)>. Acesso em: setembro de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Direito Processual Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury Celso Lima. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Sistemas de nulidades “a la carte” precisa ser superado no processo penal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal>> Acesso em: agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação*. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>> Acesso em: agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Paulo%20Henrique%20dos%20Santos%20Lucon%20-%20formatado.pdf>> Acesso em: setembro de 2016.

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

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PERAZZONI, Franco. *O delegado de polícia no sistema jurídico brasileiro, das origens inquisitoriais ao garantismo penal de Ferrajoli*. Disponível em: <<http://adepolsc.org.br/artigos/o-delegado-de-policia-no-sistema-juridico-brasileiro>> Acesso em: agosto de 2016

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: setembro de 2016.

SUZUKI, Claudio Mikio; BRAGA, Hans Robert. *A transmissão televisiva do julgamento do tribunal do júri em casos midiáticos fere princípios constitucionais?* Disponível em: <<http://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/121941238/a-transmissao-televisiva-do-julgamento-do-tribunal-do-juri-em-casos-midiaticos-fere-principios-constitucionais>> Acesso em setembro de 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.