

**CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL
MILITAR EM FACE DA AMPLIAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO
ADVOGADO PELA LEI Nº 13.245/2016**

ROBSON DOS SANTOS LIMA¹

¹ Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro (OAB nº 239925/RJ). Pós-graduado em Direito Militar pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Jurídicas (CBEPJUR) e Pós-graduado em Direito Administrativo pelo Centro de Estudos de Especialização e Extensão (CENES) – Faculdade FOCUS.

E-mail: drrobsonlima2@gmail.com ou drrobsonlima2@adv.oabRJ.org.br

RESUMO

O presente artigo tem por objeto demonstrar se houve incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa previstos no artigo 5º, LV, da CRFB/88, durante a fase pré-processual do inquérito policial militar (IPM), à luz da Lei 13.245/2016, que alterou a Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), ampliando as prerrogativas do advogado em sede de participação nos procedimentos investigatórios. Será feita uma abordagem sobre os sistemas processuais penais, o IPM, o direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa, assim como a natureza inquisitiva do IPM, visando, ao final, analisar se o contraditório e a ampla defesa incidiram no inquérito policial militar à luz da lei 13.245/2016. Para a realização deste trabalho foram consideradas as similaridades existentes entre o IPM e o Inquérito Policial comum, sendo efetuadas pesquisas do tipo exploratórias, se utilizando de coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede mundial de computadores.

Palavras-chave: Contraditório. Ampla Defesa. Inquérito Policial Militar (IPM). Lei 13.245/2016. Advogado. Indiciado.

1 – INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma proposta de estudo acerca da aplicabilidade dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial militar (IPM), em face da inserção no ordenamento jurídico brasileiro da Lei 13.245/2016, que alterou o Estatuto da OAB, ampliando as prerrogativas do advogado. Tal alteração trouxe a seguinte indagação, que constitui a problemática a ser investigada neste trabalho, qual seja: houve inserção dos princípios do contraditório e da ampla defesa no IPM?

Esse questionamento será analisado de forma cuidadosa, pois o tema possui grande relevância para a sociedade, já que guarda relação direta com direitos e garantias fundamentais, como o direito à liberdade, direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como a própria presunção de inocência, além de se tratar de inovação ainda pouco discutida e, consequentemente, sem farta jurisprudência e/ou entendimentos consolidados.

Como objetivos específicos, este trabalho irá apresentar os sistemas processuais penais, conceituar o inquérito policial militar, descrever o direito constitucional ao

contraditório e a ampla defesa, examinar a inafastabilidade na natureza inquisitiva do IPM, e analisar a incidência dos institutos do contraditório e da ampla defesa no IPM à luz da Lei nº 13.245/2016.

Na primeira seção são apresentados os sistemas processuais penais com a sua correspondente classificação. Na segunda seção e suas subseções são abordadas considerações sobre o inquérito policial militar, tais como conceituação, natureza jurídica, finalidade, características e valor probante. Na terceira seção e suas subseções discorre-se sobre o direito constitucional ao contraditório e a ampla defesa. A quarta seção tratará da inafastabilidade da natureza inquisitiva do IPM. Finalmente, na quinta seção e suas subseções é feita uma arguição sobre a incidência do contraditório e da ampla defesa no IPM à luz da Lei nº 13.245/2016.

Para a realização deste trabalho, foram consideradas as similaridades existentes entre o IPM e o inquérito policial comum, especialmente no que tange a finalidade, razão pela qual as pesquisas do tipo exploratórias, ou seja, se utilizando da coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede mundial de computadores, consideraram a abordagem de autores cujas obras versam sobre o inquérito policial previsto na legislação castrense, assim como autores que discorrem sobre o referido procedimento administrativo previsto na legislação penal comum, objetivando demonstrar que o tema é um assunto muito discutido, porém ainda não se apresenta como uma matéria pacificada no Brasil.

2 – DESENVOLVIMENTO

Ao iniciar a análise do tema do presente artigo, é fundamental lembrar a previsão contida no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A aplicação dos mencionados princípios constitucionais em fase pré-processual, especificamente em sede de IPM, sempre gerou debates e indagações por parte da doutrina, que se acirraram com as alterações trazidas pela Lei nº 13.245/2016, visto que a interpretação majoritária da antiga redação do artigo 7º do Estatuto da OAB, era feita de maneira restritiva, em conjunto com a Súmula Vinculante nº 14.

Na ora mencionada interpretação, os advogados teriam uma participação reduzida na fase de investigação, em face do seu caráter inquisitivo e sigiloso, até então, indiscutível, a fim de que o indiciado não pudesse atrapalhar a investigação. Diante desse pensamento, o contraditório e a ampla defesa somente seriam assegurados, de forma ampla e plena, na fase judicial.

No entanto, a alteração implementada pela Lei nº 13.245/2016, deu ao artigo 7º do Estatuto da OAB uma redação ampliativa em relação à anterior, pois estendeu, de forma significativa, as prerrogativas do advogado no IPM, dando maior destaque à participação da defesa na fase investigativa, possibilitando, inclusive, a apresentação de razões e quesitos durante a apuração dos delitos.

Objetivando analisar se houve incidência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa em sede de IPM à luz da Lei nº 13.245/2016, é de suma importância saber o que se compreende por sistemas processuais, IPM e os próprios institutos do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual esta abordagem buscará trazer, nas seções e subseções a seguir, conceitos e reflexões acerca dos citados tópicos, que possibilitem perceber o contexto do problema apresentado.

2.1 SISTEMAS PROCESSUAIS - CLASSIFICAÇÃO

Os sistemas processuais penais são caracterizados pelo produto de manifestações históricas que levam a construção de diretrizes de um ordenamento jurídico, em conformidade com o momento político de cada Estado. A classificação dos sistemas processuais não deve ser considerada como incondicional (indiscutível), pois existem compreensões vastas sobre a aludida classificação, sendo certo, entretanto, que historicamente e doutrinariamente, os sistemas processuais penais estão classificados em sistema inquisitorial, sistema acusatório e sistema misto ou francês.

Conforme leciona Aury Lopes Jr:

A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária. Goldschmidt, por seu turno, afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua constituição.²

² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

O sistema inquisitório é caracterizado pela concentração e poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador. Sistema onde a confissão do réu é considerada a rainha das provas, não havendo debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos. Os julgadores não estão sujeitos à recusa e o procedimento é sigiloso, havendo ausência de contraditório, sendo a defesa meramente decorativa.³

Tal sistema tem como ideia atribuir a uma única pessoa, o juiz, as funções de acusar, defender e julgar. Como consequência, não existindo um juiz imparcial, uma única pessoa é detentora da prova e da decisão.

Desta forma, estando diante de um fato típico, definido como crime por exemplo, o juiz inquisidor atuaria de ofício, sem a necessidade de ser invocado pelas partes e a partir daí poderia produzir as provas que achasse necessário para a elucidação dos fatos, utilizando para isso, caso necessário, a coação ao réu.

Renato Brasileiro de Lima comenta essa concentração de poder nas mãos de uma única pessoa:

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Em virtude dessa concentração de poderes nas mãos do juiz, não há que se falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa.⁴

Percebe-se, desta forma, que atualmente esse sistema inquisitório seria incompatível com os direitos e garantias fundamentais e individuais, uma vez que viola normas elementares e princípios basilares de um processo penal justo e compatível com a realidade dos fatos e ainda pode-se dizer que a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma única pessoa, contraria as normas estabelecidas pelo atual ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema acusatório possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador, onde predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo, vigorando a publicidade do processo e estando presente o contraditório. Neste Sistema existe a possibilidade de recusa do julgador, havendo livre sistema de produção de provas e predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. Nesse sistema processual penal, que tem como principais características a oralidade e a publicidade,

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. 3 ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁴ BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 38.

não excluindo, claro, as formas escrita e sigilosa quando necessário, está presente o princípio da presunção de inocência e o acusado é tratado como sujeito do processo e não mais como mero objeto, como já explicitado quando do sistema inquisitório.

Em relação a iniciativa probatória, esta cabe às partes e não mais ao juiz, que nesse sistema acusatório não tem o poder de determinar a produção de provas de ofício, reservando-se a esse direito somente e quando surgirem situações que demandem esta necessidade e no curso processual, restando configurada a diferença em relação ao sistema inquisitório.⁵

O sistema misto surgiu após a Revolução Francesa e uniu as virtudes dos sistemas inquisitório e acusatório, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório.

Assim, temos que num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presente se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação de provas.

Desta forma, o sistema misto se trata de uma fusão entre o sistema inquisitório e acusatório. Segundo Renato Brasileiro⁶, existiriam duas fases: A primeira é inquisitória e acontece no inquérito policial, na fase pré-processual, com o objetivo de apurar a materialidade e autoria dos fatos delituosos. Já na segunda fase, processual, segue o sistema acusatório, contemplando a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade e a separação das funções de acusar, defender e julgar.

Importante ressaltar a crítica realizada por Aury Lopes Junior, o qual aduz que, admitir um sistema processual misto é dizer quase nada sobre ele. Para o autor, o processo penal é essencialmente inquisitório, pois a fase processual e a gestão da prova está nas mãos do juiz, defendendo que o seu pensamento tem como base a própria Constituição Federal, que prevê de maneira expressa o sistema processual acusatório, por assegurar o contraditório (Art. 5º, LV, CF), a ampla defesa (Art. 5º, LV, LVI e LXII, CF), a imparcialidade do juiz (Art. 5º, XXXVII e LIII, CF), e a separação das funções de acusar, defender e julgar (Art. 129, I, CF).⁷

⁵ NUCCI, op. cit., p. 31.

⁶ BRASILEIRO DE LIMA, op. cit., p. 41.

⁷ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 42.

Por outro lado, Guilherme de Souza Nucci defende que o sistema processual brasileiro é misto, ainda que muitos processualistas pátrios considerem o nosso sistema como acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.), olvidando-se todavia, nessa análise, do disposto no Código de Processo Penal, comum ou militar, que prevê a colheita inicial da prova por meio do inquérito policial, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.), onde, somente após ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório.

Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório, não se levaria em conta, para qualquer efeito, a prova colhida na fase inquisitória. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando à defesa extremamente difícil a sua contestação ou renovação, sob o crivo do contraditório), os depoimentos colhidos e, sobretudo a confissão extraída do indiciado. Assim, concluiu o doutrinador em questão que o sistema processual brasileiro é “inquisitivo garantista”, enfim, misto.⁸

Verifica-se, pois, que o sistema processual vigente no Brasil não é pacífico na doutrina pátria, visto que alguns doutrinadores defendem a opção pelo sistema acusatório, em face da previsão contida na Constituição Federal, enquanto outros defendem que diante do modelo inquisitório contido no Código de Processo Penal Militar haveria um sistema processual misto, ou seja, inquisitório na sua fase primária (inquérito policial) e acusatório na segunda fase (ação penal).

2.2 INQUÉRITO POLICIAL MILITAR - CONSIDERAÇÕES

2.2.1 Conceito e Natureza Jurídica

Nos termos do artigo 9º do Código de Processo Penal Militar “o inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua

⁸ NUCCI, op. cit., p. 31 e 32.

autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal”.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

O Inquérito Policial Militar trata-se de um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela Polícia Judiciária Militar e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal militar e sua autoria, cujo objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime.⁹

O inquérito Policial tem a seguinte conceituação nas palavras do mestre Tourinho Filho: “Inquérito é o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo”.¹⁰ No que tange a natureza jurídica do Inquérito Policial, a doutrina majoritária considera como sendo um procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária. Não é um processo judicial e nem processo administrativo, uma vez que dele não resulta nenhuma sanção. O inquérito policial, como dito, tem caráter informativo, servindo como preparatório para uma possível ação penal.

Conforme nos ensina Renato Brasileiro de Lima:

Essa concentração de poderes nas mãos do juiz compromete, invariavelmente, sua imparcialidade. De fato, há uma nítida incompatibilidade entre as funções de acusar e julgar. Afinal, o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento. Em virtude dessa concentração de poderes nas mãos do juiz, não há que se falar em contraditório, o qual nem sequer seria concebível em virtude da falta de contraposição entre acusação e defesa.¹¹

Verifica-se, pois, que o inquérito policial é um procedimento administrativo informativo, destinado a apurar a existência de infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos suficientes para promovê-la.

2.2.2 Finalidade

A finalidade precípua do inquérito policial é a colheita de elementos de informação acerca da autoria e materialidade da infração penal praticada, para que o titular da ação penal forme sua *opinio delicti*.

⁹ NUCCI, op. cit., p. 32.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1. p. 192.

¹¹ BRASILEIRO DE LIMA, op. cit., p. 107.

Nas palavras de Luciano Moreira Gorrilhas e Cláudia Aguiar Silva de Britto:

A principal finalidade do Inquérito Policial Militar (IPM) é a de reunir elementos informativos que permitam ao Ministério Público Militar (MPM) manifestar sua opinião sobre o fato-crime praticado (*opinio delicti*). O encarregado do IPM deve, portanto, ter em mente que a sua função não está relacionada à acusação do suspeito ou do indiciado os quais deverão apenas ser investigados com todas as garantias constitucionais relacionadas à dignidade humana.¹²

2.2.3 Características

Dentre as características do inquérito policial, podemos destacar que é um procedimento escrito, inquisitivo, oficial, sigiloso, indisponível, oficioso, dispensável.

É um procedimento escrito, visto que o artigo 21 do Código de Processo Penal Militar dispõe que: “todas as peças do inquérito policial serão, por ordem cronológica, reunidas num só processo e datilografadas, em espaço dois, com as folhas numeradas e rubricadas, pelo escrivão”. Assim, todos os atos deverão ser reduzidos a termo. Tal característica é de fundamental importância, no que tange à finalidade do inquérito. É consectário lógico de toda a construção ligada ao procedimento e da relação com o direito positivado.

Trata-se de um procedimento inquisitivo. Para Fernando Capez:

Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias se concentram na mão de uma única autoridade, a qual, por isso prescinde, para sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e de sua autoria. É característica oriunda dos princípios da obrigatoriedade e da oficialidade da ação penal. É secreto e escrito e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois se não há acusação não se fala em defesa. Evidencia a natureza inquisitiva do procedimento o artigo 142 do Código de Processo Penal Militar, que estabelece que: “Não se poderá opor suspeição ao encarregado do inquérito, mas deverá este declarar-se suspeito quando ocorrer motivo legal, que lhe seja aplicável”. Reforça tal natureza a possibilidade de a autoridade policial indeferir qualquer diligência requerida pelo ofendido ou indiciado, exceto o exame de corpo de delito, à vista do disposto no artigo 184 do Código de Processo Penal comum.¹³

O inquérito policial é oficial, pois jamais poderá ser realizado por particulares, cabendo única e exclusivamente aos órgãos oficiais a quem a lei confere tal atribuição, conforme alude o artigo 144, parágrafo quarto da Constituição Federal, que prescreve: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a

¹² GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *A Investigação nos Crimes Militares*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2021.

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 78.

competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as Militares”.

O sigilo do inquérito encontra previsão no artigo 16 do Código de Processo Penal Militar, onde consta que “o inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado”. O sigilo do inquérito é essencial para o bom andamento das investigações, e também para a imagem do indiciado perante a sociedade, que não tem o porquê de ter conhecimento de um possível inquérito instaurado em desfavor de um cidadão, uma vez que este inquérito é mera peça informativa e pode acabar sendo arquivado. A relação entre o sigilo do inquérito e o acesso do advogado aos autos, nos termos do Estatuto da OAB e do entendimento sumulado do STF, serão abordados mais adiante.

A indisponibilidade do inquérito guarda relação com o fato de que a persecução criminal é de ordem pública. Assim, ao ser iniciado o inquérito policial militar, não pode a autoridade competente simplesmente dele dispor por força do que trata o artigo 24 do Código de Processo Penal Militar, que prescreve que “a autoridade militar não poderá mandar arquivar autos de inquérito, embora conclusivo da inexistência de crime ou de inimputabilidade do indiciado”. Assim, deverá a autoridade militar, sempre, remeter os autos do inquérito ao Juiz Federal da Circunscrição Judiciária Militar onde ocorreu a infração penal, acompanhados dos instrumentos desta, bem como dos objetos que interessem à sua prova, conforme mandamento do artigo 23 do Código de Processo Penal Militar.

Quanto a oficiosidade, diz respeito à obrigatoriedade de instauração do inquérito policial militar quando a autoridade competente para tal toma conhecimento da prática de uma infração penal ou recebe a manifestação da vítima ou de seu representante legal, ou seja, nos crimes de ação penal pública incondicionada deve a autoridade militar agir de ofício, enquanto que nos crimes de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal privada, a instauração do inquérito depende de representação da vítima ou de seu representante legal, sendo que, manifestado tal interesse, a autoridade responsável pelo inquérito deve agir de ofício, tomando as providências necessárias para seu andamento.

O inquérito é um procedimento que pode ser dispensado em algumas situações, considerando que se trata de peça informativa que tem por objeto subsidiar a ação penal. Pode ocorrer, por exemplo, quando o titular da ação penal já possui informações suficientes para a

propositura da ação, como no caso do Ministério Público ou do ofendido, em crimes de ação penal privada.¹⁴

2.2.4 Valor Probante

O Código de Processo Penal prevê que a denúncia ou queixa serão executadas e instruídas com o auxílio do inquérito policial, quando este servir de parâmetro para às mesmas. Portanto, pode-se inferir que o Inquérito Policial não é o único elemento capaz de formar a ação penal.

Mediante tal exposição, constata-se que quando se analisa inquérito e processo, existe uma grande contradição quando o assunto é valoração, pois quando a autoridade judiciária quer se utilizar do inquérito policial, utiliza o argumento presente no art. 12 do Código de Processo Penal, justificando que o inquérito acompanha a denúncia ou a queixa, passando a tomar corpo no processo. Contudo, quando é possível detectar e arguir as nulidades existentes no inquérito é alegado que elas são irrelevantes, uma vez que o inquérito não faz parte do processo.

Ante tais afirmações, se o magistrado entende que o inquérito serve de base para valorar a sentença, através das provas produzidas e existentes no mesmo, há de se afirmar que o Inquérito Policial é parte integrante do processo em todos os seus efeitos, podendo produzir resultados positivos ou negativos através das suas provas produzidas.

Porém, não podemos levar em consideração que a afirmação de que as irregularidades presentes no Inquérito policial são irrelevantes, onde na oportunidade, a autoridade judiciária fundamenta sua decisão afirmando que as provas produzidas não alcançam o processo. Contudo, ao mesmo tempo, quando lhe é favorável, aceita que as provas produzidas durante a investigação policial, servem como base para a fundamentação da sentença, ainda ressaltando que os praticados pela autoridade policial possuem a presunção de serem verdadeiros.

Desta forma, não deve ser levado em consideração as provas produzidas no inquérito policial e sim todos os elementos presentes no processo, inclusive aqueles produzidos e testemunhados durante a fase judicial, cuja qual tem a obrigação da efetiva aplicação do contraditório e ampla defesa. Portanto, é a fase judicial que possui maior respaldo para aplicação dos elementos de convicção, apreciando-os como provas legais.

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Cabe ressaltar que os elementos colhidos no inquérito policial são extremamente frágeis, uma vez que não estão assistidos pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesta fase, aquele que está sendo investigado é suprimido à esfera dos direitos garantidos pela constituição, fazendo com que seja necessário que tais princípios sejam colocados em prática pela autoridade judicial.

Porém, o julgador não precisa se prender aos elementos de provas produzidas no inquérito policial, podendo ainda repetir durante a fase judicial, garantindo a efetiva aplicação do contraditório e ampla defesa. Contudo, existem algumas provas que não podem ser executadas em outro momento, pelo fato temporal; uma delas é a perícia. Portanto, há de se afirmar que a perícia realizada em fase de investigação policial, tem o contraditório retardado, uma vez que é uma prova cautelar, pois possui o intuito de preservar o estado que as coisas se encontravam antes dos fatos.

Como apresentado, as provas produzidas durante o inquérito policial, devem passar pelo crivo do contraditório e ampla defesa, porém as perícias que não puderem ser realizadas em outra oportunidade serão submetidas ao contraditório diferido, uma vez que a sua elaboração com o passar do tempo pode se tornar inútil.

Há de se ressaltar que não existe uma condenação apenas fundamentada com as provas contidas no inquérito policial, uma vez que a sua instrução é provisória e instrumental ou até mesmo pela periodicidade da inobservância do contraditório e da ampla defesa.

Deve-se asseverar que é corriqueiro ver denunciados sendo absolvidos pela ausência de provas concretas, mesmo sendo efetuada sua oitiva perante a autoridade policial, uma vez que como foi bem frisado no desenrolar da presente pesquisa, não há observância do contraditório e ampla defesa perante o inquérito policial. Deveras, se as provas produzidas durante a fase policial e elencadas no inquérito policial, não forem submetidas a estes princípios constitucionais, não poderão ser apreciadas pelo juiz ao efetuar a sentença.

Neste esboço, frisa-se que as provas documentais, perícias, os depoimentos e as demais provas produzidas em fase policial, possuem o mínimo valor probante possível, sendo necessária uma análise minuciosa, para posteriormente ser declarada como válida e poder ser aplicada na fase judicial.

Há de se ressaltar que é o princípio do contraditório que traz aos documentos elencados ao inquérito policial, a sua qualidade de prova válida, uma vez que abre o preceito para a defesa contra-argumentar, sendo exercida a ampla defesa pela parte que está sendo

acusada, existindo o balanceamento entra a acusação e a defesa, obedecendo aos princípios constitucionais.¹⁵

2.3 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, conforme expresso no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, o qual dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁶

2.3.1 Do Contraditório

O contraditório é constituído de dois elementos: informação e reação.¹⁷

O princípio do contraditório significa que cada ato praticado durante o processo seja resultante da participação ativa das partes. Surge como uma garantia de justiça para as partes e tem, como ponto de partida, o brocardo romano *audiatur et altera pars* – a parte contrária também deve ser ouvida. É de suma importância que o juiz, antes de proferir cada decisão, proceda a devida oitiva das partes, proporcionando-lhes a igual oportunidade para que, na forma devida, se manifestem com os devidos argumentos e contra-argumentos. Também, não pode deixar de ser lembrado que o juiz, ao prolatar a sentença, deve oferecer, aos litigantes, a oportunidade para que busquem, pela via da correta argumentação, ou em conjunto com os elementos de prova colhidos, se assim for o caso, influenciar na formação de sua convicção.¹⁸

¹⁵ AGUIAR, Vinicius Novais de; NASCIMENTO, Gustavo Henrique Coimbra do. *Contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial*. *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 31, n.º 1666, jul. 2019. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4620/contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em 20 set. 2020.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 57.

¹⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O contraditório é, portanto, a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo ('par conditio'), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.¹⁹

Como pode ser constatado, os direitos ao contraditório, e também à ampla defesa, são devidamente viabilizados pela exigência legal de se dar ciência dos atos praticados aos litigantes, a qual, a seu turno, advém do direito de informação previsto no art. 5º, XIV, da CF. Tal ciência, cabe lembrar, é feita através dos chamados atos de comunicação: citação, intimação e notificação.

Reforça Luis Fernando de Moraes Manzano que:

O princípio do contraditório é constituído por informação e possibilidade de reação, sendo que a nossa Constituição de 1988 autorizou o entendimento de que os princípios do contraditório e da ampla defesa sejam garantidos no processo administrativo, inclusive não punitivos, em que não existem acusados, mas litigantes, ou seja, titulares de interesses conflitantes.²⁰

Verifica-se, assim, que o contraditório é uma realidade e não é uma simples possibilidade de atuação no processo, razão pela qual deve ser garantido às partes igual participação, a fim de que se proporcione a sua devida efetividade. Esse princípio é uma garantia indispensável aos sujeitos processuais e, por conseguinte, proporciona uma maior legitimação da decisão que será proferida ao final do processo ou procedimento a que estão submetidos.

2.3.2 Da Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa encontra previsão no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que 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, o princípio da ampla defesa apresenta-se como um dever de proporcionar ao acusado o direito à mais completa possibilidade de contraposição e demonstração de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos da acusação quando submetido à relação jurídica processual em contraditório, devendo ser intimado de todo e qualquer ato que possa ser prejudicial à sua posição jurídica processual. Esse princípio

¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 113.

²⁰ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

decorre da necessidade de se garantir uma igualdade processual, como forma de propiciar paridade de armas.

Nesse sentido, Sandro Lucio Dezan explica que:

O agente acusado tem direito a ser ouvido no processo, de forma direta e pessoal, por meio de interrogatório, defesa pessoal, e por meio de petição defensiva, defesa técnica escrita, bem como ser intimado da decisão final, para fins de interposição de recursos e petições diversas. Não obstante, deve ser notificado tempestivamente para arrolar testemunhas, apresentar quesitos aos exames periciais e a se fazer presente e formular reperguntas, tanto ao denunciante, quanto ao sujeito prejudicado e às testemunhas arroladas pelo colegiado disciplinar ou pelo próprio investigado.²¹

Pode ser dito que o princípio da ampla defesa se consubstancia no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites legais em que isso for possível. Existe, portanto, uma conexão do princípio da ampla defesa com os princípios da igualdade e do contraditório.

O princípio da ampla defesa não supõe uma infinidade de atos no que concerne à produção da defesa a bel prazer, sem limites determinados ou mesmo a qualquer tempo ou a qualquer hora, mas, ao contrário, que a defesa necessária se produza pelos meios e elementos totais de alegações e de provas no tempo processual que será devidamente oportunizado pela lei.²²

A ampla defesa por atender um interesse do acusado, pode ser vista como um direito, contudo, como visa também o interesse geral de um processo visto, é tida igualmente como garantia.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório. A defesa garante o contraditório e por ele se manifesta. Afinal, o exercício da ampla defesa só é possível em virtude de um dos elementos que compõem o contraditório – o direito à informação. Além disso, a ampla defesa se exprime por intermédio de seu segundo elemento: a reação.²³

Quando se fala que o princípio da ampla defesa garante a utilização de todos os meios para realizar uma defesa satisfatória, devemos ter em mente também que o direito é regulado por diversas normas processuais que devem ser observadas pelas partes, não sendo legítimo a invocação do princípio da ampla defesa para solicitar apresentação de prova em

²¹ DEZAN, Sandro Lucio. *Direito administrativo disciplinar: princípios fundamentais*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2013. p. 206

²² BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016, p. 182.

²³ BRASILEIRO DE LIMA, op. cit., p. 51.

momento inoportuno, uma vez que dentro do processo existem momentos oportunos, e passados os prazos, o direito está prescrito.

Assim, a ampla defesa e o contraditório, apesar de apresentarem um liame significativo, não devem ser confundidos. No contraditório, em especial no que tange ao processo penal, há a obrigatoriedade de que as partes se posicionem de forma antagônica, ou seja, acusação e defesa, onde cada um tem o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária e à defesa, estará garantido a contraposição de tudo o que for elaborado durante o processo.

Por fim, pode-se chegar à conclusão de que a ampla defesa é garantia constitucional de suma importância para a efetividade do processo, garantindo às partes a possibilidade do exercício do direito de se defender.

2.4 INAFASTABILIDADE DA NATUREZA INQUISITIVA DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

Pode-se afirmar, atualmente, que o inquérito policial militar ostenta uma condição de *procedimento inquisitivo-garantista*.

A sua natureza garantista, nos termos do discorrido na introdução, deve-se ao fato de que a investigação preliminar deve respeitar os direitos e garantias legais e constitucionais do investigado. Essa característica não pode ser menosprezada em um Estado de Direito, construído com sólidas raízes constitucionais.

A justificativa da manutenção da sua natureza inquisitorial, da mesma forma, é de fácil entendimento. Se a observância *plena* do contraditório e da ampla defesa não é o único requisito para a classificação de determinado sistema processual como inquisitivo ou acusatório, com muito menos razão ainda a observância *relativa e flexibilizada* desses postulados teria esse condão.

O que a Lei 13.245/2016 fez foi acentuar um pouco mais a participação da defesa na fase preliminar da investigação criminal, mas de forma alguma transforma o inquérito policial militar em um procedimento acusatório.

Salientamos, por oportuno, que essa característica inquisitorial do inquérito policial militar e outras investigações preliminares não pode, nem deve, ser afastada. Explicamos: o inquérito policial militar sedimenta, na maioria esmagadora dos casos, o marco inicial de

apuração criminal e, muitas vezes sequer existe um suspeito, muito menos um indiciado, *não havendo possibilidade fática* de se estabelecer contraditório e ampla defesa, mesmo que esses princípios pudessem ser adotados no inquérito policial militar, haja vista que neste momento não há quem possa exercê-los.

Ademais, o direito à assistência de advogado na fase inquisitorial é constitucionalmente previsto desde 1988, pelo menos nos casos de prisão, nos termos do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Dessa forma, é necessário referir que se nem a existência de uma norma constitucional permitiu cogitar-se o afastamento do caráter inquisitivo do inquérito policial militar, não seria uma lei ordinária que iria fazê-lo ao estabelecer o mesmo direito já constitucionalmente assegurado.

Nesse ínterim, é forçoso reconhecer que as alterações produzidas pela Lei 13.245/2016 de forma alguma acarretaram a transformação do inquérito policial militar em um procedimento acusatório com reflexos de inquisição, mas, ao contrário, amplia determinadas garantias do sistema acusatório a um procedimento inquisitorial. Ou seja, o inquérito policial militar, a exemplo das outras formas de investigação preliminar, continua sendo um procedimento inquisitivo, mas com uma carga maior de garantismo penal.

De mais a mais, o fato de o inquérito ser inquisitorial não significa que deva ser arbitrário ou, ainda, que todos os direitos do investigado devam ser suprimidos. Em que pese tratar-se de um procedimento inquisitivo, há que se fazer uma leitura constitucional para a sua legítima instrumentalização, conforme referimos.

Veja-se que mesmo antes das alterações implementadas pela Lei 13.245/2016, a doutrina e a jurisprudência já preconizavam que o inquérito policial militar, apesar de não possuir ampla defesa e contraditório em sua plenitude, deveria garantir ao investigado determinados direitos fundamentais, como o direito ao silêncio, o direito à integridade física, o direito à assistência de advogado, entre outros.

Essa, inclusive, é a tendência da sistemática moderna, de cada vez mais serem garantidos expressamente novos direitos aos investigados. No entanto, não é legítimo dizer que, exclusivamente por conta disso, exista plenamente ampla defesa e contraditório na fase da investigação preliminar, pretendendo, assim, sustentar que o procedimento deixa de ser inquisitivo, tornando-se acusatório.

Não fosse assim, se todo e qualquer ato investigatório dependesse de prévia comunicação à defesa ou, então, lhe fosse franqueado irrestrito acesso aos autos, por certo,

restaria frustrada a localização de diversos elementos de prova, fadando a fase preliminar e, reflexamente, a fase processual ao fracasso.²⁴

O próprio Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a inquisitorialidade que deve imperar na fase da investigação preliminar, reconheceu a incidência apenas relativa dos princípios do contraditório e da ampla defesa, na espécie, ao editar a Súmula Vinculante 14, a qual estabelece que é direito do defensor ter acesso amplo aos elementos de prova, *desde que já documentados e no interesse do representado para o exercício do direito de defesa*.²⁵

2.5 A INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR À LUZ DA LEI 13.245/2016

2.5.1 (In)aplicabilidade do Contraditório e da Ampla Defesa no Inquérito Policial Militar

O âmago do presente trabalho é determinar se houve incidência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial militar, à luz da Lei 13.245, de 12 de janeiro de 2016, que alterou o artigo 7º da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da OAB), ampliando as prerrogativas do advogado.

No entanto, antes de adentrar no tema da incidência dos aludidos princípios no inquérito policial militar, em face da ora mencionada lei 13.245/2016, importante salientar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto a própria existência dos institutos do contraditório e da ampla defesa em sede do procedimento pré-processual em questão.

O tema causa grande divergência entre os doutrinadores que se dividem entre aceitar ou não a utilização dessas garantias da nossa carta magna. Nesse sentido, a doutrina brasileira, de maneira prevalente, tem atestado que no inquérito policial militar não possui comportamento dos conceitos do contraditório e da ampla defesa, afirmativa que vem, costumeiramente, auxiliada de observações genéricas, acerca da existência de denunciado na etapa de inquirição criminal e sobre o conteúdo inquisitivo do inquérito policial militar, que, nessas circunstâncias, não abarcaria atuação da defesa.

²⁴ ALVES, Willian Dal Bosco Garcez. *Comentários sobre a Lei 13245*. 15 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.a12.com/artigos/detahes/sobre-o-conceito-etico-de-mistanasia>. Acesso em: 21 set. 2020.

²⁵ CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Advogado é importante no inquérito policial, mas não é obrigatório. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>. Acesso em: 21 set. 2020.

O argumento utilizado para caracterizar a não utilização desses princípios é o de que o inquérito não se trata de um processo, e, uma vez que a pessoa investigada ainda não pode ser considerada acusada, o texto constitucional iria contra a aplicação desses princípios por esses motivos.

Os defensores dessa teoria contrária argumentam ainda que não cabe defesa no inquérito pelo fato do mesmo ser inquisitório e sigiloso, onde, dessa forma, com a implementação dos mesmos, o inquérito correria o risco de fracassar e influenciar negativamente nas ações penais que estariam fadadas ao fracasso. Defendem, ainda, a impossibilidade de aplicação de direito de defesa e contraditório no inquérito policial, por conceder interpretação restritiva ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que garante o contraditório e a ampla defesa aos *litigantes em processo judicial ou administrativo* e aos *acusados em geral*, ou interpretação literal do mesmo dispositivo, a fim de concluir que não estão incluídos os investigados em inquérito policial, por não serem *litigantes* ou *acusados* e por não constituir o procedimento policial um *processo*.

Corroborando esse entendimento, o doutrinador Júlio Fabbrini Mirabete:

Não é o inquérito “processo”, mas procedimento administrativo informativo, destinado a fornecer ao órgão de acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. A investigação procedida pela autoridade policial não se confunde com a instrução criminal, distinguindo o Código de Processo Penal o “inquérito policial” (art. 4 a 23) da instrução criminal (arts 394 a 405). Por essa razão não se aplicam ao inquérito policial os princípios processuais já mencionados, nem mesmo do contraditório. Constitui-se em um dos poucos poderes de autodefesa que é reservado ao Estado na esfera da repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo em situações excepcionais em que a lei o ampara (formalidades do auto de prisão em flagrante, nomeação de curador a menor etc.).²⁶

Ainda que as cortes superiores sejam contraditórias ao tratar do tema, como será visto mais adiante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 83.233²⁷, se posicionou no sentido de que *o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação da nulidade da ação penal*.

²⁶ MIRABETE, op. cit., p. 77.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Desacato. Trancimento de Ação Penal. Habeas-corpus n.º 83.233, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 19 de março de 2004.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 259930²⁸, firmou entendimento no sentido de que o inquérito policial é um procedimento administrativo investigatório, orientado pelo sistema inquisitivo (e não acusatório), que não está sujeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso porque não há, na fase policial, acusação formal do indiciado à qual deve se contrapor a Defesa.

Sob outra perspectiva, a corrente minoritária defende a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na investigação preliminar. Nesse viés, Aury Lopes Júnior menciona que:

É lugar-comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial. Está errada a afirmação, pecando por reducionismo. Basta citar a possibilidade de o indiciado exercer no interrogatório policial sua autodefesa positiva (dando sua versão aos fatos); ou negativa (usando seu direito de silêncio). Também poderá fazer-se acompanhar de advogado (defesa técnica) que poderá agora intervir no final do interrogatório. Poderá, ainda, postular diligências e juntar documentos (art. 14 do CPP). Por fim, poderá exercer a defesa exógena através do habeas corpus e do mandado de segurança.

[...]

O ponto crucial nessa questão é o art. 5º, LV, da CF, que não pode ser objeto de leitura restritiva. A postura do legislador foi claramente protetora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria ser procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial, até porque o próprio legislador ordinário cometeu o mesmo erro ao tratar como “Do Processo Comum”, “Do Processo Sumário” etc., quando na verdade queria dizer “procedimento”. Tampouco pode ser alegado que o fato de mencionar acusados, e não indiciados, é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar.²⁹

Se alinhando com o pensamento defendido pela corrente minoritária, comprovando, desta forma, a contradição existente entre os tribunais superiores acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 14, estabelecendo 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.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça, desta vez também se alinhando com a corrente minoritária, ao julgar o RHC 34322, sustentou que:

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas-corpus. Nulidade do Inquérito Policial por Inobservância do Contraditório e Ampla Defesa. Habeas-corpus n.º 259930, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 23 de maio de 2013.

²⁹ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 170.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante n.º 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. In: _____ *Súmulas vinculantes*. Vade Mecum compacto, 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2018. p. 1.227.

Apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio e o de ser assistido por advogado.³¹

Sobreleva destacar, uma vez mais, que a corrente doutrinária majoritária faz uma interpretação restrita e/ou literal do artigo 5º, IV, da Constituição Federal, entendendo ser aplicável esta garantia somente a processos judiciais, enquanto, noutro giro, entende a corrente minoritária pela incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, visto defenderem que o mencionado dispositivo constitucional deve ser interpretado de forma mais ampla.

2.5.2 Alterações promovidas pela Lei 13.245/2016

A Lei n. 13.245/2016 alterou o artigo 7º do Estatuto da OAB, ampliando de forma significativa as prerrogativas do advogado no curso de procedimentos de investigação. Nesse contexto, torna-se importante esclarecer quais foram as principais mudanças geradas pela referida alteração.

O artigo 7º, do Estatuto da OAB traz um rol de direitos conferidos aos advogados. A Lei 13.245/2016 modificou o inciso XIV, e acrescentou o inciso XXI ao mencionado artigo.

Antes da alteração, o artigo 7º, XIV, do referido Estatuto, estabelecia constituir direito do advogado 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.

Como será visto adiante, essa antiga redação gerava algumas controvérsias e problemas práticos, em relação, principalmente, à possibilidade do exame de advogado nos autos, que não encontravam previsão expressa no mencionado dispositivo, assim como sua participação em atos praticados em outras instituições de investigação, que não fossem as repartições policiais.

Após a alteração, o mesmo inciso passou a prever que são direitos do advogado examinar em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual penal. Recurso Ordinário em Habeas-corpus. Prisão preventiva. RHC n.º 34322, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Brasília, DF, 2 de maio de 2014.

andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças, tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Ao comparar os dois textos, é possível observar três mudanças. Primeiramente, cumpre salientar que, em conformidade com o texto anterior, era direito do advogado examinar apenas autos de flagrante e de inquérito, e somente em repartição policial. A nova redação, por sua vez, deixa expressamente claro que os advogados possuem direito de examinar os autos de procedimento de investigação, não apenas na Polícia, mas em qualquer instituição que realize investigações de infrações como, por exemplo, o Ministério Público, e as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), entre outras.

Em segundo lugar, insta ressaltar que, com a alteração, o advogado passa a ter direito de acesso a investigações de qualquer natureza, e não somente aos autos de flagrante e inquéritos.

Assim sendo, agora não mais importa o nome que se dá ao procedimento da investigação, podendo o causídico ter acesso, por exemplo, ao inquérito policial militar; ao termo circunstanciado; ao boletim de ocorrência circunstanciado; e até ao procedimento de investigação criminal, que tramita no Ministério Público, já que o exame dos autos não se limita aos procedimentos que ocorrem em Unidades Militares ou repartições policiais.

Nesse contexto, como bem destaca Eduardo Luiz Santos Cabette³², os advogados, agora, tem direito de examinar, inclusive, autos de investigações que não sejam criminais, como por exemplo, Processos Administrativos; Sindicâncias; Inquérito Civil Público; ou qualquer apuração administrativa, uma vez que o artigo não faz qualquer ressalva.

Finalmente, o inciso em análise passou a prever a possibilidade de o advogado fazer cópias dos autos e realizar apontamentos, seja por meio físico ou meio digital, o que não constava na redação anterior, ou seja, atualmente é possível que o advogado tire fotos dos documentos existentes nos autos da investigação, que porventura lhe interessem.

No que se refere ao inciso XXI, e sua alínea “a”, que foi acrescentado ao artigo 7º do Estatuto, esse conferiu mais direitos aos advogados, que passaram a ter, de forma expressa e clara, o direito de estar presente no interrogatório e nos depoimentos que forem colhidos durante a apuração de determinada infração, com o objetivo de auxiliar seu cliente que esteja sendo investigado e, de acordo com sua alínea “a”, além de estar presente nos atos de

³² 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 21 set. 2020.

apuração, o advogado tem o direito, também, de apresentar razões, ou seja, argumentar ou defender um ponto de vista, e, ainda, apresentar quesitos, seja durante o interrogatório/depoimento, ou por escrito, durante o curso do procedimento.

Nessa esfera, torna-se importante enaltecer que antes da promulgação da Lei 13.245/2016, os advogados, por vezes, tinham esse direito negado, sob o argumento de que não havia previsão legal, o que evidentemente não pode mais ocorrer, visto que o inciso em análise, além de prever expressamente tal direito, dispõe que, no caso de o advogado ter ele descumprido, tanto o interrogatório/depoimento, quanto os elementos investigatórios e probatórios decorrentes ou derivados dele, estão sujeitos à nulidade absoluta. Além disso, a autoridade responsável por negar tal direito, pode responder por abuso de autoridade.

Não se pode olvidar que, nos termos do que prevê o parágrafo 11, do artigo 7º, do Estatuto da OAB, nos casos em que existam elementos de provas relacionados a diligências em andamento, não documentadas nos autos, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado, quando houver risco de comprometimento da eficiência ou da finalidade das diligências, sem que isso configure desobediência ao inciso XIV, do mesmo artigo.

2.5.3 Incidência do Contraditório e da Ampla Defesa à luz da Lei 13.245/2016

A Lei 13.245/2016, que alterou o artigo 7º do Estatuto da OAB, surgiu com o objetivo de garantir a concretização de princípios e valores constitucionais, assegurando ao investigado a ampliação de seu direito de defesa na fase de investigação criminal preliminar.

A citada norma, ao acrescentar o inciso XXI ao Estatuto da OAB, que assegurou ao advogado o direito de: “assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos”, veio a reforçar no principal instrumento de apuração de infrações penais do ordenamento jurídico brasileiro, que é o inquérito policial, a garantia já prevista no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, onde consta que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Sendo o contraditório e a ampla defesa direitos fundamentais, sua interpretação deve ser a mais ampla possível, o que justificaria o entendimento do termo “acusados”, contido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, de forma geral, de modo que esse termo não pode limitar o exercício do contraditório na fase preliminar.³³

Nesse pensamento, assevera Aury Lopes Junior:

Sucedem que a expressão empregada não foi só acusados, mas, sim, acusados em geral, devendo nela ser compreendidos também o indiciamento e qualquer imputação determinada, pois não deixam de ser imputação em sentido amplo.³⁴

Importante ressaltar que o contraditório defendido em sede de inquérito policial não é o contraditório em sentido amplo, mas sim o contraditório em sua primeira fase, a fase de informação, visto que, em virtude das características da investigação preliminar, não é possível falar em contraditório pleno nessa fase. Isso ocorre porque um contraditório pleno poderia prejudicar a eficácia do inquérito policial, visto que em certos momentos da investigação o Estado deve se valer de ações sigilosas para alcançar a veracidade dos fatos.

Na análise de Fredie Didier Jr:

O contraditório não é resumo à participação no processo (ou nesse caso, no procedimento), não basta que a parte tenha o acesso à informação e a garantia de ser ouvida e poder se comunicar, mas é preciso que ela tenha a possibilidade real de influenciar a decisão e é isso que a Lei 13.245/16 busca resguardar com a maior participação do advogado na fase preliminar. Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que se reputa essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.³⁵

Parece, pois, que o melhor entendimento seria no sentido de considerar que a Lei 13.245/2016 *instaurou a ampla defesa e um contraditório mitigado* na fase preliminar da investigação, haja vista que ampliou os direitos de defesa do investigado quando impôs nulidade absoluta para oitivas formalizadas com obstrução da participação do advogado e a possibilidade deste apresentar razões e quesitos em benefício do investigado, podendo ainda fazer perguntas ao investigado durante o inquérito policial militar, aumentando assim a possibilidade de influenciar no convencimento da autoridade, uma das características do

³³ AGUIAR, Marina Stella; BORGES, Lidiane. *Os reflexos da ampliação das prerrogativas do advogado no Inquérito Policial COM A Lei nº 13.245/16: o que pesa sobre o caráter inquisitivo da investigação*. Disponível em: <<https://marinastella.jusbrasil.com.br/artigos/614606061/os-reflexos-da-ampliacao-das-prerrogativas-do-advogado-no-inquerito-policial-com-a-lei-n-13245-16-o-que-pesa-sobre-o-carater-inquisitivo-da-investigacao>>. Acesso em 21 set. 2020.

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 470.

³⁵ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2007, p. 43.

contraditório. O inquérito policial passou, assim, a ser fortemente marcado pelo direito de defesa, revelando uma preocupação do legislador em tornar o sistema penal mais democrático e pautado em valores constitucionais.

3 – CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou o tema do Contraditório e da Ampla Defesa à Luz da Lei 13.245/2016. Esta lei, que alterou o artigo 7º do Estatuto da OAB, de fato, buscou ampliar a participação do advogado nas fases pré-processuais de investigação, passando a prever a possibilidade do patrono do indiciado em inquérito policial militar, examinar os autos da investigação, fazer cópias e tomar apontamentos, inclusive por meio digital, estabelecendo, ainda, o direito de o advogado estar presente no interrogatório ou depoimento de seu cliente, e até apresentar razões, caso julgado necessário.

As mencionadas alterações causaram controvérsia no âmbito processual penal, em relação a possibilidade de os princípios do contraditório e da ampla defesa incidirem ou não na fase de inquérito policial militar, e se este teria abandonado seu caráter inquisitório, convertendo-se em acusatório por conta da maior participação do advogado, outorgada pela Lei.

No entanto, conforme demonstrado ao longo do presente artigo, verificou-se que as mudanças efetivadas pela Lei nº 13.245/2016, não implantaram, de forma plena, os institutos do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial militar, e nem tampouco o sistema inquisitorial deixou de ser observado no citado procedimento preliminar.

O que ocorreu, na verdade, foi que *a citada lei instaurou a ampla defesa e um contraditório mitigado na fase preliminar de investigação*, aumentando a possibilidade da parte de influir no convencimento do juiz, haja vista que a extensão das prerrogativas do advogado ampliou, conseqüentemente, os direitos de defesa do investigado, não significando, todavia, que essa incidência mitigada tenha significado que o inquérito perdeu a sua natureza inquisitiva e nem que se transformou em um sistema acusatório, pois as novas prerrogativas constituem direito do causídico, ou seja, podem ou não ser exercidas por ele, de forma a gerar nulidade nos atos apenas quando obstadas pela autoridade responsável por presidir o inquérito.

Pode-se inferir, desta forma, que o advento da Lei 13.245/2016 buscou trazer avanços quanto à observância das garantias e direitos fundamentais que já estavam previstos na Constituição Federal, proporcionando um viés mais garantista ao inquérito policial militar, ao propiciar a incidência, ainda que de forma mitigada, dos princípios do contraditório e da ampla defesa em sede de inquérito policial.

Logo, foi possível identificar que a proposta inicial realizada acerca do problema científico foi respondida, pois foi alcançado o objetivo geral de demonstrar se houve incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial militar à luz da

Lei

nº

13.245/2016.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Marina Stella; BORGES, Lidiane. *Os reflexos da ampliação das prerrogativas do advogado no Inquérito Policial COM A Lei nº 13.245/16: o que pesa sobre o caráter inquisitivo da investigação.* Disponível em: <<https://marinastella.jusbrasil.com.br/artigos/614606061/os-reflexos-da-ampliacao-das-prerrogativas-do-advogado-no-inquerito-policial-com-a-lei-n-13245-16-o-que-pesa-sobre-o-carater-inquisitivo-da-investigacao>>. Acesso em 21 set. 2020.

AGUIAR, Vinicius Novais de; NASCIMENTO, Gustavo Henrique Coimbra do. *Contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial.* *Boletim Jurídico*, Uberaba, ano 31, n.º 1666, jul. 2019. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-penal/4620/contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em 20 set. 2020.

ALVES, Willian Dal Bosco Garcez. *Comentários sobre a Lei 13245.* 15 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.a12.com/artigos/detahes/sobre-o-conceito-etico-de-mistanasia>>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Penal. Habeas-corpus. Nulidade do Inquérito Policial por Inobservância do Contraditório e Ampla Defesa. Habeas-corpus n.º 259930, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 23 de maio de 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual penal. Recurso Ordinário em Habeas-corpus. Prisão preventiva. RHC n.º 34322, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Brasília, DF, 2 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. *Habeas-corpus*. Desacato. Trancamento de Ação Penal. Habeas-corpus n.º 83.233, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 19 de março de 2004.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2016.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Manual de Processo Penal*. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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 21 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Advogado é importante no inquérito policial, mas não é obrigatório. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>. Acesso em: 21 set. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DEZAN, Sandro Lucio. *Direito administrativo disciplinar: princípios fundamentais*. v. 1. Curitiba: Juruá, 2013. p. 206.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2007.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2021.

GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MANZANO, Luis Fernando de Moraes. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. 3 ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.