

CONSEQUÊNCIAS DA VIGÊNCIA DA LEI 12.245/2016 QUE ALTERA O ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

*Lavinia Feitosa Silva Assunção
Thaynara Moreira Alves¹*

Sumário: Introdução. Conceito, características e finalidade do inquérito policial, 2 Modificações na investigação criminal e no inquérito policial com o advento da Lei nº 13.245/2016 3 A Lei nº 13.245/2016 e as garantias constitucionais no processo pena. Conclusão. Referências.

RESUMO

No trabalho faz-se um apanhado sobre as resoluções da Lei nº 13.245/2016 que traz modificações relevantes relacionadas ao instituto do inquérito policial. Pretende-se elucidar quais foram as modificações no estatuto e suas consequências na vida prática. Para que não haja dificuldade na compreensão da lei, tratar-se-á preliminarmente acerca do conceito e objetivo do inquérito policial, quais suas características e modo de manejo deste importante artifício. Em última análise, será trazida uma reflexão da lei frente às garantias constitucionais no processo penal.

Palavras-chave: Lei nº 13.245/2016, Inquérito Policial, Investigação Criminal, Processo penal, Garantias Constitucionais.

¹ Alunas do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro é palco de frutíferas discussões no tocante ao contexto garantista da Constituição Federal de 1988. Isso ocorre devido a alguns artigos do Código de Processo Penal serem questionados como inconstitucionais, uma vez que são predominantemente inquisitórios, frente a uma Constituição garantista, como vê-se caracterizada principalmente no artigo 5º da CF/88. O inquérito policial e a investigação criminal são um dos principais institutos questionados pela doutrina, por serem predominantemente inquisitórios, há quem afirme até a inconstitucionalidade deles, em alguns momentos.

Neste contexto, em 12 de janeiro de 2016 fora criada a Lei 13.245 que altera o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, criando alteração na doutrina processual penal brasileira em razão da inovação legislativa que afetou diretamente a fase preliminar de investigação criminal.

As novidades advindas com a lei 13.245/16 versam sobre o principal instrumento de apuração de infrações penais dentro do ordenamento jurídico, o inquérito policial. É possível afirmar que a participação da defesa na fase de investigação, ganhou maior destaque com as alterações relacionadas ao art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que trata dos direitos dos advogados. Em contraponto há entendimento de que não houve modificação na natureza do inquérito policial, este, portanto, continuaria sendo essencialmente inquisitório.

Esta pesquisa foi desenvolvida tendo por base livros, como também a utilização de artigos científicos e por este motivo é que utilizamos o procedimento bibliográfico, segundo Gil (2002), p. 55 “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.”.

Ao estudar a Lei 13.245/2016, objetivamos como enuncia Gil (2002), p. 44, “proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses”, desta forma a pesquisa é classificada como exploratória, pois, buscamos o aprimoramento de ideias a respeito do modo que será tratado o inquérito policial e a investigação criminal com a redação da Lei 13.245 que altera o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

O presente estudo possui o fito de tecer comentários a respeito da lei nº 13.245/2016 que traz mudanças relevantes a institutos próprios do processo penal. No entanto, para que seja realizado um entendimento completo faz-se necessário explicar o instituto do inquérito policial, para saber suas funções, objetivos, características, entre outros questionamentos, para que posteriormente possa-se fazer entender o advento da lei que altera o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Antes de tudo é mister apresentar um conceito de extrema importância para o tema, o de persecução criminal, muito bem delineado por Nestor Távora como o procedimento criminal brasileiro, que comporta duas fases: “ a primeira, preliminar inquisitiva é o inquérito policial. A segunda, submissa ao contraditório e à ampla defesa, é denominada de fase processual.” (TÁVORA, 2016, p. 138)

Assim, com a ocorrência de um suposto fato delituoso, cabe ao Estado, materializado o seu dever de punir, iniciar a persecução criminal para apurar os fatos, aplicar o direito e fazer valer seu *ius puniendi*. O que interessa neste momento é a primeira fase do procedimento criminal brasileiro, o inquérito policial.

Este último é conceituado como: “um procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária, consistente em atos de investigação visando apurar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa exercê-la, bem como requer medidas cautelares.” (BADARÓ, p. 66, 2014). A polícia, como é sabido tem a incumbência de intervir nos conflitos e preservar a paz social, com atividade investigativa tende a apurar possíveis infrações. Pode-se dividir em dois o papel da polícia, o de atuação preventiva, desempenhado pela polícia administrativa e o de execução repressiva, realizado pela polícia judiciária. Delineado desta forma no artigo 144, parágrafo 4º da CF: “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Aqui interessa a função da polícia judiciária, responsável entre outras pela elaboração do inquérito policial (art.13/CPP). A Lei nº 12.830 de 2013 que dispõe sobre a

investigação criminal, adota esta mesma percepção, *verbis*: “As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.”

Com a exegese à cima entroniza-se que o inquérito policial é um procedimento administrativo, de caráter prévio, dirigido pelo delegado de polícia com o fito de averiguar a ocorrência de uma infração penal e por quem esta fora cometida, elucidada por Gustavo Badaró: “o inquérito policial [...] consiste em atos de investigação visando apurar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa exercê-la, bem como requerer medidas cautelares.” (2014, p. 66)

Para Aury Lopes Jr., a finalidade do inquérito policial não se detém somente na descoberta da autoria da infração, “mas apenas da probabilidade da existência do crime e de sua autoria” (*apud* BADARÓ, 2014, p. 66).

Fica entendido que tal procedimento administrativo contribui para o convencimento do titular da ação penal, fornecendo elementos que motivarão a decisão de deflagrar ou não o processo penal. E tem como destinatários o Ministério Público ou o ofendido e seus sucessores processuais. Nestor Távora aduz que “o juiz será, restritamente, destinatário mediato ou indireto.” (2016, p. 130)

Observando a legislação vemos que há inquéritos não policiais, um exemplo encontra-se na Lei nº 10.001/2000, no seu art. 1º, o inquérito parlamentar chancelado pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

O inquérito policial caracteriza-se pela discricionariedade (o rumo das diligências segue de acordo com o que reputar o delegado, tendo por base os art. 6º e 7º do CPP) deve ser escrito, conforme enunciado pelo art. 9º do CPP, não comporta publicidade, é indisponível (não cabendo ao delegado dele dispor), inquisitivo e dispensável.

2 MODIFICAÇÕES NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E NO INQUÉRITO POLICIAL COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.245/2016

O sistema processual penal brasileiro é palco de frutíferas discussões no tocante ao contexto garantista presente na Constituição Federal de 1988. Isso ocorre devido a alguns artigos do Código de Processo Penal serem taxados de inconstitucionais, uma vez

que são predominantemente inquisitórios, frente a uma Constituição de base garantista, como vê-se caracterizada principalmente no artigo 5º da CF/88. O inquérito policial e a investigação criminal são um dos principais institutos questionados pela doutrina, por serem predominantemente inquisitórios, há quem afirme até a inconstitucionalidade deles, em alguns momentos.

Neste contexto surge a Lei nº 13.245 de 2016 que altera algumas partes do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a Lei 8.906 de 1994. Aquela lei traz modificações justamente no inquérito policial e na investigação criminal, os quais sofrem modificações com o advento da Lei 13.245/16. Na vida prática, mesmo diante da súmula 14 editada pelo STJ e do contexto garantista da Constituição de 1988, as práticas arbitrárias relativas ao inquérito policial mostram-se costumeiras, diante disto o legislador ordinário editou a lei supramencionada visando à ampliação do acesso dos advogados aos autos de investigação preliminar, sendo assim:

Havendo arbítrio por parte da autoridade, admite-se o manejo do mandado de segurança, da reclamação constitucional ao STF (para fazer valer o mandamento da súmula vinculante) e até mesmo o *habeas corpus*, caso se possa constatar, mesmo que indiretamente, risco de ofensa à liberdade de locomoção do indiciado, sem prejuízo da responsabilidade por abuso de autoridade (lei nº 4.891/1965). (TÁVORA, p.139)

Pode-se afirmar que as modificações no artigo 7º, que possibilitaram maior participação do advogado do acusado no inquérito policial, como se vê:

Alteração substancial está no inciso XIV do citado, onde elenca os direitos do advogado no exercício da defesa. A redação anterior concedia o direito do defensor em ter acesso e examinar os autos de investigação em qualquer repartição policial, limitando-se apenas ao Inquérito Policial ou Termo Circunstanciado. **Com a nova redação, o advogado terá acesso ao caderno investigativo em qualquer instituição responsável por conduzir investigação.** Importante frisar que no ano passado o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconheceu o poder investigatório do Ministério Público. Com isso, qualquer investigação feita pelo órgão ministerial será acompanhada pelo advogado nos termos da nova legislação. (SUMARIVA, 2016, *grifo nosso*).

Há entendimentos no sentido de que o trâmite do inquérito policial e da investigação criminal deixa de ser inconstitucional, uma vez que as restrições aos advogados em determinados procedimentos iam de encontro ao texto constitucional, mas continua a ser inquisitivo, como representados no seguinte enunciado:

A condução da investigação tem natureza inquisitiva nos seus aspectos mais salutareis para o exercício da persecução penal, como: a presidência exclusiva pelo delegado de polícia; a discricionariedade quanto à eletividade dos procedimentos a serem adotados na apuração do delito; a vasta gama de atos investigativos em andamento (ainda não documentados) que são de puro sigilo - interceptação telefônica, quebra de sigilo de dados, etc.; a discricionária representação pela prisão temporária e preventiva; dentre outros atos que só a autoridade policial pode praticar, que **não cabe ao advogado impedir!** Sendo atos completamente inquisitivos. (DOS SANTOS, 2016).

É certo que a investigação possui natureza eminentemente inquisitiva, ou seja, há pouco, ou nenhum modo de efetivação do contraditório e elementos capazes de possibilitarem a defesa do acusado/investigado, neste primeiro momento da persecução. No mesmo sentido elucida Eduardo Luiz Santos Cabette:

A característica inquisitorial do Inquérito Policial e outras investigações preliminares não podem nem devem ser afastadas, mesmo porque se trata de um início de apuração no seio do qual nem sequer muitas vezes há um suspeito, muito menos um indiciado. Portanto, a aplicação do contraditório e da ampla defesa (e não de algumas manifestações parciais de defesa) no Inquérito Policial ou qualquer outra investigação preliminar, é impossível. (CABETTE, 2016) .

Diante de todos os comentários tecidos por importantes estudiosos do direito processual penal, passa-se a análise das modificações ocorridas no artigo 7º da lei nº 8.906/94. A primeira alteração encontra-se no inciso XIV com a seguinte redação:

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 (Lei 13.245/2016)

O texto normativo possibilita ao advogado do denunciado examinar os autos do inquérito policial sem necessidade de documento formal, ou seja, a procuração, bastando à apresentação do advogado como tal e que ele age no sentido dos interesses do representado. Nestor Távora ressalva: “No entanto, se houver sujeição dos autos da investigação a alguma espécie de sigilo, deve o advogado apresentar a procuração, haja

vista que se tutela aqui tanto a eficiência da apuração quanto os direitos do imputado.” (2016, p.141). Assim, se houver interesse do advogado em sentido contrário, destaca-se:

caso se verifique que o advogado não está agindo em proveito da defesa ou que esta se valendo da sua condição para divulgar informações das investigações à imprensa, a autoridade policial deve indeferir o seu acesso aos autos. Fora dessas hipóteses, a negativa indevida de acesso aos autos do inquérito sujeitará o encarregado da apuração à responsabilidade por delito de abuso de autoridade. (TÁVORA,2016,p.142)

Sobre tal direito tem-se entendimento:

Na redação anterior a referência era feita a autos de investigação em “repartição policial” e a “autos de flagrante” e de “inquérito”. Uma interpretação restritiva desse inciso levava alguns indivíduos, em nossa visão totalmente míopes para uma a sistemática processual penal constitucional, a entenderem que esse direito do advogado se restringia aos “Inquéritos Policiais” e “Termos Circunstanciados”. Dessa forma, por exemplo, havia membros do Ministério Público que, arbitrariamente, vedavam acesso aos autos de Procedimento Investigatório Criminal aos advogados, sob o pretexto de que a lei tinha uma redação restritiva. Nada mais óbvio do que a conclusão de que isso não passava da mais rasa e perversa vontade de poder arbitrário e de uma cegueira deliberada para o fato de que o texto necessariamente deveria ser ampliativamente interpretado, até porque se trata de direito e não de restrição. Isso sem falar no Direito de Defesa e de Informação que eram frontalmente violados numa situação kafkiana. (CABETTE, 2016)

Entende-se que o direito de acesso aos autos pelo advogado não se limita às ‘repartições policiais’. A lei agora menciona ‘investigações de qualquer natureza’ em ‘qualquer instituição responsável’.

O inciso XXI apresenta o seguinte direito do advogado:

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;

Sob este aspecto a Lei 13.245 procurou estabelecer, como direito do advogado a assistência a seus clientes investigados durante a apuração de infrações e qualquer obstáculo a essa assistência configura nulidade absoluta. Pode-se dizer, em tentativa de coibir várias violações aos direitos humanos e garantias fundamentais ao indivíduo indiciado, muitas vezes, com a ausência de advogado tais abusos correm a solta. Delineia-se que não fere princípios relativos à investigação preliminar, “confere-se ao advogado a paridade de armas necessária para que o inquérito policial ou outro procedimento investigatório estatal seja corroborado por uma parcela investigativa de natureza ofensiva”

(TÁVORA, 2016, p. 144). Com base na linha de raciocínio do mesmo autor, depreende-se que não é essencial apenas comunicar ao indiciado o seu direito de dispor de um advogado antes de ser ouvido, é preciso, contudo, lhe prestar efetiva possibilidade de consecução para solicitar ou constituir um defensor. Cabe inserir que:

Abraça o dispositivo a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada” ou da “Ilicitude por derivação” (“Fruits of the poisonous tree doctrine”), estabelecendo que não somente o interrogatório ou depoimento estará contaminado, mas também, na sequência, “todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente”. A menção no dispositivo é interessante, mas essa consequência decorreria normalmente do disposto no artigo 157, § 1º, CPP, que já abraça a teoria sobredita, assim como já a defendia a doutrina dominante e o STF em várias decisões, mesmo antes da alteração promovida no Código de Processo Penal Brasileiro pela Lei 11.690/08. (CABETTE, 2016)

Se não for atendida a previsão dita anteriormente, a consequência será de nulidade absoluta do ato respectivo.

As demais modificações encontram-se nos parágrafos do inciso XXI que contém o seguinte texto:

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

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

O parágrafo 11 remete-se ao sigilo dos autos de investigação e a autoridade responsável pelos seus limites. Assim, aduz o que não está nos autos não é passível de acesso por ainda não estar documentado

3 A LEI Nº 13.245/2016 E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

As manifestações doutrinárias já expostas, exemplificam que ainda há na essência do inquérito policial vestígios do sistema inquisitório, tratando o investigado conforme expôs Aury Lopes, na sua obra “Direito Processual Penal”, “um mero objeto de verificação” (p. 42), porém não mais existindo o sigilo, característico desse sistema, uma vez que, foi aplicado, com o advento da Lei, o princípio da publicidade, o qual leva ao conhecimento do advogado as informações contidas no Inquérito, além de permiti-lo fazer cópias de peças e tomar apontamentos, tanto no meio físico quanto no meio digital.

Não há o que se falar em princípio do contraditório no sistema inquisitório, pois não há uma estrutura dialética (LOPES, p. 42), uma vez que os poderes estão concentrados nas mãos daqueles que investigam e acusa, impedindo que haja, nesta primeira fase, denominada “pré-processual” pelos doutrinadores, a aplicação do princípio da ampla defesa, pois por ser uma fase de apenas suposições que irão, em um outro momento, ser concretizadas mediante as investigações, não há de fato um litigante, e conseqüentemente não há um processo, portanto este suspeito, que posteriormente pode-se tornar o acusado, não está revestido de interesse processual para a utilização dos seus direitos, baseados nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

CONCLUSÃO

Buscou-se analisar no trabalho o estudo dos efeitos da Lei 13. 245/2016, que é de suma importância para os operadores do direito, por exemplo, porque saber determinado assunto é saber o que mudou no inquérito policial e na investigação criminal com o advento dessa lei que altera o Estatuto do Advogado. É também relevante no tocante as garantias constitucionais do processo penal, pois com a nova lei algumas garantias e direitos fundamentais essenciais a harmonia social foram estabelecidas. Por esse modo o operador do direito, caso domine o assunto, será um melhor profissional.

Para os que não são do campo do direito, aprender sobre a lei 13.243/2016, mais especificadamente, as modificações que ocorrerão no trâmite do inquérito policial e da investigação criminal, é apoderar-se de seus direitos como cidadão, pois, é importante ao indivíduo comum ficar informado para poder acautelar seus direitos subjetivos.

Tendo analisado o contexto social vimos que versar sobre mudanças na investigação criminal bem como no inquérito policial e justiça constitucional é de suma importância para o futuro de um estudante de direito tendo por consequência uma melhor desenvoltura na tutela dos direitos individuais dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da Investigação Criminal**. 2016. Disponível em: <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/297111092/primeiros-comentarios-a-lei-13245-16-que-altera-o-estatuto-da-oab-e-regras-da-investigacao-criminal>> Acesso em: 17 mar. 2016

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª. ed. São Paulo : Atlas, 2002.

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

SANNINI NETO, FRANCISCO. **Lei 13.245/2016: contraditório e ampla defesa na investigação criminal?** Canal Ciências Criminais: 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/299478176/lei-13245-2016-contraditorio-e-ampla-defesa-na-investigacao-criminal>> Acesso em: 16 mar. 2016.

SARAIVA, Wellington. **Investigação Criminal no Supremo Tribunal Federal: e em outros tribunais**. 2015. Disponível em: <<http://wsaraiva.com/2015/03/04/investigacao-criminal-no-supremo-tribunal-federal-e-em-outros-tribunais/>> Acesso em: 16 mar. 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: JusPodivim, 2016.