**VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO ADVENTO DA LEI 13.245/2016 REFERENTE À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL?**

Matheus Chardin Monier Costa Alves, Guilherme de Sousa Gomes e Luis Guilherme Serra Pires

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Violação ao princípio do contraditório, como garantia constitucional, com a advento da lei 13.245/2016 sobre o inquérito policial; 3 Benefícios que a lei 13.245/2016 concede a acusação no inquérito policial; 4 Paridade de armas no processo penal entre defesa e acusação sobre a perspectiva da lei 13.245/2016; 5 Conclusão; Referências

**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo demonstrar as inovações trazidas pelo advento da lei 13.245/2016 que altera o artigo 7 da lei 8.609/1996 referente a investigação criminal. Abordaremos acerca dos reflexos práticos dessa alteração no inquérito policial, os benefícios trazidos à defesa no que tange a isonomia das partes, buscando elucidar se houve uma reafirmação do caráter inquisitivo desses procedimentos ou se houve a introdução do contraditório e ampla defesa nessa fase denominada extraprocessual, afastando assim seu caráter inquisitivo.

Palavras-chave: Investigação criminal. Inquisitivo. Contraditório. Ampla defesa. Extraprocessual.

**1 INTRODUÇÃO**

No último dia 12 de janeiro de 2016, foi publicada a Lei 13.245/2016 de inquérito policial, que teve como cerne a alteração do artigo 7º da lei 8.906/1994. Em uma breve análise, pode-se constatar que essa lei buscava afastar o caráter inquisitório da investigação. Entretanto, se houver uma análise profunda do assunto, o que realmente houve foi uma tentativa de mascarar o próprio sistema inquisitório, aplicando a lei como se fosse acusatória. Nesse sentido Aury Lopes complementa:

Mas e no inquérito? Como sói ocorrer na maior parte dos sistemas de investigação preliminar, continua sendo inquisitório, pois incumbe ao delegado (ou MP) presidir o procedimento, praticar atos de investigação e também decidir nos limites legais, respeitando a reserva de jurisdição. Sim, o delegado (ou o MP nos países que adotam esse modelo) toma diversas decisões ao longo da investigação e ele mesmo realiza os atos de investigação, acumulando papéis. Nada anormal nisso em se tratando de investigação preliminar. (LOPES JR, 2016).

Isso pode ser constatado na atuação do delegado em relação ao advogado de defesa, podendo este limitar a defesa no momento de análise do inquérito policial, demonstrando dessa forma, a não paridade de armas entre delegado e defesa.

 Além disso, essa norma tem cunho infraconstitucional, ou seja, esta lei que deve se adaptar a constituição e não o contrário. A súmula vinculante nº 14 trata acerca do acesso à ampla defesa afirmando que “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Diante do exposto e do que foi afirmado acima a lei 13.245 deve se adaptar a constituição e não o contrário. (BRASIL, 1988). Diante do que foi analisado, pergunta-se: O princípio do contraditório está sendo violado com o advento dessa lei?

 Tal artigo visa o desenvolvimento do conhecimento a respeito Da lei 13.245 que altera o artigo 7 da lei 8.609/1996 referente a investigação criminal. Muito se tem discutido acerca desse tema por dividir opiniões de dois lados, seja pela defesa de que o contraditório nessa questão está sendo protegido e de que o contraditório está sendo violado. O artigo visa elucidar de forma clara uma das opiniões que muito tem dividido a doutrina no sentindo de afirmar que o contraditório está sendo violado na investigação criminal por uma série de fatores que serão expostos no decorrer do andamento do artigo.

A metodologia utilizada neste trabalho é dedutiva, a qual parte do objetivo geral que trata acerca da análise da lei 12.245/2016 acerca do inquérito policial. Posteriormente ocorre a ramificação em objetivos específicos que abordam se existe uma violação no princípio do contraditório por parte da defesa, os benefícios concedidos ao delegado na realização do inquérito e abordar a paridade de armas no processo penal entre delegado e advogado no decorrer do processo.

**2 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO, COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL, COM A ADVENTO DA LEI 13.245/2016 SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL.**

Primeiramente devemos ter em mente que a investigação criminal preliminar constitui um direito fundamental do sujeito detentor de direitos. É o que chamam de devida investigação criminal constitucional. Nesse sentindo, é imprescindível que antes de iniciado o devido processo legal, para que se chegue a pena, fique demonstrada pelo inquérito policial a prova da materialidade do crime e seus indícios suficientes de autoria constituindo a devida justa causa necessária ao exercício de uma pretensão acusatória. (NETO, 2016). Nesse sentindo:

Nesse contexto, muito além de um direito individual, a fase preliminar de investigação representa um obstáculo a ser superado pelo Estado antes de ingressar na fase processual com fim de exercer, de maneira legítima, o seu poder-dever de punir, cabendo ao Poder Judiciário realizar essa filtragem com base nos elementos coligidos na investigação criminal e expostos na ação penal cabível. (NETO, 2016).

 Sobre a aplicação do principio do contraditório e o da ampla defesa no inquérito policial, muito se tem discutido. A doutrina e a jurisprudência entende de forma majoritária que os procedimentos investigatórios são operados de forma inquisitiva, o que consequentemente gera a não aplicação tanto do contraditório quanto da ampla defesa. De acordo com as lições de Renato Brasileiro de Lima:

Isso porque se trata de mero procedimento de natureza administrativa e não de processo judicial ou administrativo, já que dele não resulta a imposição de nenhuma sanção. Tal característica está diretamente relacionada à busca da eficácia das diligências investigatórias lavadas a efeito no curso do inquérito policial. Deveras, fossem os atos investigatórios precedidos de prévia comunicação à parte contrária, seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, em verdadeiro obstáculo à boa administração do aparato policial. Funciona o elemento surpresa, portanto, como importante traço peculiar do inquérito policial. (BRASILEIRO DE LIMA, 2013).

Entretanto, alguns doutrinadores como Marta Saad defendem o contrario, afirmando que esses princípios devem sempre estar presentes na realização de um inquérito policial. (VIANNA, 2016). Dessa forma, ela defende que:

Se não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar ‘em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa e se trata de oposição ou resistência à imputação informal, pela ocorrência de lesão ou ameaça de lesão (SAAD, 2004).

 Destarte, as alterações que vieram com o advento da lei 13.245/2016 vieram para representar um avanço com o objetivo de fomentar princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa dentro do inquérito policial. Em outras palavras, a inserção desses princípios devem ser fiscalizadas para que não prejudiquem o andamento da investigação. (NETO, 2016). Nessa mesma perspectiva afirma Fauzi Hassan Choukr que:

A dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para a edificação do denominado sistema acusatório. Fundamentalmente aí reside o núcleo de expressão que afirma que o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado. (CHOUKR, 201-).

**3 BENEFÍCIOS QUE A LEI 13.245/2016** **CONCEDE A DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL**

Analisando esse ponto referente a defesa, pode-se de primeira visão constatar que o advento da lei 13.245/2016 fortalece esta, pois a participação no inquérito policial se da de forma muito mais ativa. Uma das primeiras mudanças positivas em relação à defesa que podemos constatar é que a defesa pode “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de prisão em 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”. O avanço pode ser percebido quando a defesa em qualquer instituição pode examinar procedimentos investigatórios que dizem respeito ao seu cliente. (NETO, 2016).

 Seguindo na analise, a lei 13.245 que alterou o artigo 7 da lei 8.906/1994 mais precisamente no parágrafo 11 temos a seguinte afirmação: “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”. Em outras palavras o Ministério Público poderá limitar a atividade da defesa (advogado) prejudicando a eficácia das provas, por exemplo, demonstrando a desigualdade que existe entre acusação e defesa.

Outro ponto que deve ser levado em consideração é de que a lei não apenas concede a participação da defesa em procedimentos investigatórios no âmbito criminal, dando a possibilidade de participação em qualquer natureza. Nesse sentindo, pontua Francisco Sannini Neto de forma clara e precisa acerca das inovações da lei:

Saliente-se, ainda, que o defensor deve ter acesso ao procedimento mesmo que este esteja concluso para a análise da autoridade responsável pela sua condução. Aqui nós fazemos algumas ressalvas. Primeiramente, destacamos que a regra é o mais amplo acesso do advogado ao procedimento do interesse de seu cliente. Contudo, no dia a dia da polícia judiciária, por exemplo, é comum a existência de investigações que se desenvolvem nos limites dos prazos legais. Desse modo, em se tratando de um inquérito policial com indiciado preso temporariamente, onde o prazo para a conclusão das investigações é extremamente curto, pode acontecer de o advogado buscar acesso aos autos no seu último dia, ocasião em que o delegado de polícia, não raro, estará trabalhando no relatório final do procedimento. Em tais situações deve prevalecer o bom senso e se realmente a consulta do defensor não for possível naquele momento, isso não constituirá uma violação as suas prerrogativas, afinal, os prazos legais precisam ser respeitados, podendo, a sua inobservância, acarretar na responsabilização funcional da autoridade policial. O que não podemos admitir é a má-fé de autoridades com o intuito exclusivo de prejudicar a atuação da defesa. (NETO, 2016).

 Além dos fatos expostos acima, a lei 13.245/2016 traz também uma novidade de forma expressa de que a defesa pode apresentar razões e indicar quesitos nas eventuais pericias que forem realizadas. Entretanto, podemos afirmar que não se trata de uma importante novidade, pois o artigo 14 do CPP já trata acerca desse tema, mas vem pra somar como forma de participação da defesa e sua efetividade. (LOPES JR, 2016). Nesse sentido:

Se bem empregada a faculdade, é possível fazer uma defesa escrita no final da investigação e postular, nos casos em que seja viável, o futuro pedido de arquivamento pelo Ministério Público ao Juiz, já que nem a polícia, nem o MP, podem arquivar os autos da investigação instaurada. Então é uma faculdade importante e que deve ser bem manuseada conforme a estratégia defensiva. (LOPES JR, 2016).

 Indo de encontro com todo raciocínio criado no decorrer desses apontamentos, algumas criticas são feitas acerca do advento da lei 13.245/2016. A primeira delas é de que a aplicação do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial impossibilita a própria finalidade do inquérito policial, pois com a atuação do advogado visualizando todo o andamento do processo de inquérito, este estaria prejudicado, pois perderia a sua característica principal, a surpresa. (VIANNA, 2016). Seguindo nesse raciocínio:

O elemento surpresa é, sem dúvida, ínsito ao trabalho de investigação. Por conseguinte, avisar previamente (contraditório) e oportunizar a defesa em cada diligência seria, por óbvio, anunciar ao investigado todos os passos da polícia, possibilitando a destruição de fontes de prova essenciais à elucidação do crime. (VIANNA, 2016).

**4 PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO PENAL ENTRE DEFESA E ACUSAÇÃO SOBRE A PERSPECTIVA DA LEI 13.245/2016**

Sobre a paridade de armas, esta em sua essência, prega pela exigência que as partes possam seguir o caso sem que apresentem no decorrer deste nenhuma posição desvantajosa a respeito da parte contraria. (LOPES, 2013). Nesse sentindo Luigi Ferrajoli elucida:

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, (...), a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações. (FERRAJOLI, 2006).

 Todavia, não podemos considerar a paridade de armas apenas em um aspecto formal. É necessária que esta paridade também seja percebida no âmbito dinâmico, em que o Estado deve suprir desigualdade com o objetivo de prover uma igualdade real. As oportunidades que surgem dentro do processo devem ser simétricas. Vale lembrar que essa atuação do Estado no sentido de fomentar a paridade de armas se da de dois lados, tanto no Estado-legislador no momento de elaboração de normas de caráter inovador em ralação a parte da defesa, quanto no Estado-juiz em sua atuação ativa no sentido de proteção de garantias. (LOPES, 2013).

Por sua vez, conforme o artigo 7º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Art. 7º Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (Sem destaques no original)

E ainda, conforme Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado ao Direito brasileiro pelo o Decreto nº 678, de 1992:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: […] Assim, é categoricamente consagrada em nosso ordenamento jurídico a igualdade entre as partes no processo penal, o que só é atingido com o a ação ativa no cumprimento da paridade de armas. Entretanto não é isso que ocorre na prática, visto que o delegado tem claros privilégios que acabam atingindo a defesa podendo até realizar uma comparação como se o delegado fosse o juiz de primeiro grau pois á ele foi concedido privilégios demonstrando uma desigualdade na paridade de armas. Há uma verdadeira anarquia de competências entre executivo e judiciário que resulta em uma lesão na tripartição dos poderes.

**5 CONCLUSÃO**

Diante dos fatos apresentados no decorrer do artigo em questão, há de se concluir que a lei 13.245/2016 que altera o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil não torna o inquérito policial contraditório, pelo contrario, afastando sua natureza inquisitiva. O que se busca afirmar, é que a alteração legislativa apenas tem o objetivo de regular o que já vem ocorrendo na pratica nas delegacias.

 Dessa forma, a defesa continua a não ter o direito de participar das inquirições de testemunhas e vitimas, sem contar na formulação de perguntas por parte da defesa, o que não ocorre na pratica. Seguindo nesse raciocínio, Aury Lopes Junior complementa:

A nova lei não é a revolução copérnica da investigação, tampouco acaba com seu caráter inquisitório ou estabelece o pleno contraditório. Ela contribui para a ampliação, tímida, do espaço defensivo na fase pré-processual, mas ainda está muito longe de resolver os graves problemas da investigação preliminar já denunciado por nós alhures.  Vejamos agora como será a efetivação, não apenas pela autoridade policial, mas principalmente pelos tribunais, quando chamados a se manifestar em casos de violação. (LOPES JR, 2016).

 Na mesma linha de raciocínio, elucida **Enio Walcácer:**

No caso das outras alterações trazidas também pela Lei 13.245/2016, nada mais se deu que a consolidação do já previsto na Súmula Vinculante 14 e a ampliação do ali previsto para todas as instituições aptas à investigação preliminar. Ou seja, a lei mudou para beneficiar uma fatia da sociedade que já tinha a possibilidade de exercer a defesa por meio de ações impugnativas, mas que agora teve tal possibilidade trazida para dentro dos procedimentos, mas a lei não foi suficientemente capaz de trazer a igualdade material para dentro dos procedimentos de investigação, vez que a maior “clientela” alvo de investigações, mormente nas delegacias, não tem possibilidade de contratar um advogado para a sua defesa, e portanto padecerão dos mesmos e velhos vícios de um procedimento totalmente inquisitório que permanece magicamente vivo em nosso sistema processual penal brasileiro já há mais de 140 anos, como diria a música “é que o de cima sobe e o debaixo desce…”*.* (WALCACER, 2016).

 Isso quer dizer que não se nega que o advento dessa lei 13.245/2016 trouxe grande avanço nas prerrogativas dos advogados no inquérito policial, embora a grande evolução se deu apenas para um lado da sociedade, em um constitucionalismo que se processa em velocidades diferentes para fatias diferentes da sociedade não demonstrando a tão sonhada igualdade. Para finalizar nossa analise, conclui Marcelo Rodrigues Silva:

Mas não podemos olvidar que é uma lei direcionada para ricos (que teve sua aprovação em regime de urgência, talvez em razão das grandes investigações envolvendo políticos no nosso país), pois somente estes bem amparados economicamente têm condições de garantir a assistência de advogado nesta fase. Seria um ótimo momento de a Defensoria Pública se organizar para garantir a assistência de defensor ao investigado pobre nesta fase investigativa preliminar, e que o Estado viabilize isto com o aporte financeiro e estrutural necessário, garantindo-se assim a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal. Aliás, se a assistência jurídica deve ser integral, deve-se oportunizar a assistência de defensor público nas investigações preliminares. (SILVA, 2016).

**REFERÊNCIAS**

# BRASILEIRO DE LIMA, Renato. Curso de Processo Penal. Niterói-RJ, Editora Impetus, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.*Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

LOPES JR, Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação, Revista consultor jurídico, 29 jan, 2016.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. A paridade de armas no processo penal. Conteúdo Juridico, Brasilia-DF: 05 set. 2013.

SAAD, Marta. O direito de defesa no inquérito policial. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. [A Lei 13.245/16 tornou obrigatória a presença de advogado na fase investigativa?](https://jus.com.br/artigos/45829/a-lei-13-245-16-tornou-obrigatoria-a-presenca-de-advogado-na-fase-investigativa). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 21](https://jus.com.br/revista/edicoes/2016), [n. 4580](https://jus.com.br/revista/edicoes/2016/1/15), [15](https://jus.com.br/revista/edicoes/2016/1/15) [jan.](https://jus.com.br/revista/edicoes/2016/1) [2016](https://jus.com.br/revista/edicoes/2016). Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/45829>.

# VIANNA, [Renata Malafaia](http://www.conteudojuridico.com.br/?colaboradores&colaborador=69246) . A ampla defesa e o contraditório na investigação preliminar após a LEI 13.245/2016. 2016.

WALCÁCER, Enio. A investigação e a lei 13.245/2016: mudanças para quem? 2016. Disponivel em: http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/a-investigacao-e-a-lei-13-2452016-mudancas-para-quem/