

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIA CLARA SCOLFORO GIORI

**A ALTERAÇÃO DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL PELA LEI 13.245/2016: UMA ANÁLISE À LUZ DO
GARANTISMO INTEGRAL ACERCA DAS CONSEQUENCIAS NO
CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO NO INQUÉRITO**

VITÓRIA
2017

MARIA CLARA SCOLFORO GIORI

**A ALTERAÇÃO DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL PELA LEI 13.245/2016: UMA ANÁLISE À LUZ DO
GARANTISMO INTEGRAL ACERCA DAS CONSEQUENCIAS NO
CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO NO INQUÉRITO**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Doutor Américo Bedê Freire Junior.

VITÓRIA

2017

MARIA CLARA SCOLFORO GIORI

**A ALTERAÇÃO DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL PELA
LEI 13.245/2016: UMA ANÁLISE À LUZ DO GARANTISMO INTEGRAL ACERCA
DAS CONSEQUENCIAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO PRODUZIDO NO
INQUÉRITO**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória-FDV,
como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^o Doutor Américo Bedê Freire Júnior
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof^o
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela certeza de que Ele caminha ao meu lado nos momentos bons e nos ruins me carrega em Seu colo. Ele que, em Sua infinita bondade, me presenteou antes mesmo do meu nascimento com uma família maravilhosa que me acompanharam e acompanham, me cercam de amor, de carinho e de apoio e, por meio de muito trabalho, me proporcionam todas as oportunidades ao alcance deles, para que eu me forme a cada dia como uma boa profissional e uma excelente cidadã. Agradeço também aos estágios que tive a oportunidade de transcorrer, porque por causa deles, eu ainda acredito na causa e procuro ser melhor a cada dia para fazer a diferença. Gratidão também aos meus amigos, aqueles que deixei em Castelo mas que nunca se fizeram distantes do coração, e aos novos amigos, as dádivas trazidas pela vida ao me mudar para Vitória, que dividem diariamente as angústias de uma rotina intensa tornando o ônus menor. Por fim, agradeço à essa instituição, a Faculdade de Direito de Vitória, a qual eu me orgulho imensamente de fazer parte da história dela, e ela, de ser determinante nos rumos da minha.

RESUMO

O presente estudo realiza uma análise da Lei 13.245/2016, que altera significativamente o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Essa alteração afeta, principalmente, a fase pré-processual pois, torna obrigatório a presença do advogado e, assim, altera suas características. Neste sentido, a posituação da inserção do advogado nesta fase não se limita à uma alteração formal, haja vista que materialmente o direito de ampla defesa e do contraditório no inquérito foi normativamente reconhecido e, por isso, produz efeitos consideráveis. No entanto, embora a presença do advogado não seja o suficiente para retirar do inquérito seu caráter inquisitivo, é possível afirmar que ela é capaz de alterar a carga valorativa do conjunto probatório. Isso porque, passa-se a existir dois, dos três elementos do Contraditório, na fase pré-processual, contrariando, desta forma, toda a lógica da necessidade de reprodução das provas em juízo. Nestes termos, conclui-se pela utilização do conjunto probatório produzido na fase pré-processual durante a ação penal, desde que não seja o único meio existente para condenação podendo, no entanto, ser utilizada como fundamento para absolvição sumária ou negativa de autoria.

Palavras-chave: Direito penal processual. Inquérito. Lei 13.245/2016. Conjunto probatório.

ABSTRACT

The study analyzes the Law No. 13.245 / 2016, which significantly modifies the Statute of the Order of Attorneys of Brazil. This change mainly affects the pre-procedural phase, as it makes the presence of the lawyer mandatory and, thus, changes its characteristics. Considering it, the positivation of the insertion of the lawyer at this stage is not limited to a formal amendment, as the substantive right of defense and the right to be heard in the investigation has been recognized and has considerable effects. However, although the presence of the lawyer is not enough to withdraw from the inquisitive character of the inquiry, it is possible to affirm that it is capable of changing the value load of the probative set. Hence, there are two of the three elements of the Contradictory, in the pre-procedural phase, thus contradicting the whole logic of the need to reproduce evidence in court. In these terms, it concludes by using the probative set produced in the pre-procedural phase during the criminal action, as long as it would not be the only means available for condemnation but may be used as a basis for summary or negative acquittal of authorship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 O SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR.....	10
1.1 AS FUNÇÕES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL.....	10
1.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	13
1.3 O CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO	16
2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A LEI 13.245/2016.....	18
2.1 O CONTRADITÓRIO.....	18
2.2 ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.245/2016.....	20
2.3 REFLEXOS DA LEI 13.245/2016 NO INQUÉRITO.....	22
3 ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO PÓS ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 13.245/2016.....	25
3.1 A TEORIA GARANTISTA.....	25
3.2 DA EXISTÊNCIA DO TERCEIRO ELEMENTO DO CONTRADITÓRIO NA FASE PROCESSUAL E A VALIDAÇÃO DE DETERMINADAS PROVAS DO INQUÉRITO NO PROCESSO.....	27
CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são matéria de grande importância para o Direito brasileiro. Tal importância se faz reconhecida com o tratamento que recebem pelo ordenamento jurídico, um amplo amparo e resguardo por parte do legislador, sobretudo no que diz respeito ao processo de modificação pela via legislativa, sendo este bastante restrito.

Essa proteção tamanha para direitos fundamentais, no que tange o direito penal, é denominada de garantismo. Esse movimento que visa a proteção de direitos fundamentais do investigado e/ou do réu, tem como principal idealizador o autor italiano Luigi Ferrajoli e, no Brasil, é alvo de críticas.

No entanto, embora as distintas e possíveis interpretações da Teoria Garantista, é importante salientar a importância da proteção de direitos e garantias na fase pré-processual que já consiste em um transtorno ao investigado.

Embora o inquérito que no Brasil corresponde à fase pré processual, já gere ao indivíduo certo desconforto, o Código de Processo Penal¹ em seu artigo 5º, parágrafo terceiro, dispõe a possibilidade de ser instaurado um inquérito, não sendo este um óbice à dignidade da pessoa humana. Portanto é reconhecida a importância dessa fase e seu caráter garantista em seu sentido integral: nenhum inocente condenado assim como, nenhum culpado impune.

Ainda nesse raciocínio tem-se que o conjunto probatório produzido na fase de inquérito, para que seja utilizado na fase processual, deva ser repetido (com exceções previstas no artigo 155 do código de processo penal). Isso porque a ausência de contraditório, sendo este um dos princípios centrais do Direito Processual Penal, invalidaria a utilização dessas.

¹ BRASIL. Código de processo penal (1941). Código de processo penal. In: ANGER, Anne Joyce. Vade mecum universitário de direito RIDEEL. 8. ed. São Paulo: RIDEEL, 2010. p. 351

Neste sentido, no presente trabalho se optou por examinar a lei 13.245/16² que alterou o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, posto que, dentre as alterações introduzidas por esta, ela aduz sobre a presença do advogado na fase de inquérito, podendo ocorrer em pena de nulidade do ato caso isso não aconteça, se fazendo oportunas e necessárias discussões e estudos acerca das consequências de tal procedimento no mundo jurídico, visto a nova roupagem normativa atribuída à esta fase.

Sendo assim, não obstante o pouco tempo da alteração acerca do tema, sabe-se que a discussão sobre a fase que antecede o processo penal sempre se fez presente e pertinente na doutrina brasileira. Isso porque embora haja discordância entre autores sobre sua função, neste trabalho, tem-se como um prisma a importância dela.

Deste modo, a partir da íntima ligação existente entre a efetividade dos direitos e garantias fundamentais dentro do processo penal e a alteração do estatuto da Ordem dos Advogados trazida à baila, tem-se como desconhecidas as consequências advindas por tal envolvimento.

São vários os questionamentos possíveis sobre o tema, porém, optou-se nessa pesquisa pela elaboração de um problema central que ajuda a pensar especificamente a partir do olhar do direito. Sendo assim, oportuno pesquisar: Sob a luz do Garantismo Integral, a alteração do artigo 7º do estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil seria o suficiente para validar as provas produzidas no inquérito a ponto de não ser necessário repeti-las na fase processual?

Para responder, é preciso levar em consideração que o Direito enquanto conjunto de regras que regula a vida em sociedade possui também uma função social, que extrapola esse seu âmbito principal, observando-se que para que se atinja essa função é necessária uma constante reformulação dele próprio.

² BRASIL, Lei 13.245, de 13 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). In: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13245-2016.htm>, acesso em 20 de abril de 2016, artigo 1º.

Neste sentido, o presente trabalho foi desenvolvido sob os prismas da investigação preliminar e seu caráter inquisitivo, anterior à Lei 13.245/2016, seguindo com uma análise pelo princípio do contraditório e sua inserção, ou não, na fase pré-processual com a lei objeto do estudo e, posterior a esse princípio tão importante, foi observado as principais consequências dessa alteração no conjunto probatório produzido no inquérito.

Por fim, foi trazido como norte para a conclusão do trabalho e resposta do problema estipulado, a teoria garantista, que é alvo de tantas críticas no cenário jurídico brasileiro. Assim, o trabalho se desenvolveu utilizando o meio de natureza qualitativa, com metodologia bibliográfica, valendo-se de maior aprofundamento em doutrinas e artigos para, enfim, concluir os estudos e colaborar para a discussão desse tema que é, juridicamente, tão relevante.

1 O SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

1.1 AS FUNÇÕES DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL

O Direito Processual Penal possui a função de evitar excessos da ação punitiva do Estado. Todavia para o cumprimento de seu escopo deve-se enfrentar um paradoxo que consiste na efetivação da justiça materializada pelo *jus puniendi* e a proteção dos direitos fundamentais do autor – ou suposto autor- do fato. Tal paradoxo deve ser resolvido com a busca, no caso em concreto, do equilíbrio entre esses dois extremos.

Desta forma o instrumento de aplicação do Direito Penal, neste caso, o Processo Penal, necessita se valer de garantias para que a sua função de punir não seja arbitrária e, ao mesmo tempo, sem correr o risco de ser ineficiente e, assim, conseguir dar uma resposta à sociedade diante de uma conduta ilícita.

Neste sentido, o procedimento penal é dividido em três momentos: o pré processual, o processo judicial propriamente dito e a execução da pena. Assim, em todos os

momentos deve haver o equilíbrio entre a efetivação da sanção e os direitos fundamentais do acusado.

Em um primeiro momento, tem-se a fase pré processual que, no Brasil, é denominada de inquérito. Posteriormente, se realizada a denúncia, origina-se o processo judicial propriamente dito. Nele serão analisadas as questões de mérito, verificado a ocorrência de nulidades, repetido o conjunto probatório produzido no inquérito, praticado os atos necessários e, por fim, sentenciado. Em seguida, tem-se a execução da pena (considerando que não houve recurso nem mesmo ao tribunal de segunda instância) após o fim do período recursal, ou, se já confirmada a condenação em segunda instância, visto o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal pela execução provisória desta.

No entanto, o foco deste estudo consiste na primeira fase, àquela que antecede o processo e dará início ao procedimento determinando de maneira contundente os rumos que serão delineados a seguir.

A fase de inquérito, para alguns autores, seria usada para a busca da verdade real, ou seja, seria necessária para colher as provas de indícios de autoria e de materialidade delitiva que correspondam à realidade fática da conduta tipificada. Já outros autores, que defendem ser inatingível essa verdade real, aduzem que o inquérito busca a verdade processual ou meramente formal. Existem ainda aqueles que questionam se o processo penal promove realmente uma busca pela verdade, seja ela real ou processual³.

Independente do motivo para o qual essa fase é utilizada, no Brasil a investigação criminal promovida no inquérito policial assume um papel garantista. Isso se dá devido seu caráter investigativo e de produção probatória que evita que acusações sejam feitas, em vão, e que o indivíduo se torne réu do processo, buscando a justa causa – sendo esta uma condição da ação – da ação penal.

³ LOPES, Fabio Motta. Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 26-27.

O papel garantista assumido pelo inquérito é relacionado diretamente ao conjunto probatório. Isso porque, somente o que é provado é tido como verdadeiro⁴, e essa produção de provas vem desde a fase pré processual. Sobre a importância das provas, doutrina BARROS⁵ que:

(...) a produção de provas passa a ser requisito básico e insubstituível para a própria realização do direito material. E impõe-se que as provas sejam claras, seguras e aptas a transmitir a necessária confiança ao julgador, de modo que, livre de qualquer dúvida, este possa firmar a convicção racional da existência do fato criminoso e de sua autoria (...)

Desta forma, a prova é o caminho tanto para demonstrar ausência da justa causa, ou, a existência dela fazendo jus à aplicação do *jus puniendi*. Assim, o equilíbrio buscado entre efetividade da sanção e a proteção de direitos tem o conjunto probatório como um importante instrumento para ser alcançado.

Neste sentido, como as provas começam a serem produzidas desde a fase pré processual, sendo necessárias para justificarem a existência de um processo judicial, torna-se necessário a presença do advogado nesse momento para que desde já ele exerça o direito de defesa ou solicite alguma dilação probatória.

A necessidade em averiguar-se os fatos antes mesmo de ser instaurado um processo, é imprescindível e harmônica com os direitos e garantias positivados pela Constituição de 1988. No entanto, cabe salientar que, mesmo sem previsão legal, ainda há um primeiro juízo antes mesmo da instauração do inquérito. Isso porque não é todo Boletim de ocorrência ou notícia crime, por exemplo, que se tornará um inquérito.

Esse primeiro juízo que passa pela instauração ou não do inquérito, é muito relevante porque uma investigação, mesmo que não conclusiva, acarreta danos ao investigado e sua imagem. Essa relação do investigado com um crime, segundo Carnelutti⁶, não acaba jamais, sendo ele refém de uma incredibilidade instaurada por esse ato - a

⁴ BARROS, Marcos Antonio de. A busca da Verdade no Processo Penal / Marco Antonio de Barros. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 113.

⁵ *Ibidem*. p. 113.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. Traduzido por José Antonio Cardinalli. Campinas: CONAM, 1995. p. 61.

acusação de um crime - mesmo que no final seja julgado como inocente ou sequer seja feita a denúncia.

Essa relação entre investigado e o crime decorre de um senso comum, onde o investigado é acusado e julgado por pessoas ilegítimas para tal, antes mesmo de poder ser ouvido ou apresentar um conjunto probatório, processo esse que atualmente é potencializado pelos veículos de informação (tv, internet, entre outros).

Desta forma, ter direitos e garantias respeitadas no inquérito é tão importante quanto a positivação destes no decorrer do processo pois, o ônus desse procedimento já pode ser sentido desde já, além de o investigado/réu ser sujeito de direitos, independente da autoria da conduta ou não.

1.2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS

O processo penal é um instrumento de aplicação da sanção por parte do Estado, estabelecendo regras para averiguação de autoria e materialidade da conduta bem como as regras para o desenrolar do procedimento e da aplicação da sanção. Ou seja, é um meio de igualar o procedimento para todas as pessoas que possam integrar uma relação processual ou, que venham a ser investigadas por serem suspeitas de tal fato.

No entanto, mesmo que a ideia do processo penal seja estabelecer um padrão, este próprio pode assumir diferentes características ao pertencer a diferentes sistemas. Eis então que surgem os Sistemas Processuais Penais que, segundo ARRUDA⁷ são:

Os Sistemas Processuais Penais são métodos de pacificação social pelos quais diversas comunidades, em diferentes lugares e momentos da história, resolviam seus problemas penais.

As regras e garantias processuais penais alteram de acordo com o tipo de processo penal adotado. Como o Direito é dinâmico, tem-se que cada Estado opta por um sistema processual penal influenciado pela época, transformações sociais e principalmente políticas que ali se passaram.

⁷ ARRUDA, WESLEY RODRIGUES. Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?. Disponível em: < http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html#_ftn18 Acesso em: 26. Out. 2017

Neste sentido existem três tipos possíveis de Sistemas Processuais Penais: o inquisitório, o acusatório (que seria o oposto do primeiro) e o misto, que possui característica de ambos. Sobre eles, ensina LOPES JR⁸:

Os sistemas Processuais inquisitivos e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Atualmente, o Law and order é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o Direito Penal e o processo.

O Sistema Penal Inquisitório, nas palavras de CRUZ⁹:

tem seu surgimento ao final do império romano, dentro da igreja católica, como forma de punição aos considerados hereges. Com o fim do império romano uma grande população passa a viver nos feudos, dentro dessa sociedade a igreja católica era peça importante de dominação do poder. (...) Com isso o Processo penal assume então características condenatórias por causa de seu controle católico, um reflexo dessa característica é a função dada ao juiz que é de acusar e julgar, nesse sistema não existia a separação das partes do processo como conhecemos hoje.

Ante o exposto, tem-se que o Sistema Inquisitório, em decorrência de suas características, não harmoniza com um Estado Democrático de Direitos. Desta forma não é esse o sistema que predomina no Brasil, embora ele ainda possua traços nesse ordenamento jurídico.

Com o evoluir da história da humanidade, o Sistema Inquisitivo começou a perder espaço diante um contexto em que cada vez mais, mais direitos eram positivados. Desta forma, o investigado ou réu, como condição de qualquer ser humano, passou a se tornar um ser de direitos, deixando de ser considerado como *coisa* e, o principal marco, foi a divisão das figuras de julgar e acusar.

⁸ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55.

⁹ CRUZ, Nilson de Oliveira. Sistema processual penal: sistema inquisitório. A Santa Inquisição" à luz do direito penal atual. Disponível em: <<https://juris-aprendiz.jusbrasil.com.br/artigos/444647780/sistema-processual-penal-sistema-inquisitorio>>. Acesso em: 26. Out. 2017

Nas palavras de PRADO¹⁰, o sistema acusatório se destaca pela “defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir (...)”. Nesse diapasão, salienta CAPEZ¹¹:

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

Ante o exposto, torna-se claro o porquê é defendido esse sistema como o ideal: ele é compatível com um Estado Democrático de Direito por visar a proteção de direitos fundamentais. Neste sentido, existem autores que defendem ser esse o Sistema Penal Processual Brasileiro, no entanto, essa não é a corrente majoritária na doutrina sobre o assunto.

Para a maioria dos doutrinadores, o ordenamento brasileiro é um sistema penal processual misto: com características ora do inquisitório, ora do acusatório. Desta forma, existiria a divisão dos momentos processuais: na fase pré-processual prevaleceria o Inquisitório enquanto que na fase processual, seria o Acusatório. Nas palavras de ANDRADE¹²:

Ao final, a configuração do sistema misto seria construída a partir da soma de um elemento fixo de cada sistema processual, quais sejam: a abertura do processo se daria sem a acusação, podendo ocorrer com uma *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz (elemento fixo pertencente ao sistema inquisitivo); e a necessária presença de um acusador distinto do juiz (elemento fixo pertencente ao sistema acusatório).

Ante o exposto, os sistemas processuais penais são base de discussão para o Processo Penal, por determinarem características tão importantes das fases processuais que, ao serem modificadas, podem gerar consequências diretas sobre a classificação desses sistemas.

¹⁰ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 104.

¹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

¹² ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 425.

1.3 O CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO

Ainda nesse raciocínio tem-se que o conjunto probatório produzido na fase de inquérito, para que seja utilizado na fase processual, deva ser repetido (com exceções previstas no artigo 155 do código de processo penal). Isso porque a ausência de contraditório pleno, sendo este um dos princípios centrais do Direito Penal, invalidaria a utilização das provas, sendo essa a regra correspondente à realidade jurídica anterior à mudança trazida pela Lei 13.245/2016.

Sobre o valor das provas repetíveis, aduz LOPES JR.¹³ que:

O inquérito policial somente pode gerar o que anteriormente classificamos como ato de investigação e essa limitação de eficácia está justificada pela forma mediante a qual são praticados, em uma estrutura tipicamente inquisitiva, representada pelo segredo, a forma escrita e a ausência ou excessiva limitação do contraditório.

No entanto, embora a função do inquérito seja, principalmente, a de evitar processos infundados e, com isso, aumentar os meios de assegurar os direitos e garantias fundamentais do investigado, ainda assim, essa fase é tradicionalmente conhecida como inquisitiva, sendo essa uma de suas principais características.

O caráter inquisitivo do inquérito decorre do fato de esta fase possuir características do Sistema Inquisitivo que, como já mencionado, é um dos sistemas processuais penais possíveis. Esse sistema é caracterizado, principalmente, pela concentração das figuras de acusar e julgar na mesma pessoa e pela ausência do contraditório, conforme CAPEZ¹⁴ ensina:

Sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram freqüentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.

¹³ LOPES JR., Aury. Investigação Preliminar no Processo Penal / Aury Lopes Jr., Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 5. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013. p.324.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 46.

Há autores¹⁵, porém, que defendem a ideia de que o sistema processual penal brasileiro seria, em sua essência, inquisitivo, porque quando a legislação possibilita que o juiz requeira a produção de provas de ofício, tem-se aí a materialidade da concentração das funções de acusar e julgar, estando ainda mais vulnerável o réu.

Desta forma, embora críticas, o que prevalece é que o sistema brasileiro é misto, sendo inquisitivo na fase de inquérito e acusatório na fase processual. Contudo, essa classificação não é tão estática quanto parece. Isso porque, o Direito ao se reinventar para atender demandas sociais, acaba introduzindo instrumentos que, mesmo sem descaracterizar o sistema como um todo, faz com que sejam mitigados de sua plenitude por incorporarem características um do outro.

Neste sentido, o inquérito com a característica de inquisitivo plenamente é anterior à Lei 13.245/2016. No entanto, mesmo que a alteração da lei não venha descaracterizar o sistema inquisitivo no inquérito, não há de se questionar que o entendimento em relação à valoração do conjunto probatório não pode permanecer o mesmo com a inserção da figura do advogado na fase do inquérito que, garante a efetividade de direitos e garantias além de ajudar a impedir possíveis abusos e arbitrariedades.

Ademais, ante o que foi exposto, é possível afirmar que essa fase pré-processual assumirá um papel ainda mais importante com a alteração que insere o advogado visto que, por meio desta figura, essa fase assumirá um caráter ainda mais garantista e protetivo ao investigado que não poderá sofrer abusos correndo o risco da prova ser considerada ilícita pelo Estado Juiz.

Sendo que, mesmo que essa possibilidade já existisse, há de se convir que a capacidade técnica de um advogado de suscitar nulidades no conjunto probatório é mais apta do que a do investigado, tendo-se, assim, uma maior efetividade da proteção desses direitos e, quanto ao seu caráter permanecer ou não inquisitivo, deve-se analisar antemão o princípio que norteia essa fase: o princípio do contraditório.

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. In Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994. Apud NETTO, José Laurindo de Souza. Processo Penal: Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá 2003, p. 25.

2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E A LEI 13.245/2016

2.1 O CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório trata-se de um dos mais utilizados e relevantes do processo penal, embora não exista hierarquia, por integrar, junto com a ampla defesa a principal função do processo penal: prevenir excessos estatais na aplicação do *jus puniendi*, já que o direito restringido como forma de punição na maioria das vezes trata-se da liberdade.

Desta maneira, FREIRE e SENNA¹⁶, doutrinam que:

segundo a clássica lição, a essência do princípio do contraditório se residiria na garantia da discussão dialética dos fatos da causa, o que torna necessário que se assegure no processo a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados pelas partes.

Neste sentido, a ciência moderna pressupõem três elementos¹⁷ que devem existir para garantir a efetividade e, de fato, a existência deste princípio, sendo eles: a ciência inequívoca dos atos processuais, a possibilidade de manifestação e, a apreciação pelo juiz de todas as teses levantadas no decorrer do processo.

Por isso, é um princípio aplicável tanto à defesa quanto à acusação e deve ser garantido até mesmo em matéria de ordem pública como dispõe o código de processo civil em seu artigo 10º. Não obstante, tal princípio também é positivado pela Carta Magna em seu artigo 5º, no rol de direitos fundamentais, em seu inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o **contraditório** e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁸

¹⁶ BEDÊ JÚNIOR, Américo. Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção / Américo Bedê Júnior, Gustavo Senna. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 129.

¹⁷ Ibidem. p. 128.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Ademais, é válido salientar que vinculado ao princípio do contraditório, encontra-se o direito à produção de provas que, em um primeiro momento, pode parecer contrário aos interesses do investigado, mas, no entanto, são por meio delas que este exercerá seu direito de defesa, tornando-se facilitado pela presença do advogado que conduzirá essa produção probatória a favor de seu cliente.

Sobre essa temática, doutrina SOUZA¹⁹:

O direito à prova vincula-se diretamente ao direito de ação (CRFB, art. 5º, XXXV), bem como ao devido processo legal e ao contraditório (CRFB, art. 5º, LIV e LV), mas no contexto da defesa encontra seu fundamento máximo no princípio da ampla defesa e, ao qual deve ser dado tratamento o mais abrangente possível, conjugando três realidades procedimentais: o direito à informação, a bilateralidade da audiência e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, consistindo, basicamente, no direito de influenciar na formação do convencimento do órgão julgador.

Desta maneira, é possível afirmar que caberia ao investigado e/ou réu a efetivação do direito ao contraditório por meio do exercício de defesa e efetivação de direitos e garantias fundamentais. No entanto, quando se trata de inquérito, o momento de exercê-lo torna-se diferente do momento processual.

Neste sentido, entende-se como mais adequado o entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal que oferece o contraditório na fase de inquérito sobre as provas já produzidas, ou seja, um contraditório postergado:

Súmula 14: 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.

Esse entendimento é fundamentado pelo argumento de que, a possibilidade de manifestação dada antes mesmo da produção da prova, isto é, se o investigado soubesse da prova que seria produzida, atrapalharia substancialmente as investigações. Assim, se manifestar após a prova já produzida no Inquérito consiste em um meio proporcional de exercício do contraditório.

¹⁹ SOUZA, Sérgio Ricardo de. Manual da PROVA Penal Constitucional: pós reforma de 2008. Curitiba: Juruá, 2008. p. 16

2.2 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.245/2016

As alterações advindas da Lei 13.245/2016 foram substanciais em relação ao texto legal anterior que, no entanto, existem autores que criticam porque muito pouco do que é posto em prática sofreu alterações. Isso porque, já existiam na prática algo que somente com esse novo texto, fora reconhecido pelo legislador.

A lei objeto desse estudo alterou, principalmente, o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, nas palavras de DIREITO²⁰ ampliando as prerrogativas do advogado na fase de investigação. Antes da alteração, o artigo 7º, XIV, do referido Estatuto, dispunha que:

Art. 7º São direitos do advogado: (...) XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

A nova redação trazida pela Lei 13.245/2016, passou a ser:

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, tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

Após a leitura da lei, concluímos por três principais alterações trazidas por essa nova redação, conforme nos ensina DIREITO²¹:

Em comparação aos dois textos, é possível observar três mudanças. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que, de acordo com o texto anterior, era direito do advogado examinar apenas autos de flagrante e de inquérito, e somente em repartição policial.
(...)

²⁰ DIREITO, Larissa de Siqueira. Inquisitorialidade x princípio do contraditório: os impactos da Lei n. 13.245/16 no Inquérito Policial. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/LarissadeSiqueiraDireito.pdf>. Acesso em 15 de out. 2017.

²¹ Ibidem.

Em segundo lugar, cumpre salientar que, com a mudança, o advogado passa a ter direito de acesso à investigações de qualquer natureza, e não somente aos autos de flagrante e inquéritos.

(...)

Por fim, o inciso em análise passou a prever a possibilidade de o advogado tirar cópias dos autos e realizar apontamentos, tanto por meio físico, como, também, por meio digital, o que não constava na redação anterior, ou seja, atualmente é possível que o advogado tire fotos dos autos da investigação que lhe interessa, por exemplo.

Desta forma, a alteração legislativa transcrita acima demonstra como o advogado pode atuar na fase de investigação preliminar, isto é, a letra da Lei passa a não somente delinear como também aumentar as formas de atuação durante o inquérito.

No entanto, mesmo que praticamente em alguns órgãos o tratamento já fosse similar ao trazido pela nova legislação, agora, é possível exigir que sejam oferecidas tais possibilidades, possuindo força normativa o cumprimento de tais atos o que corrobora para o exercício do contraditório e ampla defesa desde o momento pré-processual.

A importância da exigibilidade do advogado desde um primeiro momento é potencializador das funções do próprio inquérito e do processo penal: proteger as garantias dos integrantes da relação processual e determinar os procedimentos que serão utilizados para aplicação do *jus puniendi*.

Desta forma, qualquer meio que minimamente aumente essas prerrogativas, deve ser analisado com tamanha importância. Nestes termos, DIREITO²² aduz:

Feitas tais considerações, é possível verificar que as alterações trazidas pela Lei n. 13.245/16 foram muito importantes, principalmente no que tange à efetivação das garantias constitucionais nos procedimentos de investigação, e ao reforço da importância do advogado na administração da justiça, conforme prevê a própria Constituição Federal, em seu artigo 133.

²² DIREITO, Larissa de Siqueira. Inquisitorialidade x princípio do contraditório: os impactos da Lei n. 13.245/16 no Inquérito Policial. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/LarissadeSiqueiraDireito.pdf>. Acesso em 15 de out. 2017.

Embora não tida como formalmente uma grande alteração, substancialmente, é possível afirmar a vasta consequência da mesma. Isso porque, o Direito se vale da linguagem e de seus limites para prescrever condutas desejadas.

Ante o exposto, a possibilidade legal da participação do advogado no inquérito, mesmo que em exercício de contraditório postergado, vide súmula 14 STF, possibilita ampliar os direitos e garantias do investigado, mesmo sem alterar drasticamente as características dessa fase. Nestes termos, por fim, é válido trazer as palavras de DIREITO²³ que conclui brilhantemente sobre a alteração normativa salientada:

Diante disso, não restam dúvidas de que a Lei n. 13.245/2016, ainda que timidamente, aumentou a participação da defesa do investigado no curso da investigação, e gerou diversas discussões. As principais delas giram em torno de três questões: da obrigatoriedade da presença de advogado nos interrogatórios/depoimentos dos investigados; da implantação, ou não, do contraditório e da ampla defesa na fase da investigação preliminar.

Por fim, após demonstrar a alteração trazida pela Lei 13.245/2016 e de salientar a importância que o aumento das prerrogativas na fase de inquérito possuem, passa-se a demonstrar que, embora significativas, não mudam todo o caráter dessa fase. No entanto, há de se salientar que produz consequências que merecem discussão e estudos.

2.3 REFLEXOS DA LEI 13.245/2016 NO INQUÉRITO

Conforme a alteração já narrada, a inserção do advogado na fase de inquérito embora já uma prática, tornou-se positivado pelo legislador com a Lei 13.245/2016. No entanto, a presença do advogado em exercício de um contraditório postergado, seria um exercício do direito ao contraditório e ampla defesa plenamente?

Respondendo essa pergunta, DIREITO²⁴ entende que não seria o suficiente, e até por isso, o inquérito, mesmo com a presença do advogado, continuaria a ser inquisitivo.

²³ DIREITO, Larissa de Siqueira. Inquisitorialidade x princípio do contraditório: os impactos da Lei n. 13.245/16 no Inquérito Policial. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/LarissadeSiqueiraDireito.pdf>. Acesso em 15 de out. 2017.

²⁴ DIREITO, Larissa de Siqueira. Inquisitorialidade x princípio do contraditório: os impactos da Lei n. 13.245/16 no Inquérito Policial. Disponível em:

Nesse mesmo sentido, entende LOPES JR²⁵, ao afirmar que a alteração trazida pela Lei 13.245/16 se limitaria a contribuir para uma ampliação, tímida, do espaço defensivo na fase pré-processual.

Esse entendimento tem como fundamento o fato de o contraditório não ter sido materializado com a presença do advogado nesta fase, conforme explica JARDIM²⁶:

[...]entendo que a nova regra não tenha trazido o contraditório para o inquérito policial, o que o transformaria em uma primeira fase do processo: juizado de instrução sem juiz! O que a nova lei assegura é a assistência jurídica do advogado ao seu cliente, quando convocado a participar de algum ato no procedimento investigatório, com sua presença e aconselhamento, tendo tomado conhecimento do que já foi realizado[...].

No entanto, *data vênia* aos ilustríssimos autores e doutrinadores, ousa-se nesse estudo discordar parcialmente dessa conclusão. Isso porque os reflexos dessa Lei não são meramente teóricos e podem produzir consequências sim no mundo do ser, pois, o fato de ser prática comum antes mesmo da Lei não deve prevalecer sobre o princípio da legalidade, ou seja, não produziria efeitos o mero costume, diferentemente da realidade no momento, em que a conduta fora positivada.

Também nesse entendimento é válido salientar que o Direito deriva de fontes materiais e formais. Esta que poderia ser hábitos, fatos, contexto histórico que provocará no legislativo um movimento, uma intenção. Enquanto que a fonte formal seria a norma derivada do legislador propriamente dita, tratados, convenções, entre outros exemplos, que soam como uma “resposta” à fonte material.

Neste sentido observa-se a ocorrência da Lei 13.245/2016 que, havendo uma fonte material anterior, sendo a própria conduta habitual dos advogados e servidores com atribuições para atuarem na fase pré processual, houve um movimento do legislativo para que fosse positivado tal conduta. Desta forma, não pode ser usado como

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/LarissadeSiqueiraDireito.pdf>. Acesso em 15 de out. 2017.

²⁵ LOPES Jr., Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-naoacabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 25 de out. 2017.

²⁶ JARDIM, Afrânio Silva. Consequência de eventual nulidade de algum ato probatório constante de procedimentos investigatórios de condutas delituosas. Disponível em:<<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html>> Acesso em: 26 de out. 2017.

justificativa para assegurar que uma Lei não alterou uma realidade por ser assim que já fosse feito pois, essa prática pode (e entende-se ser no caso em questão) ser uma primeira fonte desta lei.

Isso não significa que todas as Leis possuíram ambas as fontes que, nem por isso não há de ser reconhecida esse primeiro momento em que o contexto social é alterado antes da Lei ser criada, enquanto que outras regulamentações são primeiro impostas e a partir disso, mudam e condicionam a conduta social.

Ademais, é válido ressaltar que, embora seja mencionado o argumento de atrapalhar as investigações ao deixarem as partes se manifestarem, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o assunto, sumulando seu entendimento na súmula nº14, conforme já descrita neste trabalho.

Neste sentido é pacificado o entendimento de que, possibilitar a ciência e manifestação sobre as provas já produzidas, não atrapalharia a investigação sendo apenas um exercício de direitos, conforme ensina OLIVEIRA²⁷:

De se ver que o contraditório na fase de investigação, em tese, pode até se revelar muito útil, na medida em que muitas ações penais poderiam ser evitadas pela intervenção da defesa, com a apresentação e/ou indicação de material probatório suficiente a infirmar o juízo de valor emanado da autoridade policial ou do Ministério Público por ocasião da instauração da investigação. O risco, evidente e concreto, é a perturbação da regular tramitação da investigação pela intervenção técnica protelatória. Não há como recusar essa realidade, se bem examinadas as coisas no cotidiano de nosso Judiciário.

Mas, embora seja defendido que essa Lei altere substancialmente a fase de inquérito, ainda assim, não é o suficiente para que ele perca, totalmente, o seu caráter inquisitivo.

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.55-56.

Neste ponto acertam DIREITO²⁸ e LOPES JR²⁹ ao afirmarem que essa alteração não é o suficiente para alterar o caráter inquisitivo do inquérito. Mas, na medida em que esses autores entendem que nada mudou com essa legislação, diverge-se neste estudo com tal posicionamento.

Isso porque embora a alteração não tenha sido o suficiente para que retirasse o caráter inquisitivo pois ainda haveria a concentração das figuras de acusar e julgar, passa-se a observar dois (dos três) elementos necessários para a configuração do contraditório³⁰ o que implicará outras consequências, como por exemplo, no conjunto probatório.

Assim, entende-se que o posicionamento sumulado juntamente com a alteração do estatuto da OAB tornando o advogado essencial nesta fase pre-processual, cria uma oportunidade de alteração da valoração das provas produzidas neste momento.

3 ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO PÓS ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 13.245/2016

3.1 A TEORIA GARANTISTA

O texto constitucional brasileiro de 1988, em decorrência de um cenário político opressor anterior à sua redação combinado com um movimento global de Direitos Humanos materializado por, principalmente, tratados e convenções, possui a característica de ser garantista.

²⁸ DIREITO, Larissa de Siqueira. Inquisitorialidade x princípio do contraditório: os impactos da Lei n. 13.245/16 no Inquérito Policial. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/LarissadeSiqueiraDireito.pdf>. Acesso em 15 de out. 2017.

²⁹ LOPES Jr., Aury. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-naoacabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 25 de out. 2017.

³⁰ BEDÊ JÚNIOR, Américo. Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção / Américo Bedê Júnior, Gustavo Senna. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 128.

A característica de Garantista se dá por possuir um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que recebem uma proteção especial (status de cláusula pétrea), bem como uma preocupação com direitos individuais, coletivos e transindividuais que recebem uma vasta positivação no corpo da Carta Magna.

No entanto, tratando-se de Direito Processual Penal, esse movimento de proteção de Direitos do réu e do investigado, conforme já mencionado, possui o nome de Teoria Garantista. Essa teoria idealizada pelo italiano Ferrajoli, no cenário jurídico brasileiro é alvo de divergências interpretativas.

Segundo Ferrajoli³¹, o garantismo, enquanto modelo normativo de direito, visa a limitação da função punitiva do estado, designando uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas e, enquanto filosofia política, pressupõe a separação entre direito e moral, validade e justiça.

Tal interpretação desta teoria é alvo de críticas por autores brasileiros, como Douglas Fischer, visto que segundo o mesmo, no Brasil, essa teoria sofre uma distorção aonde os esforços são voltados para a proteção tão somente dos direitos e garantias fundamentais do autor da conduta tipificada, sendo esquecidos muitas das vezes, os direitos e garantias fundamentais da própria vítima.

Essa distorção é denominada pelo autor de Garantismo Hiperbólico Monocular, sendo que, o que seria adequado, seria a aplicação do Garantismo em sua plenitude denominado por ele de Integral³². O que se extrai, porém, é que esses direitos devem ser resguardados e protegidos, principalmente, dentro do devido processo legal.

Desta forma, a fase que antecede o processo e é responsável, principalmente, pela produção de provas ganha ainda mais importância visto que, considerando as duas faces desta teoria, nenhum culpado deve ficar impune assim como, nenhum inocente deve ser condenado.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. 4. Ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 103-104

³² CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas e PELELLA, Eduardo: Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 31.

Portanto, partindo da premissa integral dessa teoria, a vítima passa a ganhar proteção e atenção no caso em concreto. Ocorre que um excesso de proteção aos direitos e garantia fundamentais do investigado, muita das vezes, mitiga a proteção de direitos da própria vítima. O que, porém, não significa que o investigado deva ter seus direitos violados, devendo apenas não serem encarados como absolutos a qualquer valor a ponto de se tornar um óbice para a coexistência de direitos alheios.

O que é sugerido, portanto, é apenas uma interpretação pela aplicação da teoria como um todo, não somente segregando o que lhes é conveniente pois, assim, a aplicação deturpada provocariam equívocos e injustiças ao ser olhado somente para um dos lados dessa balança causando um desequilíbrio entre direitos fundamentais e aplicação da sanção, enquanto que, o objetivo desta teoria é justamente alcançá-lo.

3.2 EXISTÊNCIA DO TERCEIRO ELEMENTO DO CONTRADITÓRIO NA FASE PROCESSUAL E A VALIDAÇÃO DE DETERMINADAS PROVAS DO INQUÉRITO NO PROCESSO

A importância da defesa técnica, exercida por meio do advogado durante o processo é tamanha que, sua ausência ou deficiência resulta em uma nulidade, conforme súmula 293 do STF. Sobre essa importância, aduz TUCCI³³:

Trata-se, por certo de garantia que, assecuratória de efetiva paridade de armas entre as partes, adquire maior transcendência e importância no âmbito do processo penal, sendo objeto, inclusive, de regras de caráter universal, inseridas nos textos internacionais sobre direitos humanos, e infraconstitucionais.

Diante de tamanha importância aferida à figura do advogado na fase processual, à *fortiori*, deve ser dado essa importância na fase que antecede o processo e que servirá de base para que ele exista ou não. Nestes termos, a alteração do estatuto da OAB vem no sentido de reconhecer essa importância aumentando a positivação de direitos do investigado desde o primeiro momento em contato com o exercício do *jus puniendi*.

³³ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 100.

Neste sentido, a presença do advogado na fase pré processual faria com que coubessem às provas produzidas no inquérito, segundo a súmula 14 STF, manifestação do investigado por meio de seu advogado e que tal fato não haveria prejuízo à investigação, mas sim, o contrário disso pois, a presença do advogado só vem para aumentar a positividade e ser mais um instrumento de limitação do poder de punir do Estado, visto que o controle de licitude das provas já estaria sendo feito, bem como, instruções ao investigado quanto aos seus direitos.

Portanto, a presença do advogado nessa fase proporcionaria que o investigado já se manifestasse sobre determinada prova o que, antemão, poderia mudar todo o caráter investigativo, visto sua possibilidade de participação. Desta forma o investigado já estaria exercendo sua defesa técnica, o que impossibilitaria a desconsideração total da prova na fase do processo.

Isso porque essa desconsideração é a regra e não leva em conta as peculiaridades do caso em concreto. Ou seja, algumas vezes, por um vício de se interpretar a teoria garantista monocularmente, ou por uma visão meramente positivista que vislumbra na previsão legal do artigo 155 apenas as três possibilidades de provas que possam ser aproveitadas, são deixados culpados impunes, sendo que, havia conjunto probatório produzido na fase de inquérito suficiente para conduzir o entendimento para além da dúvida razoável.

Por isso, essa reflexão é importante porque não é objetivo que seja condenado ou inocentado réus/investigados de qualquer maneira, ou, que isso venha a mitigar direitos do investigado. Porém, deve ser feito um esforço para que essa alteração seja vista como a real complexidade que possui a ponto de poder validar algumas provas produzidas na fase de inquérito, se as mesmas forem de acordo com a legalidade.

Isso porque, ao aferir valor à essas provas, ainda caberá ao juiz a valoração de cada uma das provas, fundamentadamente. Portanto, o que se pretende é possibilitar apenas que sejam consideradas na fase processual, visto que as mesmas foram produzidas legalmente e o advogado já pode se manifestar no inquérito.

Ou seja, como dois elementos do contraditório foram possibilitados na fase antemão ao processo, apenas havia o complemento com a análise do juiz na fase processual da prova, ofertando a possibilidade de manifestarem-se sobre a prova para que assim ele construa o seu entendimento e julgue a causa.

Desta forma, o exercício do contraditório se daria pleno na fase processual, aproveitando o que fora produzido em inquérito sem precisar repetir todo um conjunto probatório em juízo, o que leva muito tempo, podendo custar, por vezes, impunidade em decorrência da prescrição de cada crime.

Assim, seria desproporcional e incoerente com a alteração do estatuto da OAB e com a aplicabilidade da súmula 14 que as provas produzidas no inquérito não pudessem ser valoradas na fase no processo. Ademais, é válido trazer à baila o conceito de prova suficiente, ou seja, aquela capaz de condenar o réu, e, nestes termos, alude ARANHA³⁴ que:

Ora, o conceito de suficiência, não se confundindo, para efeito condenatório, com isenção total de eiva dubitativa, consiste, pois, na firme possibilidade de afirmação da realidade do fato imputado e de definição de sua autoria, no contexto das comprimidas fronteiras humanas da capacidade de apreensão dos elementos probatórios e de reconstituição do episódio delituoso. Prova suficiente não é, nem pode ser sinônimo de certeza plena, de que somente os deuses são senhores. Daí que se afigura irreal e meramente retórico o emprego de expressões como “prova categórica”, “prova cabal”, “prova inconcussa” e outras do gênero.

Esse conceito importa na medida em que não é admitido a condenação com base tão somente em provas produzidas no inquérito. Contudo, essas provas podem ser suficientes e, quando o juiz da fase processual as recebe, possibilitando que as partem manifestem-se sobre o que fora produzido em inquérito, percebe-se que o contraditório foi ofertado, por isso, nenhum direito foi mitigado, mas, no entanto, não poderá ser utilizada por uma questão meramente formal.

Desta forma a validação das provas produzidas no inquérito não devem ser feitas de maneira irresponsável, ou seja, sem que este terceiro elemento de fato exista, devendo haver um controle da mesma forma como é feito sobre a ilicitude das provas.

³⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 87.

Nestes termos, havendo uma prova como “suficiente em potencial” ou seja, que aparenta ser robusta, o magistrado poderá ofertar em juízo a possibilidade de se manifestarem sobre ela e, assim, se suficiente para leva-lo para além da dúvida razoável, a pergunta oportuna seria: Por que não usá-la?

Talvez por que o nosso ordenamento só visa a proteção de direitos e se esquece de efetivar a sanção? Talvez por que defender o acusado seja politicamente correto enquanto que voltar os olhos para a vítima seja considerado como punitivista?

As respostas dessas perguntas são subjetivas e vão de acordo com o *topói* de cada sujeito, mas, no entanto, entende-se nesse estudo que a legislação brasileira, seja ela Constitucional ou não³⁵, possibilita que essa alteração seja enxergada como substancialmente relevante e passa-se a discutir seus efeitos. No entanto, também é possível volver os olhos para o fato de que existem mais mecanismos de livrar a aplicação da sanção do que de aplicá-la.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, conclui-se que a conduta ilícita não possui somente um lado a ser observado, mas que além do autor do fato, existe o polo passivo (que por vezes pode ser a própria sociedade como um todo) que merece igual atenção e proteção.

³⁵ Faz-se aqui uma observação por existir o artigo 155 do Código de Processo Penal que prevê a validação no processo das provas produzidas em inquérito em apenas três hipóteses: irrepetíveis, antecipadas e cautelares. Mas, no entanto, entende-se que esse artigo não é compatível com a alteração trazida pela Lei 13.245/2016, fazendo com que os efeitos dela cessem os efeitos desse artigo, afastando sua aplicabilidade nos casos em que, de fato, haver a participação do advogado. Desta forma, não há de se falar em conflito de leis no abstrato: deve ser analisado o caso em concreto e, se identificado a presença do advogado qualitativamente na fase do inquérito, deve prevalecer ante o critério especificidade a Lei 13.245/2016, não sendo encaradas as hipóteses do 155, CPP como únicas provas a serem importadas do inquérito para o processo.

Partindo, portanto, do pressuposto que no Brasil existe uma grande preocupação com os direitos e garantias fundamentais do acusado, tendendo a ser esquecido a própria vítima, tem-se uma necessidade de buscar ao menos um equilíbrio nessa relação, visto que ambos devem receber a tutela estatal.

Um exemplo da falta de equilíbrio nessa relação de vítima com autor seria a desvalorização do conjunto probatório produzido no inquérito. Isso porque segundo a doutrina predominante as mesmas deveriam ser reproduzidas na fase de inquérito o que, muitas vezes, pode custar a própria verdade do processo, ou para aqueles que não acreditam em verdade no processo, pode custar ir além da dúvida razoável.

Portanto é inquestionável que a vedação trazida no artigo 155 do Código de Processo Penal muda as diretrizes que foram traçadas no inquérito. Sem fazer sobre isso qualquer juízo de valor, há de se convir que essas diretrizes mudam na maioria das vezes em desfavor à vítima e à favor do suposto autor do fato.

Observa-se assim um desequilíbrio enorme entre efetivação da sanção e violação de direitos fundamentais pois, com o escudo de intangibilidade dos direitos fundamentais do investigado é mitigado sem pudor a aplicação da sanção por parte do Estado Juiz.

Ressalta-se que não é defendido aqui um Estado Totalitário que pratica arbitrariedades e abusos, mas justamente o contrário: questiona-se a doutrina, a prática e a Lei por que voltarem tanto seus olhos à apenas uma face dessa moeda?

Ademais, acredita-se que, respeitando a licitude das provas, as normas do devido processo legal (com exceção da norma prevista no artigo 155, cpp), a punição do investigado com base em provas produzidas no inquérito que se deu com a presença qualitativa de seu advogado, não estaria violando direitos e garantias do investigado e suposto autor do fato.

Por isso, conclui-se pela possibilidade de utilizar as provas produzidas na fase de inquérito, com fundamentação na Lei 13.245/2016 forte o suficiente para afastar com o critério de especialidade a aplicabilidade do artigo 155 do Código de Processo Penal, sem a necessidade de reproduzi-las em juízo. Conclusão esta assumidamente ousada

e contrária ao posicionamento majoritário na doutrina mas, no entanto, responsável e coerente com a realidade dos fatos e mais equilibrado levando em conta que a real vítima dessa relação jurídica, não é o autor do fato, como insistem em afirmar e proteger.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ARRUDA, WESLLEY RODRIGUES. **Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html#_ftn18>. Acesso em: 26. Out. 2017>

BARROS, Marcos Antonio de. **A busca da Verdade no Processo Penal** / Marco Antonio de Barros. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BEDÊ JÚNIOR, Américo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção** / Américo Bedê Júnior, Gustavo Senna. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. **Código de processo penal** (1941). Código de processo penal. In: ANGHER, Anne Joyce. *Vade mecum universitário de direito RIDEEL*. 8. ed. São Paulo: RIDEEL, 2010.

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

BRASIL, **Lei 13.245**, de 13 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). In: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13245-2016.htm>, acesso em 20 de julho de 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Primeiros comentários à Lei 13.245/16 que altera o Estatuto da OAB e regras da investigação criminal**. 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: 15 set. 2017.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas e PELELLA, Eduardo. **Garantismo penal integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Traduzido por José Antonio Cardinali. Campinas: CONAM, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.245/2016, que assegura a participação do advogado no interrogatório e nos depoimentos realizados na investigação criminal**. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html>>. Acesso em: 17 set. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Direito alternativo. In Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994.

CRUZ, Nilson de Oliveira. **Sistema processual penal: sistema inquisitório. A Santa Inquisição" à luz do direito penal atual**. Disponível em: <https://juris-aprendiz.jusbrasil.com.br/artigos/444647780/sistema-processual-penal-sistema-inquisitorio>>. Acesso em: 26. Out. 2017

DIREITO, Larissa de Siqueira. **Inquisitorialidade x princípio do contraditório: os impactos da Lei n. 13.245/16 no Inquérito Policial**. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/LarissaDeSiqueiraDireito.pdf>. Acesso em 15 de out. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria del garantismo penal**. 4. Ed. Madrid: Trotta, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. **Consequência de eventual nulidade de algum ato probatório constante de procedimentos investigatórios de condutas**

delituosas. Disponível em: < <http://www.dizerodireito.com.br/2016/01/comentarios-lei-132452016-que-assegura.html>> Acesso em: 26 de outubro de 2017.

LOPES, Fabio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,.

LOPES JR., Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal** / Aury Lopes Jr., Ricardo Jacobsen Gloeckner. – 5. ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-naoacabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: 25 de out. 2017.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e Princípios.** Curitiba: Juruá 2003, p. 25.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais.** 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: pós reforma de 2008.** Curitiba: Juruá, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 100.