UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO - UNDB

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**LUCAS BRITO FERREIRA SOUSA**

**A DUALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A LIMITAÇÃO DO ACESSO DOS ADVOGADOS AO INQUÉRITO POLICIAL COMO MARCA DE UM SISTEMA INQUISITORIAL.**

São Luís

2016

**LUCAS BRITO FERREIRA SOUSA**

**A DUALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A LIMITAÇÃO DO ACESSO DOS ADVOGADOS AO INQUÉRITO POLICIAL COMO MARCA DE UM SISTEMA INQUISITORIAL.**

São Luís

2016

**SUMÁRIO**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **1** | **IDENTIFICAÇÃO DO ARTIGO..**............................................................................ | 3 |
| **1.1** | **Tema**............................................................................................................................... | 3 |
| **1.2** | **Delimitação do Tema**.................................................................................................... | 3 |
| **2** | **PROBLEMA**................................................................................................................. | 3 |
| **2.1** | **Hipóteses**........................................................................................................................ | 4 |
| **3** | **JUSTIFICATIVA**......................................................................................................... | 5 |
| **4** | **OBJETIVOS**.................................................................................................................. | 6 |
| **4.1** | **Geral**............................................................................................................................... | 6 |
| **4.2** | **Específicos**...................................................................................................................... | 6 |
| **5**  **5.1**  **5.2**  **5.3**  **6** | **REFERENCIAL TEÓRICO**.......................................................................................  **Fase pré-processual inquisitorial e a limitação do acesso dos advogados ao inquérito** ........................................................................................................................  **Alterações impostas pela Lei nº 13245/16 e suas repercussões na investigação criminal**..........................................................................................................................  **O sigilo *versus* os direitos e garantias fundamentais do indiciado**...........................  **CONCLUSÃO**...............................................................................................................  **REFERÊNCIAS**............................................................................................................ | 6  6  9  10  11 |

**1 IDENTIFICAÇÃO DO ARTIGO**

**Aluno(a):** Lucas Brito Ferreira Sousa

**E-mail:** [lucasbritoferreira@hotmail.com](mailto:lucasbritoferreira@hotmail.com)

**1.1 Tema**

As repercussões da Lei nº 13.245/2016 na Investigação Criminal.

**1.2 Delimitação do Tema**

A dualidade do processo penal brasileiro: a limitação do acesso dos advogados ao inquérito policial como marca de um sistema inquisitorial.

**2 PROBLEMA**

Aparentando ser uma inovação que fortalecerá o viés garantista do Processo Penal e ratificará um sistema acusatório, a Lei 13.245/16, na verdade, não ultrapassa as barreiras do óbvio, não reforma significativamente a investigação criminal (marca profunda de um sistema inquisitorial), reforça aquilo que já era pacífico pela jurisprudência dos tribunais superiores e retrocede no que se refere ao acesso do advogado aos autos do inquérito policial. Embora haja qualidades a salientar, o dispositivo mascara um sistema inquisitório com o revestimento de um sistema acusatório. Um dos fatores que demarca a distinção entre o sistema inquisitório ou acusatório consiste na condução das provas nas mãos de quem decide. A figura do juiz ator é contraposta pela figura de um juiz espectador. (LOPES, 2016). O artigo 7º, §11, dispõe que a autoridade competente (lê-se autoridade policial, o delegado) poderá delimitar o acesso dos advogados aos elementos de prova e as diligências em andamento, caso se verifique o comprometimento da eficiência e do bom andamento da investigação.

Com o avançar dos anos, por mais que a tendência do inquérito policial seja se tornar cada vez mais um instrumento de garantias fundamentais, o seu caráter inquisitorial ainda permanece presente. (CASTRO; COSTA, 2016). Vale destacar que a finalidade de um inquérito policial não é descobrir a autoria e a materialidade do desvio penal, mas sim “a produção de diligências investigativas de modo a se colher todos os pontos de vista do fato, devidamente respeitados os direitos fundamentais dos afetados pela investigação policial”. (ZANOTTI; SANTOS, 2015, p. 136). Na apuração dos fatos, o advogado de defesa deveria ter acesso amplo, até mesmo às diligências investigativas, posto que tudo o estiver documentando no inquérito influenciará diretamente a fase processual da ação penal.

Embora a Lei 13.245 traga alterações às investigações criminais, ainda persiste o seu caráter inquisitivo. Mesmo existindo a possibilidade do indiciado ser assistido por seu advogado, todas as operações da atividade penal extrajudicial permanecem aglutinadas nas mãos de uma única autoridade: o delegado. (BARROS, 2016). O que se percebe é continuidade do duelo brasileiro entre o sistema inquisitorial e o acusatório, que tende a ovacionar o punitivismo deixar de escanteio o garantismo penal.

Diante do que foi apresentado, temos o(s) seguinte(s) questionamento(s):

PROBLEMA PRINCIPAL: O elemento de prova ou a diligência em andamento, na maioria dos casos, necessitará de uma autorização judicial; assim, o juiz ao contribuir com a investigação e consentir com a delimitação imposta pelo advogado estaria unicamente assistindo o desenrolar do inquérito ou atuando como agente edificador do inquérito?

PROBLEMA 1: Qual a principal alteração acompanhada da Lei n° 13.245/2016?

PROBLEMA 2: De que forma a Lei nº 13.245/2016 reforça o entendimento de que o Inquérito Policial tem características inquisitoriais?

PROBLEMA 3: O sigilo no Inquérito Policial refere direitos fundamentais constitucionalmente assegurados?

**2.1 Hipóteses**

HIPÓTESE PRINCIPAL: Durante séculos o processo penal foi marcado pelo sistema inquisitorial com todas as funções (acusar e julgar) nas "mãos" do juiz-estado. Com o advento dessa conjunção e em consequência, a prisão surge como regra geral devido a inatividade das partes. Em especial, a figura do juiz poderoso torna o réu uma parte massacrada no processo, com denuncias anônimas e o sigilo sendo padrão em todo procedimento. Atualmente a fase processual é marcada pelo sistema acusatório, responsável por separar essas atribuições entre defensores (defesa), promotoras (acusação) e do próprio juiz (julgamento), tornando assim o processo mais justo. Porém, a possiblidade do juiz interferir na investigação criminal ultrapassa a sua função de telespectador do inquérito policial.

HIPÓTESE 1: O que mais interessa a título de discussão é salientar a alteração feita pelo parágrafo 11 da lei em comento, ficando a critério do delegado de polícia delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, restando ao delegado, analisar se há risco de comprometimento da eficácia, eficiência ou da finalidade das diligências em questão.

HIPÓTESE 2: A lei possibilita que a autoridade competente possa delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova ainda não documentados nos autos, quando o mesmo observar risco de ineficácia dessas diligencias. Impossibilitar o acesso do advogado só reforça que no processo penal a prisão é a regra, pois não permitir que o defensor exerça suas funções é uma forma de não garantir as prerrogativas do investigado.

HIPÓTESE 3: O Código de Processo Penal em seu artigo 20 viabiliza a sigilosidade dos autos no inquérito policial. Dessa forma, a falta de acesso às investigações prejudicará o indiciado e a sua defesa, tendo em vista que o mesmo não poderá ter acesso ao procedimento que busca confirmar os indícios da sua autoria e da materialidade do crime. Dessa forma, o sigilo poderia estar ferindo o princípio da ampla defesa e do contraditório, já que não permite que o mesmo disponha de todos os meios para se defender e alcançar seus direitos.

**3 JUSTIFICATIVA**

Não há como definir o lapso temporal que um sistema penal vigora em um Estado. No Brasil existe a contundente divergência acerca da dualidade entre os sistemas acusatório e o inquisitório. Como advento da Lei 13.245/16 verifica-se que atuação do advogado na fase pré-processual, com o inquérito policial, já deve ser ativa para que haja a devida e consistente defesa. Uns aplaudem o dispositivo sob a ilusão de que a mutação do punitivismo para o garantismo ocorrerá subitamente. Por outro lado, há aqueles que questionam acerca da delimitação do acesso do advogado aos elementos de prova e às diligências em andamento, afirmando que será ratificado a concentração de poderes nas mãos de quem preside o inquérito. Debates como esse são de inestimável importância ao passo que nos faz repensar o Processo Penal e a sua conformidade com o Estado Democrático de Direito e na garantia dos direitos fundamentais do indiciado.

Além disso, o Processo Penal, em conúbio com o Direito Penal buscam acompanhar as mutações desenfreadas que a sociedade enfrenta. Porém, tal acompanhamento tem se mostrado um tanto quanto paulatino e controverso, mas de suma importância como objeto de estudo por instigar os operadores do Direito a analisar criticamente as estruturas que regem o sistema penal, além de fomentar a procura por soluções que ratifiquem a dignidade da pessoa humana como o princípio centralizador de qualquer decisão ou inovação do âmbito jurídico.

Por fim, a escolha do tema acerca das ressonâncias da Lei 13.245/16 na investigação criminal estimula a reflexão como estudante de direito, e futuro profissional, acerca da dualidade entre a teoria aplicada em sala de aula versus as vicissitudes reais de uma sociedade complexa e que clama por um Estado social e garantista.

**4 OBJETIVOS**

**4.1 Geral**

Analisar, sob o ponto de vista da Lei nº 13.245/2016, os sistemas presentes no processo penal, alternando-se entre pleno garantismo e punitivismo, bem como as alterações impostas pela referida lei.

**4.2 Específicos**

* Demonstrar que lei nº 13.245/16 remete ao enquadramento de um sistema inquisitorial;
* Apresentar as alterações impostas pelo novo mecanismo e suas repercussões na investigação criminal;
* Analisar de que forma o sigilo ao inquérito policial afronta os direitos e garantias fundamentais do indiciado.

**5 REFERENCIAL TEÓRICO**

**5.1 Fase pré-processual inquisitorial e a limitação do acesso dos advogados ao inquérito policial**

A sociedade é marcada pela alternância de ciclos, segundo Aury Lopes Junior (2014) ela é cercada por épocas de grande opressão e de épocas em que a liberdade e os mais variados direitos possuem enorme proteção, ocasionando uma oscilação natural entre opressão e liberdade, entre punitivismo e garantismo, que são características intrínsecas a qualquer agrupamento social. É valido o paralelo entre Ditadura militar no Brasil (1964–1985), período de extremo caráter autoritário e a gradativa proteção aos direitos em especial a liberdade após a Constituição Federal de 1988, período com supostas sensações garantistas, para exemplificar a alternância de ciclos que afeta diretamente o Direito Penal, em especial as regras processuais. Historicamente o Processo Penal possui dois sistemas com características peculiares e tecnicamente opostas: sistema acusatório e inquisitório.

O sistema adotado no Brasil é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fossemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos princípios que regem esse sistema). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico elaborado em nítida ótica inquisitiva (NUCCI, 2007, p. 104-105).

Não há porque se falar de sistema inquisitório sem antes analisar e remeter os ideais do sistema acusatório. Tendo em vista que historicamente esse segundo modelo tem suas origens desde o Direito Grego. “o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar.” (LIMA, 2016, p.75).

Para Aury Lopes (2014) essa construção teórica acerca do sistema acusatório se desenvolve a partir da participação direta do povo ao exercer o papel de acusador, assim como julgador. Ou seja, a população seria representada por uma parcela do seu povo compondo uma cúpula com finalidades de acusar e por outro grupo com objetivo de julgar o litígio em questão. Dessa forma, "o poder" estaria nas mãos da sociedade (povo-acusador-julgador). Com o advento do império esse modelo foi abalado pela repressão, pelo ideal dogmático religioso e “a insatisfação com o sistema acusatório vigente foi causa de que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar e julgar” (LOPES, 2014, p.65).

Gradativamente surge o sistema inquisitório, que finalmente colocava fim ao velho modelo acusatório da República Grega. Segundo Aury Lopes Junior (2014) essa mudança radical no sistema processual penal trouxe a prisão como regra geral devido à inatividade das partes e a insuficiência da acusação (meros indícios são capazes de gerar condenação), surgindo às figuras do juiz poderoso e do réu massacrado. Possuidor de características peculiares, esse modelo concentrou nas mãos do juiz as funções que atualmente são atribuídas aos delegados (investigação), promotores (acusação) e do próprio juiz (julgador). “No sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhes foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua Íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação.” (RANGEL, 2015, p. 47).

O sigilo era padrão em todo procedimento, com denúncias anônimas e em via de regra a impossibilidade do acusado ter conhecimento dos motivos da acusação. Durante todo o julgamento era periódico a utilização da tortura como um meio para a busca da verdade absoluta. Não sendo o bastante, a sentença não produzia coisa julgada e a qualquer momento poderia ser alterada.

“O sistema inquisitório predominou até finais do século XVIII, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram com ela repercutiam no processo penal, removendo paulatinamente as características do modelo inquisitivo” (LOPES, 2014, p. 70). Dessa forma, surge uma concepção moderna e dialética do sistema acusatório que ao invés da opressão e da unilateralidade com o juiz acusador e julgador, têm se início a distinção entre essas duas funções com iniciativa probatória das partes e o predomínio do princípio da paridade de armas, ou seja, tratamento igualitário às partes, defendendo-se o contraditório e dando possibilidades de defesa. A tortura foi abandonada e o procedimento tornou-se em regra oral. Ademais, para uma maior ciência dos interessados no processo potencializou a publicidade de todo procedimento que anteriormente era nulo.

De certo modo, a lei nº 13.245/16 possui alguns avanços em um sistema de investigação que é nitidamente inquisitório. Com a sanção da lei, teoricamente qualquer advogado pode ter acesso aos autos de flagrante e de investigação. Subsequente, aqueles sujeitos ao sigilo bastam à apresentação de procuração para possibilidade de vista perante os advogados dos investigados. Porém, a referida lei inclui o § 11 no artigo 7° do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil “§ 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”.

De acordo com Aury Lopes Junior (2014) o inquérito policial tem por finalidade a apuração do fato criminoso. “A atuação policial está associada a grupos diferenciais [...] Essa situação é constantemente noticiada, em que a polícia, frente ao “perfil de autor ideal” daquela modalidade de delito, atua com excessivo rigor” (LOPES, 2014, p. 182). Sendo corriqueira a demonstração de características inquisitórias, a tortura, até mesmo o sigilo com a não demonstração de motivos da acusação e o abuso de força e poder em atos de busca apreensão e outras diligencias nos remete a esse modelo. Possibilitar a função do advogado em ter acesso a elementos relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos poderia ser uma maneira de assegurar e tornar menos desigual todo o procedimento penal.

O suposto modelo garantista com a observância dos princípios constitucionais como contraditório e ampla defesa na verdade não passa de um modelo inquisitivo mascarado, pois torna-se mais comum a prisão como regra. Limitar o acesso por parte do advogado é não garantir prerrogativas do investigado e que o mesmo não tenha conhecimento do que é colhido a seu respeito.

Michel Foucault (1999) afirma que os delinquentes são vistos como loucos ou pessoas anormais perante as instituições sociais (hospitais, prisões, escolas etc), sendo a polícia de extrema iniciativa repressiva, assim como a justiça. Corrupta e violenta cada vez mais se utiliza de mecanismo para tentar incriminar o investigado com a implantação de armas, drogas ilícitas e qualquer outro meio que desfavoreça a parte mais massacrada. Tentar evitar essas diligências orquestradas por meio do acesso dos advogados a qualquer ação é um bom mecanismo para diminuir a disparidade do acusado entre acusador e julgador.

**5.2 Alterações impostas pela Lei nº 13245/16 e suas repercussões na investigação criminal**

É importante que ao longo dos anos os dispositivos sofram alterações capazes de fazer valer os direitos e garantias constitucionais. Esses direito e garantias fundamentais aos indivíduos são requisitos para a construção de uma vida digna, dotada de todo respaldo legal e constitucional, cabendo ao legislador, adotar medidas para ampliar a aplicação dos direitos individuais e coletivos.

Com a criação da Lei nº 13245/2016 que versa sobre prerrogativas e direitos dos advogados e qualquer entidade que fazem parte de investigação criminal, El Heriche; Santos (2016) discutem sobre a tentativa de transformação do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito, ficando o processo mais justo e melhor aplicável. Ainda ressaltam que é triste o legislador ter que firmar através de uma lei infraconstitucional o que já era posto regularmente em prática: “se o direito penal e processual fossem interpretados sempre à luz dos desígnios constitucionais, jamais precisaria o legislador se dar ao trabalho de asseverar o óbvio”.

Entretanto, algumas mudanças foram pertinentes desde a vigência dessa lei, trazendo uma grande repercussão jurídica na investigação criminal. No dispositivo anterior à nova lei, fazia-se menção somente à repartição policial, ficando clara a unicidade de hipótese que o advogado tinha para examinar os autos de flagrante e de investigação de qualquer natureza, findos ou em andamento, podendo ele, copiar e tomar apontamentos sobre os mesmos. Atualmente, a lei fala em “qualquer instituição responsável por conduzir a investigação”, ampliando a atuação do advogado quanto aos autos e processos relevantes a defesa do seu cliente. Ou seja, toda e qualquer instituição responsável por conduzir investigação deve respeitar o direito conferido aos advogados.

O que mais interessa a título de discussão deste paper é salientar a alteração feita pelo parágrafo 11 da lei em comento, ficando a critério do delegado de polícia delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, restando ao delegado, analisar se há risco de comprometimento da eficácia, eficiência ou da finalidade das diligências em questão. Ou seja, o advogado, se for o caso, ficará sujeito ao enfraquecimento na defesa se o delegado resolver, por achar conveniente, decretar sigilosidade sobre os autos probatórios da investigação.

Por fim, questões como essas serão apontadas ao decorrer do artigo, asseverando mudanças importantes levantadas pela nova lei que altera alguns dispositivos do Estatuto da OAB.

**5.3 O sigilo *versus* os direitos e garantias fundamentais do indiciado**

O caráter de sigilosidade acerca dos autos no inquérito policial é assegurado pelo artigo 20 do Código de Processo Penal ao afirmar que “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.” (BRASIL, 1941). Porém, a falta de acesso aos autos na investigação criminal pode prejudicar a defesa, derrubando princípios constitucionais e processuais inerentes ao acusado.

Essa questão pode ser analisada a partir dos princípios da ampla defesa e contraditório, sendo eles inerentes a qualquer processo judicial, garantidor do direito de defesa das partes. “A defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o principio supõe completa igualdade entra acusação e defesa.” (TOURINHO, 2010, p.22)

Essa nova lei em alguns momentos se torna um paradoxo, pois em primeiro momento declaram nula absolutamente os interrogatórios ou depoimentos feitos ao investigado sem a assistência do advogado:

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

Daí subtende-se que o legislador busca uma maior eficácia aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Contudo, resta claro que ao permitir o delegado poder delimitar o acesso do advogado aos autos ainda não documentados e em andamento, a lei restringe um pouco esses princípios, pois de algum modo, pode interferir na defesa do cliente.

§ 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.

Portanto, a análise das consequências legais a respeito da lei que permite a sigilosidade dos autos em andamentos na investigação criminal será feita observando esses dois vieses: direitos e garantias fundamentais x pertinência da sigilosidade dos autos na investigação do acusado.

**6 CONCLUSÃO**

Portanto, diante o exposto, observa-se que as características inquisitoriais do procedimento investigatório podem resultar em grandes violações ao direito do investigado e futuro acusado.

**REFERÊNCIAS**

BARROS, Francisco Dirceu. **As alterações provocadas pela lei 13.245/16 no inquérito policial**. Disponível em: < http://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/297608462/as-alteracoes-provocadas-pela-lei-13245-2016-no-inquerito-policial >. Acesso em 16 de mar. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

Brasil. **Lei nº 13.245**, de 12 de janeiro de 2016.

BRASIL. Parte Geral, 1984. In: **Código Penal**, 1940. Brasília, DF, Senado, 1984.

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

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1999

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** / Renato Brasileiro de Lima – 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016

LOPES JR, Aury. **Afinal, a Lei 13.245 acabou com o caráter inquisitório do ip?** Disponível em: < https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/935112499909074>. Acesso em: set. 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. - 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal** / Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, volume I** / Fernando da Costa Tourinho Filho - 12 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.