



Acabou com “inquisição” do inquérito

No último dia 12 de janeiro foi publicada a Lei 13.245/2016, alterando o

artigo 7º da Lei 8.906/1994. Penso que a lei trata de dois temas distintos: o primeiro objeto é a ampliação da regulamentação legal acerca do acesso do advogado aos autos da investigação (policial ou a cargo do ministério público), estabelecido agora na nova redação do artigo 7º, XIV e nos parágrafos 10, 11 e 12, prevendo inclusive a responsabilização criminal e funcional para quem impedir o acesso com intuito de prejudicar o direito de defesa. Até aqui pouco se avançou em relação ao direito de acesso/informação, eis que já assegurado pela Sumula Vinculante 14 e o próprio artigo 5º, LV da Constituição. O segundo ponto tratado pela Lei acabou virando o ponto nevrálgico das discussões, vejamos a redação do inciso XIX:

XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

- a) apresentar razões e quesitos;

Primeira questão: pode-se afirmar que acabou o caráter "inquisitório da investigação"?

Não, definitivamente, não. Primeiramente porque o que demarca o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de quem decide (acúmulo de funções). Em se tratando de sistema processual, a figura do juiz-ator, com poderes para determinar a produção de provas de ofício, é a marca característica do sistema inquisitório. Já a figura do juiz espectador e a gestão da prova nas mãos das partes, funda o sistema acusatório. Sobre isso já falei a exaustão sendo desnecessário problematizar acerca de tradicionais reducionismos.

Mas e no inquérito? Como sói ocorrer na maior parte dos sistemas de investigação preliminar, continua sendo inquisitório, pois incumbe ao delegado (ou MP) presidir o procedimento, praticar atos de investigação e também decidir nos limites legais, respeitando a reserva de jurisdição. Sim, o delegado (ou o MP nos países que adotam esse modelo) toma diversas decisões ao longo da investigação e ele



mesmo realiza os atos de investigação, acumulando papéis. Nada anormal nisso em se tratando de investigação preliminar.

Portanto, o fato de "ampliarmos" (timidamente) a presença do advogado, fortalecendo a defesa e o contraditório (precário, pois manifestado apenas no seu primeiro momento, segundo a concepção de Fazzalari, que é o da informação) não retira o caráter inquisitório do inquérito. Como muito poderíamos falar em mitigação (mas não me parece plenamente correto), considerando que publicidade/segredo, defesa/ausência, contraditório ou não, são elementos satelitários que orbitam em torno do núcleo fundante (gestão/iniciativa da prova). Não são eles que fundam o sistema, pois são elementos secundários que – em tese – podem se unir a um núcleo ou a outro.

E a presença do advogado no interrogatório?

Já era algo recorrente e, em geral, de tranquila aceitação por parte das autoridades policiais. A nova lei veio reforçar essa prerrogativa já prevendo a 'nulidade absoluta' desse ato e subsequentes, quando obstaculizada. A grande discussão é: a nova lei sanciona quando é vedada ou obstaculizada a presença do advogado, ou ela veio exigir 'sempre' a presença do defensor, sob pena de nulidade? Eis o ponto de maior discussão, pois a valer a primeira situação, muito pouco ou quase nada realmente muda.

Mas, se vingar a segunda interpretação (presença obrigatória do advogado sob pena de nulidade), realmente teremos uma mudança relevante, mas que irá gerar muita resistência, especialmente diante da impossibilidade de a defensoria pública dar conta da demanda e também porque vai criar um grande obstáculo para a atuação policial nessas situações (em que não há defensor constituído presente).

Penso que a mudança é necessária e a lei veio para isso, até porque o advogado é indispensável à administração da justiça, portanto, entendo que ninguém pode ser interrogado na polícia sem a presença do advogado (público ou constituído). E se isso não for possível? Que a autoridade policial consigne que deixou de realizar o interrogatório diante da ausência de defensor. Neste caso, nada impede que posteriormente, já devidamente assistido, o investigado seja interrogado. Essa é a minha posição e também a solução para o argumento da 'falta' de defensores públicos neste momento.

Mas esse direito de assistir o investigado significa que o advogado deva estar presente em todas as oitivas de testemunhas? Entendo que essa seria uma interpretação excessivamente elástica e incompatível com a própria natureza da investigação. O que a lei assegura é a prerrogativa do advogado (tanto que altera a Lei 8.906 e não o CPP) de assistir ao cliente em sua oitiva. Em momento algum estabelece que a presença do advogado é imprescindível na oitiva de todas as testemunhas e vítima(s), até porque isso seria incompatível com a natureza, objeto e finalidade da investigação preliminar.

Ademais, constituiria uma inútil duplicidade de 'instruções', com o gravíssimo e perigoso inconveniente de transformar o que é 'mero ato de investigação' — de limitado valor probatório, portanto — em 'ato de prova', mas sem a garantia da jurisdicionalidade, ampla defesa, pleno contraditório, publicidade etc. Sabemos todos, ou quase todos, que os atos do inquérito não são "prova"^[1], senão que possuem uma função endoprocedimental e não se dirigem à sentença, senão a legitimar os atos internos do procedimento e a formar a *opinio delicti* do acusador, exatamente como contrapeso à falta de jurisdicionalidade e demais limitações. Portanto, a nova lei não transforma o inquérito em uma 'instrução' na qual deva participar e ser comunicado, de todos os atos, o advogado. Não foi tão longe e



nem poderia.

E a previsão de 'nulidade absoluta' (quando o advogado for impedido de participar do interrogatório ou não estiver presente)? É a proposta mais avançada desta lei, em que pese deve-se ser algo óbvio... Se é uma nulidade absoluta, seguindo o senso comum teórico que adota essa classificação (prefiro nulidade sanável ou insanável), ela pode ser conhecida de ofício, a qualquer momento, não se convalida pela preclusão e independe de demonstração de prejuízo. Estou inteiramente de acordo e mais, não vejo como 'relativizar' essa nulidade diante da expressa previsão legal (nulidade cominada). Ou seja, como extrair do texto 'sob pena de nulidade absoluta', que essa nulidade pode ser 'relativa', e invocar a famigerada (civilista e inadequada) teoria do prejuízo[2]? Hermeneuticamente, impossível, dada a incompatibilidade com os limites semânticos e a consagrada e pacificada atribuição de sentidos (exceto, portanto, para aqueles que pensam ser legítimo dizer qualquer-coisa-sobre-qualquer-coisa, como adverte Streck). Mas, fazendo um exercício de futurologia, temo que os tribunais brasileiros, infelizmente, deem um jeito de 'relativizar' essa nulidade... Portanto, interrogatório policial feito sem a presença do advogado (seja porque impedido, seja porque não estava presente) é nulo e, portanto, deve ser proibida a valoração probatória e desentranhado.

Mas a ousadia legislativa foi além, prevendo que os atos subsequentes, decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, também sejam anulados. Aqui o legislador já estabeleceu a aplicação da teoria da nulidade derivada, ou princípio da contaminação, genericamente estabelecido no artigo 573, parágrafo 1º do CPP. De certa forma, a previsão seria até desnecessária, mas considerando a dificuldade de efetivação, é aceitável o reforço. A discussão será, na prática, deslocada para a existência ou não de nexos causal. É aqui que virá a já conhecida relativização, com as capengas teorias da descoberta inevitável e da fonte independente, *ex vi* artigo 157.

Por último, vejo com muito bons olhos a previsão expressa de que a defesa possa apresentar razões e indicar quesitos nas eventuais perícias feitas. Não se trata propriamente de uma grande inovação, na medida em que o art. 14 do CPP já dava espaço para isso, mas sem dúvida vai reforçar a participação da defesa e sua efetividade. Se bem empregada a faculdade, é possível fazer uma defesa escrita no final da investigação e postular, nos casos em que seja viável, o futuro pedido de arquivamento pelo Ministério Público ao Juiz, já que nem a polícia, nem o MP, podem arquivar os autos da investigação instaurada. Então é uma faculdade importante e que deve ser bem manuseada conforme a estratégia defensiva.

Concluindo, a nova lei não é a revolução copérnica da investigação, tampouco acaba com seu caráter inquisitório ou estabelece o pleno contraditório. Ela contribui para a ampliação, tímida, do espaço defensivo na fase pré-processual, mas ainda está muito longe de resolver os graves problemas da investigação preliminar já denunciado por nós alhures[3]. Vejamos agora como será a efetivação, não apenas pela autoridade policial, mas principalmente pelos tribunais, quando chamados a se manifestar em casos de violação.

[1] Já tratei, exaustivamente, da distinção entre atos de prova e atos de investigação, bem como do limitado valor probatório e da necessidade de exclusão física dos autos, na minha tese de doutorado (1996-1999) posteriormente de forma resumida no livro 'Investigação Preliminar no Processo Penal',



atualmente publicado pela editora Saraiva em coautoria com Ricardo Jacobsen Gloeckner.

[2] Tratamos disso na obra 'Direito Processual Penal', publicado pela Editora Saraiva, em capítulo específico sobre as 'nulidades'. Também é imprescindível a leitura da obra 'Nulidades no processo penal', 2ª edição, Jus Podium, de Ricardo Jacobsen Gloeckner, a mais completa obra sobre o tema já publicada no Brasil.

[3] Na obra 'Investigação Preliminar no Processo Penal', publicada pela editora Saraiva.

Date Created

29/01/2016