**Ressonâncias da Lei nº 13.245/2016 na Investigação Criminal: Um possível garantismo penal na lei 13.245/2016.**

**Francisco das Chagas e Silva Neto**

**RESUMO**

O objetivo do estudo é verificar as possíveis violações aos princípios processuais penais como garantia constitucional, após a entrada em vigência da lei 13.245/2016, que modificou o estatuto da OAB, nas quais afeta as competências do advogado durante o inquérito policial. No entanto, desejamos ainda, defrontar-se no esclarecimento de um possível viés garantista dessa lei, pois na analise de alguns penalistas teria uma abertura para um contraditório desde o inicio, sendo que outra parte, acredita que esse viés garantista é apenas uma forma de ocultar a manutenção do status quo de inquisitoriedade do inquérito policial. A análise foi subsidiada por opiniões de doutrinadores e professores da égide penal. Passamos pelas modificações formais até chegar no plano fático das ações. Assim acreditamos que depois de uma analise mais profunda das modificações, as mesmas foram materializações de direitos constitucionais no estatuto da OAB, sendo que esse contraditório tão desejado não foi de fato implementado.

Palavra chaves: Inquérito policial. Garantismo penal. Lei 13.245/2016

**1 INTRODUÇÃO**

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.

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.

Esse estudo é de importância para a área acadêmica e jurídica, pois redefine um ator essencial para a construção jurisdicional, que é a do advogado. Função essa que se determina em buscar o equilíbrio em situações limites para atingir a justiça almejada. Além do mais, influencia no inquérito policial que é a principal forma de se angariar a instauração de um processo penal.

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 , seja pela defesa de que o contraditório nessa questão está sendo incluído ou que o contraditório está sendo renegado.

Em virtude da Lei 13.245/2016 que trouxe em seu bojo mudanças substanciais no inquérito policial, têm-se a razão de buscar a repercussão fática de tais mutações no ordenamento. O direito penal por estar em jogo à privação da liberdade, eventuais mudanças geralmente repercutam mais do que em outros âmbitos do Direito.

O inquérito policial é de natureza jurídica administrativa, onde se busca investigar a conjuntura dos fatos e indícios de uma determinada situação delituosa. Partindo dos pressupostos constitucionais que englobam os princípios do processo penal, como tais, o contraditório, ampla defesa e presunção de inocência, o Inquérito seria uma negação desses preceitos, já que não se dá essas prerrogativas.

Em razão dessas características e somado com as mudanças ocorridas decorrentes da Lei 13.245/2016 haveria um viés do garantismo penal na busca de uma maior proteção dos direitos humanos e garantias processuais no inquérito, ou seria apenas medidas já comumente usadas e que apenas passam uma falsa segurança dos direitos do investigado ou acusado?

As alterações vão muito além mudanças circunstancias no âmbito do inquérito policial, a verdade, diz muito sobre aquilo que o sistema brasileiro apresenta e compactua em suas entre linhas.

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 ou não um certo garantismo penal na lei 13.245/2016, se realmente busca defender as garantias do acusado e investigado dentro dos processos.

**2 LEI 13.245/2016 E SUAS MODIFICAÇÕES NO ESTATUTO DA OAB**

A lei 13.245 publicada em 13 de janeiro de 2016 modificou o estatuto da ordem dos advogados do Brasil. Estatuto este que regula algumas atividades seja de inquérito policial, civil, administrativo, etc. É uma tentativa de chegarmos de fato ao Estado democrático de Direito.

O que acontece é que a lei altera o inciso XIV do art. 7, no qual acrescenta três parágrafos a esse mesmo artigo e ainda introduz, uma atribuição ao advogado no inciso XXI. Esta lei veio com o intuito de modificar a forma do inquérito policial no sentido de fomentar a atividade do delegado e sistematizar algumas prerrogativas já existentes da atuação do advogado.

É bem verdade que as mudanças na lei reforçam a importância do advogado para a justiça, conforme a constituição declara em seu artº133. Decerto que existe uma retificação da indisponibilidade do advogado. Portanto um grau de garantismo, onde visa a proteger os acusados, das arbitrariedades cometidas pelas autoridades policiais. Entretanto por outro lado continua-se não disponibilizando algumas garantias fundamentais como o contraditório e ampla defesa.

**2.1 Repercussões jurídicas e práticas nos inquéritos policiais**

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.

Devemos então definir o conceito de inquérito, que segundo Renato Brasileiro Lima, é

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo(LIMA, 2015).

Portanto, o inquérito é a via inicial para se adentrar faticamente em um processo. A função que o advogado exerce no processo penal é definido pela própria Constituição necessita seguir alguns critérios para que se tenha de fato uma função concreta do advogado e uma boa defesa, assim, “apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor (LIMA, 2015).

Assim sendo, fica nítida a função importante que o advogado deve se empenhar para que a justiça tenha o resultado mais próximo daquilo que se acredita ser a verdade.

As mudanças ocorridas visam um melhoramento na dinâmica entre o delegado, que é o ator jurídico responsável pelo o inquérito, a parte acusada/investigada e com o advogado.

A primeira modificação foi dada no acesso aos autos do inquérito, que diz:

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;

De inicio a mudança se dá na introdução da expressão instituição responsável, já que em 2015 no RE 593.727, o STF determinou que o não só a polícia teria a prerrogativa de poderes para investigação penal, não para presidir a investigação, pois esse é exclusivo do Delegado de polícia.

Superada essa concorrência da predileção da investigação, vamos buscar elucidar como ficou a questão do acesso aos autos do processo.

A lei 13.245/2016 garante ao advogado o acesso aos autos de quaisquer procedimentos investigatório, independente de procuração. Essa é a regra, porém, encontra-se a exceção no parágrafo 10, que tem a redação seguinte. “Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV”.

Esse acesso aos autos revela uma necessidade de adentrarmos nos princípios do processo penal, que nessa situação é o princípio da publicação, que segundo Renato Brasileiro é, “a garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo

Revela uma clara postura democrática (LIMA, 2015, p.62). Portanto vigora no processo penal quando instaurado o princípio da publicidade, que é uma garantia constitucional, sendo geral e que não se restringe só as partes.

A exceção desse princípio é quando houver violação ao direito à intimidade, direito da vida privada, e quando não tiver interesse público.

No inquérito policial em regra o trâmite é em sigilo

Inquérito policial objetiva investigar infrações penais, coletando elementos de informação quanto à autoria e materialidade dos delitos, de nada valeria o trabalho da polícia investigativa se não fosse resguardado o sigilo necessário durante o curso de sua realização. Deve-se compreender então que o elemento da surpresa é, na grande maioria dos casos, essencial à própria efetividade das investigações policiais.(LIMA, 2015, p.118)

Além de preservar a intimidade do investigado em alguns casos, e a necessidade de um sigilo mínimo para consegui êxito nas investigações. Caso não for possível essa sigilosidade 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).

Já em relação amplitude do acesso do advogado aos autos da investigação preliminar, quando ele deve ser interpretado de forma conjunta com a súmula vinculante 14 do STF, ou seja, se houver diligência em andamento, será possível negar momentaneamente o acesso aos autos.

Traz também a lei, 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).

A inovação que mais tem repercutido talvez, seja a da nulidade absoluta do inquérito caso não seja acompanhada pelo o advogado, já que envolve as condições econômicas do cliente, que nem todos vão ter condições de ter um advogado, e as condições estruturais do Estado, que não vai ter como oferecer advogados para quem não tem reunida as circunstâncias favoráveis

Vejamos que a presença do advogado durante o inquérito policial não é obrigatória mas, caso o investigado tenha um defensor previamente constituído, aquele não poderá ser ouvido sem a presença deste. Talvez seja esta a mais profunda alteração da lei no tocante ao “desenrolar das investigações”, já que a ausência do advogado previamente constituído em tais atos gerará a ilicitude das provas que derivadas, assim como estabelecido no art. 157, § 1° do CPP (ZANON, 2016).

**3 GARANTISMO PENAL**

O objetivo derradeiro do estudo é enxergar na lei 13.245/2016, qual foi a intenção do legislador ao ser promulgada. Se realmente servirá para aumentar o leque de garantias e direitos dos indivíduos ou se é uma tentativa do sistema penal de reafirmar o seu teor inquisitório.

A doutrina divergiu em relação a esse debate já que ao mesmo tempo em que se dão mais poderes para o acusado e seu advogado participarem da produção de provas, sendo passível de nulidade absoluta caso não seja respeitada essa prerrogativa, continua sendo um desrespeito ao contraditório.

Para o jurista italiano Luigi Ferrajoli, edificador da teoria, existe três significados para Garantismo Penal, que são conexos entre si, o significado mais abrangente que entendemos é este .

"garantismo" designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de "estrita legalidade -SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a Liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, "garantista" todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2002)

O Garantismo é uma teoria baseada nas proteções dos fundamentais onde “pretende instrumentalizar um paradigma de racionalidade do sistema jurídico, criando esquemas tipológicos baseados no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, com intuito de limitar o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada (CARAVLHO, 2008)”.

**3.1 Lei 13.245/2016 e a possibilidade de um garantismo de direitos fundamentais no inquérito.**

Nesse momento do estudo é mister expor o caráter adequado do inquérito. A dualidade inquisitória e acusatória responde sobre o mesmo. Sendo que o caráter inquisitório do inquérito está presente de forma sólida, pois o delegado tem a liberdade para determinar de ofício à colheita de provas.

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. Sobre isso já falei a exaustão sendo desnecessário problematizar acerca de tradicionais reducionismos (LOPES, 2016).

As modificações no estatuto levou alguns penalistas acreditar que finalmente o caráter acusatório teria sido implementado em nossas investigações no inquérito policial, mas não é bem assim.

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, 2016).

É certo que a euforia dos jurista logo se deu lugar a uma posição mais coerente com as mudanças estabelecidas. Houve um avanço discreto em busca de uma maior defesa dos direitos processuais

o inquérito policial não perdeu a sua natureza inquisitiva, pois não há contraditório e ampla defesa propriamente ditos. Em contrapartida, é certo que a nova lei trouxe um viés garantista ao inquérito policial, buscando-se garantir os direitos fundamentais do acusado, como o direito ao silêncio (SILVA, 2016)

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).

**4 CONCLUSÃO**

A sociedade vem se modificando em todos os aspectos, é preciso que o direito tenha essa percepção de evoluir com as necessidades e se adaptar com as boas práticas do direito e excluir aquilo que dificulta o acesso a justiça.

As mudanças verificadas na lei 13.245/2016, nada mais são do que situações onde já havia uma prática reinterada em relação aquele entendimento, que trouxe uma determinação escrita dessas práticas.

A busca pelos direitos e garantias fundamentais é constante. O garantismo penal é uma vertente que busca proteger a sociedade como um todo das arbitrariedades do Estado, que é aquele que detém o poder de violência sobre a sociedade com o mito de manter a segurança jurídica e social.

Em especial, acreditamos que essa égide do garantismo penal não é suficiente para atribuir as mudanças da lei 13.245 a ela. Já que não se tem de fato uma introdução da defesa institucionais das garantias fundamentais, mas, uma introdução de práticas e deveres que já haviam sido conquistados em delegacias do Brasil a fora, que estão em linha para uma melhor dinâmica do inquérito policial.

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 desse 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.

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).

**REFERÊNCIA**

BRASIL. Lei 13.245 13 de janeiro de 2016.

CARVALHO, Salo de, CARVALHO, Amilton Bueno de. **Aplicação da pena e garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal.** 3ª ed. Editora Juspodivm, 2015

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

SILVA, Marcelo. **A lei 13.245/16 tornou obrigatória a presença de advogado na fase investigativa?**

VIANNA, Renata. **A ampla defesa e o contraditório na investigação preliminar após a Lei 13245/2016.** Disponível: https://jus.com.br/artigos/47161/a-ampla-defesa-e-o-contraditorio-na-investigacao-preliminar-apos-a-lei-13245-2016. Acesso 15 de mai

ZANON, Rafael. **A lei 13.245/16 e a democratização das investigações criminais.** Disponível https://jus.com.br/artigos/45842/a-lei-13-245-16-e-a-democratizacao-das-investigacoes-criminais. Acesso 15 de mai.