ALTERAÇÃO NO ESTATUTO DA OAB PELA LEI 13.245/2016 E O RESPEITO AO PRINCIPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.

Damara Rodrigues Jeremias de Sousa

Rafaela Maria Melo Araújo

Rafaela Sauaia

**1 INTRODUÇÃO**

A lei nº 13.245 alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados dando maiores possibilidades de haver a presença do advogado de defesa no curso das investigações, fazendo com que sejam evitados indiciamentos de maneira errônea, que poderiam ser evitados com a prévia oitiva dos investigados, os quais poderão contribuir com a investigação requerendo diligências. A lei especial também dá a possibilidade de que, durante o processo de apuração de infrações, o investigado esteja acompanhado do seu advogado, ou de defensor público (CHOUKR, 2016).

Essa lei aumenta o acesso do advogado aos autos de flagrante a de investigações, resultado da mudança do exame em repartição policial por exame em qualquer investigação responsável por conduzir uma investigação criminal, como é observada a alteração na nova redação no Estatuto da OAB dada pela Lei 13.245/2016:

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; (BRASIL, 2016)

A autoridade competente pode ainda decretar o sigilo do inquérito, delimitando o acesso do advogado, conforme o art. 7º, XXI,§11 do Estatuto, às “provas relacionadas a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências” (BRASIL, 2016), o que dá a prerrogativa de, além do juiz, o delegado, autoridade também competente pelo levantamento do inquérito, decretar o sigilo do inquérito policial, ferindo, assim, o principio do contraditório e da ampla defesa, portanto, sendo uma lei com questionamentos quanto a sua constitucionalidade e o respeito aos princípios fundamentais regidos pela Carta Magna.

Esta opção de dar sigilo à investigação dá ao inquérito um caráter mais inquisitório, rompendo com os ideais garantistas, pois não permite a possibilidade de ampla defesa e não há nenhuma paridade de armas. Nessa situação a Sumula Vinculante nº 14 diz:

“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 policia judiciaria, digam respeito ao exercício do direito de defesa”

Guilherme de Souza Nucci, em contrapartida, afirma ser o inquérito sigiloso por ser peça de natureza administrativa, preliminar a ação penal, justificando que o Estado já possui o dever e a função, representada em órgãos estatais, de fiscalização e acompanhamento, dispensando, pois, a publicidade (2014).

Ainda que lei infraconstitucional, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, assim como todas as leis e atos normativos, tende a respeitar os preceitos fundamentais dispostos na Carta Magna. Tal alteração repercute no Código de Processo Penal, lei anterior à promulgação da Constituição de 1988, mas acolhida por esta, pois o inquérito é uma peça preliminar à instauração da ação penal. Consequentemente, doutrinadores a intitulam como Processo Penal Constitucional. Aury Lopes Jr. (2016) defende que o processo penal necessita sofrer uma constitucionalização, a fim de se filtrar constitucionalmente suas normas, estabelecendo um sistema de garantias mínimas. Logo, é necessário manter as regras que respeitam a Constituição, ainda que, com a recepção, à época, as normas inconstitucionais não tenham sido abarcadas.

Lopes Jr. (2016) diz ainda que as garantias processuais constitucionais são escudos protetores do abuso estatal, sendo necessário respeitar as “regras do jogo” do processo, dispostas na Constituição. Dentre estas regras do jogo, elencam-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, além de outros como o da imparcialidade do juiz, o direito ao devido processo legal e da presunção de inocência. Porém, diante do caso a ser tratado, da ampliação dos direitos do advogado durante a fase investigatória, tornam-se importantes os dois (que podem ser entendidos como apenas um) primeiros princípios citados. Ainda segundo o autor, a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado nestes princípios (2016).

Aury Lopes Jr. (2016) conceitua o direito ao contraditório como um método de comprovação da prova e comprovação da verdade. Entende-se que como o direito que o acusado tem de defender-se dentro de um inquérito ou processo que está sendo investigada sua autoria e materialidade. Aliado a este princípio, têm-se a ampla defesa, que garante a participação efetiva no procedimento por aquele que está sendo acusado. Porém, tais princípios têm de serem semelhantes a ambas as partes e garantidos em sua igualdade.

**2 MUDANÇAS NO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS**

O projeto de lei da Câmara, nº 6705/2013 do deputado à época Antônio Faria Sá do PTB de São Paulo, tinha como justificativa dar concretude às garantias constitucionais e maior exequibilidade aos advogados durante o curso das investigações (CHOUKR, 2016). Visava ainda que o investigado estivesse acompanhado de advogado ou defensor público durante o processo de investigação. Porém, o texto original sofreu emendas durante sua discussão, sugerida, uma delas, pelo deputado Laerte Bessa do PR do Distrito Federal, modificando o trecho que anulava toda a investigação, caso não houvesse presença de defensor dativo, pela nulidade apenas do inquérito ou do depoimento (CHOUKR, 2016).

O projeto fora aprovado pelo Senado Federal, justificando o senador Romero Jucá que o trecho de requisitar diligências e apresentar razões e quesitos manifestava a preocupação em possibilitar ao advogado o acesso às investigações já conhecidas pelo Ministério Público (CHOUKR, 2016). Porém, o trecho e a justificativa foram vetados pela Presidente da República, impossibilitando a presença do contraditório no inquérito. O veto foi justificado pelo termo requisitar dar margem à interpretação de ser uma ordem, levando a prejuízos administrativos do judiciário.

Assim, a Lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016 alterou o direito do advogado no que diz respeito ao seu acesso aos autos de flagrante e no inquérito, acompanhar seus clientes acusados durante investigação e apuração de infrações, apresentar procuração para ter acesso aos autos sigilosos, além de permitir que a autoridade competente delimite o acesso do advogado aos elementos de prova e diligências em andamento e ainda não documentadas nos autos (BRASIL, 2016).

A redação anterior do artigo 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB restringia o acesso do advogado apenas aos inquéritos de natureza policial, ainda que haja a realização de outras investigações legalmente previstas, como aponta Nucci, aquelas realizadas por Comissões Parlamentares de Inquérito, pelas autoridades florestais, por agentes da Administração, pelo promotor de justiça (NUCCI, 2014).

A alteração pela lei nº13.245/2016 trouxe ainda a possibilidade do advogado copiar peças e tomar apontamentos dos autos de flagrante e investigação examinados por meio físico ou digital, ampliação que traz reflexos da lei nº 11.419/2016, a Lei de Processos Eletrônicos.

Apesar de sofrer certas mudanças no projeto de lei, a lei vigente nº 13.245/2016, conseguiu incluir no Estatuto da OAB a possibilidade do investigado ser acompanhado de advogado ou defensor público, demonstrando assim a presença do princípio da ampla defesa e também do princípio do contraditório no procedimento da investigação.

**3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Ao incluir no artigo 7º do Estatuto da Advocacia o inciso XXI, a lei nº 13.245/2016 acrescentou ao inquérito o princípio do contraditório e da ampla defesa àquele que está sendo acusado, uma vez que dá o direito ao advogado de:

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 (BRASIL, 2016).

Compreende-se que tais princípios presentes na Carta Magna devem ser respeitados e utilizados, uma vez que preserva-se não apenas a eles, mas também ao princípio da Supremacia Constitucional, onde é a Constituição a lei maior de todo ordenamento brasileiro que rege todas as outras leis chamadas de infraconstitucionais.

**3.1 O princípio do contraditório e da ampla defesa**

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão presentes na Constituição Brasileira de 1988 no rol dos princípios fundamentais individuais. Rege a Carta Magna:

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 seguinte: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988)

Ingo Sarlet (2012) aponta que os direitos fundamentais são direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. Logo, admitir a eficácia dos princípios do contraditório significa não deixar o Estado restringir que o réu se defenda frente a acusações a ele declaradas.

Nucci (2014) aponta que o princípio ao contraditório está ligado à relação processual e é direito tanto do acusado quanto do acusador. O autor acrescenta ainda que deve haver contraditório quando houver alegação de direito, se a questão discutida é tipificada como crime ou contradição penal, ou seja, que um bem foi lesado e aponta-se a autoria ao acusado, tendo este que demonstrar que não possui autoria relacionada a conduta (NUCCI, 2014).

Renato Brasileiro de Lima (2014) compreende o princípio do contraditório como uma ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los. O autor justifica esse pensamento demonstrando que o núcleo do contraditório está ligado à discussão dialética dos fatos da causa, uma vez que há dois elementos dentro deste princípio: o direito da informação e o direito da participação (LIMA, 2014). Têm-se o direito da informação quando o réu conhece, pela intimação, que há uma investigação ocorrendo para comprovar sua materialidade sobre um fato tipicamente penal, ou demonstrar indícios desta materialidade. Lima (2014) acrescenta ainda que o direito à informação também inclui o conhecimento do réu sobre os argumentos da parte contrária, e vice-versa, uma vez que o princípio do contraditório é um direito garantido à ambas as partes, por isso bilateral.

Aury Lopes Jr. (2016) amplia o conceito do contraditório ao fundá-lo sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação e a defesa. Acrescenta ainda que o ato de contradizer é imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo.

Ainda que concebidos juntos, os princípios do contraditório e da ampla defesa são distintos, porém, possuem íntima relação e interação.

O direito a defesa pode ser técnico ou pessoal. A defesa técnica supõe a existência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito (LOPES Jr., 2016), ou seja, um advogado de defesa habilitado seja defensor ou simples advogado particular. A defesa pessoal divide-se, ainda, em duas dimensões: defesa pessoal positiva e defesa pessoal negativa. Lopes Jr. (2016) afirma que a defesa pessoal positiva trata-se de uma resistência pessoal do acusado frente uma pretensão estatal. Assim, o sujeito atua pessoalmente, defendendo a si mesmo como indivíduo singular, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado (LOPES Jr., 2016). Esta defesa pessoal pode ser manifestada durante o interrogatório policial e judicial, principalmente, apesar de admitir diversas formas. A defesa pessoal negativa reflete-se com o não dever de prestar informações ao Estado, uma vez que é assegurado o direito ao silêncio e o de não produzir provas contra si mesmo (LOPES Jr., 2016).

Nucci (2014) afirma que o princípio da ampla defesa é o direito do réu se valer de amplos e extensos métodos para se defender de uma imputação feita pela acusação. O réu, para o autor, é considerado no processo a parte hipossuficiente por natureza , pois o Estado é sempre mais forte e detentor de informações e dados de todas as fontes, que poderão, estas informações, constituírem prova. Assim, o réu merece um tratamento diferenciado e justo, pois o Estado tem o dever de proteger-lhe e garantir seus direitos assim como faz com o acusador ou autor do procedimento (NUCCI, 2014). A ampla defesa abre possibilidades de o réu possuir, durante o processo, direitos exclusivos a si, em relação à acusação. Guilherme de Souza Nucci (2014) aponta o ajuizamento da revisão criminal e a oportunidade de verificar a eficiência da defesa pelo magistrado, o qual pode modificar o advogado escolhido pelo réu, fazendo-o eleger outro ou nomeando-lhe um dativo.

**3.2 Paridade de armas**

Em diversos trechos, a Constituição Federal pontua a igualdade entre a população brasileira, como observa-se no artigo 3º, incisos I e IV:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Seguindo este objetivo constitucional, é válido afirmar que a igualdade entre as partes no processo penal só é validado a partir do cumprimento efetivo da ação seguindo a paridade de armas.

Marcus Vinicius Pimenta Lopes (2013) conceitua a paridade de armas como a aceitação das diferenças entre as situações dos sujeitos no processo penal, uma vez que a acusação se faz mediante a figura da instituição estatal que é o Ministério Público e a parte, que na maioria das vezes, pode ser pessoa física ou jurídica de direito privado.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 8.906 de 04 de julho de 1994. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Brasília: Diário Oficial, 1994.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Lei 13.245/2016 O que há de efetivamente novo na investigação criminal?**. 2016. Disponível em <http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/lei-13-2452016-o-que-ha-efetivamente-de-novo-na-investigacao-criminal/>

LIMA, Renato Brasileiro.  **Manual de Processo Penal**. 2 Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES Jr, Aury. **Direito Processual Penal**. 13Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. *A paridade de armas no processo penal*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 05 set. 2013. Disponivel em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45031&seo=1>. Acesso em: 18 mar. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11Ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.