

---

## APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL - BREVES ANOTAÇÕES SOBRE AS INOVAÇÕES DA LEI Nº 13.245 /2016 (ESTATUTO DA ADVOCACIA)<sup>1</sup>

Manoel Messias Peixinho<sup>2</sup>

### Resumo

As inovações oriundas da lei 13.245/2016 ampliaram os direitos do advogado que atua nos inquéritos policiais. Com a nova legislação, o advogado tem o pleno acesso ao inquérito com a finalidade de instruir os seus clientes e, consequentemente, melhor preparar a defesa técnica na fase processual oportuna. O aperfeiçoamento do inquérito com vista a buscar a verdade material e o controle da atividade de investigação policial são, também, objetivos regulados pela nova legislação. Ainda que se possa discordar da tese que defende a obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, a lei 13.245/2016, contudo, introduziu regras jurídicas que preservam as garantias indispensáveis à consolidação do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.

**Palavras-chaves:** inquérito policial; lei 13.245/ 2016; direito ao contraditório e à ampla defesa; garantias fundamentais; direito fundamentais.

### INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é examinar as inovações oriundas da lei 13.245/2016, que alterou o artigo 7º da Lei 8.906/1994 e concedeu novos direitos ao advogado, quais sejam, o acesso aos inquéritos policiais, a assistência aos clientes durante os interrogatórios e a prerrogativa de apresentar razões e quesitos. No Projeto de Lei aprovado pelo Parlamento havia, ainda, a proposta de ser introduzida a alínea “b” no inciso XXI do artigo 7º da lei nº 8.906/1994 na qual seria franqueado ao advogado o direito de “requisitar diligências”. Porém, tal prerrogativa foi vetada pela Presidenta da República sob o argumento de que:

da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de

---

<sup>1</sup> Agradeço a ajuda do querido amigo João Carlos Castellar que, pacientemente, leu este artigo e me fez algumas sugestões valiosas. Dedico este artigo aos advogados criminalistas que muito admiro, dentre os quais: Nilo Batista, Heleno Fragoso, João Carlos Castellar Pinto, Marcia Diniz, Técio Lins e Silva, Carlos Eduardo de Campos Machado, Fernanda Tórtima, João Ricardo Wanderley Dornelles, Carlos Lube, João de Baldaque Mestieri, Wallace Martins e Paulo Freitas Ribeiro.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Realizou pós-doutorado na Universidade de Paris X. Professor do Departamento do Direito da PUC-RIO e do Programa de Mestrado da UCAM-RJ. E-mail: peixinho@mcp-advogados.com.br

Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea 'a', do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição.

Porém, o veto presidencial não retirou da nova legislação a relevância jurídica. Antes, é inequívoco que os novos direitos adquiridos pela advocacia representam não somente uma vitória de classe, mas, também, um notável avanço dos direitos e garantias fundamentais.

A despeito de todas as virtudes advindas com a nova legislação há um problema teórico a ser considerado: os direitos assegurados ao advogado pela lei 13.245/2016 criaram no inquérito policial os princípios do contraditório e da ampla defesa? Há duas hipóteses que podem ser respondidas provisoriamente. A primeira hipótese é que com as novas disposições normativas, os princípios do contraditório e da ampla defesa devem ser observados no inquérito policial. A segunda hipótese é que a lei 13.245/2016, ainda que tenha previsto a observância de garantias fundamentais inerentes ao devido processo legal, não instituiu a exigência dos princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial no mesmo sentido e extensão em que os referidos princípios são aplicáveis ao processo judicial. Ao final deste artigo será demonstrada qual das duas hipóteses será mais razoável de ser aceita à luz da doutrina e da jurisprudência brasileiras.

A metodologia utilizada será baseada nos princípios norteadores do Direito Administrativo. É importante ressaltar que a despeito do tema abranger o Direito Processual Penal, o estudo do inquérito policial neste trabalho é definido como ato administrativo e somente de forma indireta serão abordados pontos peculiares ao Processo Penal. É claro que a delimitação do escopo do tema não pode afastar a citação de obras de Direito Processual Penal, mas não é o propósito deste ensaio aprofundar a discussão sobre as diversas correntes do Processo Penal.

As fontes pesquisadas são exclusivamente bibliográficas com uma abordagem que privilegia o Direito Administrativo e o Direito Constitucional.

## O DIREITO DO ADVOGADO DE EXAMINAR OS INQUÉRITOS POLICIAIS

A lei 13.245/2016 alterou o artigo 7º da lei 8.906/1994 e incluiu o inciso XIV para conceder ao advogado o direito de “examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital”.

O inciso em comento ampliou, por sua vez, o elenco existente no inciso XIII do Estatuto que já previa o direito do advogado de “examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam

sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos”. Porém, como o inciso XIII não incluía, expressamente, o inquérito policial no rol dos atos administrativos aos quais o advogado teria o direito de acesso, existia uma interpretação restritiva e não extensiva do dispositivo originário. A meu sentir não havia dúvida que o inciso XIII do Estatuto já concedia ao advogado o direito de acesso ao inquérito policial. Todavia, as negativas reiteradas por parte de certas autoridades policiais que obstavam ao advogado o direito de ter acesso aos inquéritos policiais foi o motivo determinante (*mens legislatores*) para que a recente lei explicitasse de forma inconteste que o inquérito policial não pode ser excepcionado do rol de direitos indispensáveis à defesa do cliente. Neste caso prevaleceu a necessidade que fosse positivada a expressão “inquérito policial” no rol de documentos a que o advogado tem o direito de acesso para suplantar uma legalidade restritiva,<sup>3</sup> fundada em uma hermenêutica legalista e superada.

O novel dispositivo legal garante ao advogado o exame, sem restrição, de autos de flagrante ou investigação, o que retira da autoridade policial qualquer margem de discricionariedade na decisão de conceder ou não ao advogado o pleno acesso ao procedimento<sup>4</sup> investigatório. O direito de acesso a documentos públicos é uma garantia indispensável à transparência administrativa, ao controle responsável do interesse público, à participação procedimental, à imparcialidade e à transparência.<sup>5</sup>

## O DIREITO DO ADVOGADO DE ASSISTIR O SEU CLIENTE DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL

O inciso XXI, incluído no 7º pela lei 13.245/2016, concede 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”.

A legislação inovadora expandiu a participação do advogado no inquérito policial. Deve o advogado assistir ao seu cliente para que possa participar do inquérito com o pleno conhecimento dos fatos que são investigados e que possivelmente serão objeto de indiciamento ou de provas numa futura ação penal. É claro que numa investigação policial não há imputação de crime ou contravenção. O dispositivo legal garantidor dos

<sup>3</sup> O princípio da legalidade traduz a ideia da “submissão da Administração Pública à lei”, que “constitui o denominado princípio da legalidade, aceito universalmente, e é uma consequência do sistema e legislação escrita e própria da natureza da função administrativa” (FAGUNDES, 2010, p. 115).

<sup>4</sup> Para efeitos deste trabalho utilizam-se os termos procedimento e procedimento administrativo como sinônimo de ato administrativo a fim de que haja uma distinção clara com o processo administrativo.

<sup>5</sup> Sobre o princípio da transparência da ação administrativa e do acesso aos documentos administrativos (CARINGELLA, 2010, p. 301).

direitos do advogado amplia as garantias fundamentais em uma etapa pré-processual relevante e com provável repercussão na esfera da liberdade do investigado.

Porém, a legislação em destaque estabelece uma penalidade significativa caso haja inobservância do dispositivo em comento. Se for negado ao advogado o direito de assistir ao seu cliente durante a apuração das investigações incorrerá “nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados”.

A aplicação da teoria das nulidades no inquérito policial é prevista no Direito Administrativo e deve ser interpretada de forma que os atos administrativos eivados de nulidade parcial possam ser convalidados. Ou seja, a teoria dualista reconhece que há atos administrativos nulos e anuláveis (CARVALHO FILHO, 2015, p. 156-157). Os atos nulos são eivados de vício irreparável e não se convalidam. Os atos administrativos anuláveis são convalidáveis porque parte do ato viciado pode ser aproveitado. Outro aspecto da teoria das nulidades que cabe destacar se refere ao princípio denominado *pas de nullité sans grief* (não há nulidade se não houver prejuízo).<sup>6</sup> Para Tourinho Filho (1999, p. 118) “para que o ato seja declarado nulo é preciso que haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexo efetivo e concreto. Se a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade”. A nulidade não pode consentir com a má-fé daquele que contribuiu com a prática do próprio ato viciado. Todavia, o novel dispositivo deve ser interpretado *cum grano salis* nos casos de decretação da nulidade do inquérito policial. Entendo, em tese, que a simples ausência do advogado no interrogatório enseja a nulidade absoluta do procedimento por ser uma garantia indispensável à segurança e à lisura do inquérito policial. Porém, se o ato viciado, no exame do caso concreto, for passível de convalidação, a autoridade policial, de ofício ou a requerimento, poderá anular parcialmente o interrogatório naquela parte em que o vício for sanável. Mas se a contaminação do ato viciado for constatada na integralidade do interrogatório não haverá possibilidade de convalidação e todos os atos praticados durante e posteriormente ao interrogatório serão absolutamente nulos.

No dispositivo em comento há, ainda, a garantia do advogado de “apresentar razões e quesitos” no inquérito policial. As razões podem ser escritas ou orais, mas é preciso que seja feita uma interpretação conforme o instituto estudado. As razões são argumentos jurídicos que podem ajudar na condução do inquérito, ou seja, o advogado pode requerer que a autoridade policial chame o feito administrativo à ordem para:

1. arguir vícios que possam provocar nulidade;
2. suscitar dúvidas;
3. esclarecer pontos obscuros ou contraditórios;
4. outros aspectos considerados relevantes.

<sup>6</sup> Sobre a teoria das nulidades no processo administrativo, cf. (RIVERO, e WALINE 1996, p. 231).

A autoridade policial poderá indeferir os requerimentos apresentados pelo advogado, desde que motive a sua decisão, sob pena de nulidade e abuso de autoridade.

A apresentação de quesitos se dá quando houver perícia na fase do inquérito policial. Neste caso, o advogado poderá requerer a produção de prova pericial e apresentar quesitos ou simplesmente apresentar quesitos quando a prova pericial for determinada de ofício pela autoridade policial. Há duas observações a serem feitas neste ponto. A primeira é que o direito de apresentar quesitos não pode ser indeferido, sob pena de nulidade do procedimento de investigação e a consequente ocorrência de abuso de autoridade. O segundo aspecto relevante é que o requerimento de perícia pelo advogado pode ser indeferido motivadamente porque a nova legislação não previu expressamente o direito do advogado ter produzida a prova pericial em favor da investigação. Aliás, tal raciocínio seria absurdo porque mesmo em sede jurisdicional a produção de qualquer prova pode ser indeferida, desde que motivada.

## O SIGILO NO INQUÉRITO POLICIAL

O §10 introduzido no artigo 7º da lei 13.245/2016 prevê os casos de sigilo no inquérito policial: “nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV”. Os inquéritos em sigilo somente podem ser disponibilizados para o advogado que assiste os seus clientes com o instrumento de procuração e, como consectário lógico, advém a responsabilidade do casuístico se der publicidade às informações sigilosas. Contudo, o sigilo é uma exceção constitucional, nos termos do artigo 5º, inciso XXXIII, quer dizer, “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

A interpretação do dispositivo constitucional é clara no sentido que o sigilo deve ser exceção e a publicidade dos atos estatais é a regra. Destarte, a decisão que declara o sigilo deve ser fundamentada no interesse público. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afasta a mera alegação de sigilo para negar acesso do advogado ao inquérito policial. O Ministro Gilmar Mendes sintetiza com precisão o entendimento do STF sobre a matéria:

Com relação à argumentação expendida pelo acórdão recorrido no sentido de que o inquérito policial seria procedimento investigatório e inquisitorial não envolto pelo contraditório, é pertinente traçar algumas considerações. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal (STF) tem assegurado a amplitude do direito de defesa mesmo que em sede de inquéritos policiais e/ou originários. Nesse particular, em especial no que concerne ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais, destaco os seguintes julgados: “Ementa: advogado. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia

das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituente” - (HC no 88.190/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, unânime, DJ 6.10.2006). “Ementa: I. Habeas corpus prejudicado dado o superveniente julgamento do mérito do mandado de segurança cuja decisão liminar era objeto da impetração ao Superior Tribunal de Justiça e, em consequência, deste. Habeas corpus: inviabilidade: incidência da Súmula 691 (‘Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar’). III. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial. 1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio. 2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade. 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar e lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório. Habeas corpus de ofício deferido, para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, com as ressalvas mencionadas” - (HC nº 87.827/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, unânime, DJ 23.6.2006). Em idêntico sentido, registro ainda o julgamento do HC nº 88.520/AP (Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, maioria, julgado em 23.11.2006, acórdão pendente de publicação), no qual, uma vez mais, o Plenário definiu novas amplitudes constitucionais com relação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório (CF, art. 5º, incisos LIV e LV). Da leitura dos precedentes colacionados, verifica-se que tais julgados respaldam a tendência interpretativa de garantir aos investigados e indiciados a máxima efetividade constitucional no que concerne à proteção dos direitos fundamentais mencionados (CF, art. 5º, LIV e LV). Destarte, nos termos da jurisprudência colacionada, entendo não haver razão jurídica plausível para que a Corte Especial do STJ indefira pedido de juntada do laudo pericial requerida pela defesa do ora paciente. Ressalvado melhor juízo quando da apreciação de mérito, constato a existência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar pleiteada (*fumus boni juris e periculum in mora*). Ante os fundamentos expostos, defiro o pedido de medida liminar para determinar a juntada dos expedientes 00127270/2007 e 00126577/2007 aos autos do Inquérito no

544/BA, em trâmite perante o STJ. Nessa extensão do deferimento, o representante do Ministério Público Federal oficiante deverá ser oportunamente intimado da juntada da documentação referida. Após, abra-se vista ao Procurador-Geral da República (RI/STF, art. 192). Publique-se. Brasília, 6 de novembro de 2007. Relator Ministro Gilmar Mendes. Medida Cautelar em Habeas Corpus 92.599-5. Bahia - Relator: Min. Gilmar Mendes (Destaquei).

A extensa colação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal supracitada comprova que não há qualquer fundamentação constitucional para que seja imposto ao advogado sigilo no decorrer do inquérito policial. Por conseguinte, à luz de uma interpretação conforme a Constituição,<sup>7</sup> não há qualquer obrigação de ser observado o sigilo no âmbito do inquérito policial.

### LIMITAÇÃO DE ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO INQUÉRITO POLICIAL

O acesso do advogado à plenitude do inquérito, previsto no inciso XIV, sofreu restrição no §11 introduzido no artigo 7º da lei 13.245/2016 ao positivar que “no caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências”.

Este dispositivo cria uma discricionariedade que deveria ser evitada. É claro que há muitas autoridades policiais sérias e razoáveis, porém os dispositivos inovadores deveriam especificar com maior detalhamento os casos de risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências, uma vez que poderão existir conflitos se a autoridade policial restringir o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências com base numa avaliação subjetiva ao interpretar discricionariamente o “risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências”. Neste caso, para que a discricionariedade não se transforme em arbítrio,<sup>8</sup> a autoridade policial deverá motivar a decisão que limita o acesso do advogado aos documentos protegidos em nome da “eficiência, eficácia ou finalidade das diligências”.

A exigência de fundamentação das decisões das autoridades policiais decorre de exigência legal, conforme se verifica no §6º do artigo 2º da lei nº 12.830, que regula a investigação criminal conduzida por autoridade policial: “o indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”. A limitação do sigilo no inquérito policial deve ser fundamentada no interesse *pro societate* ou no princípio da supremacia do interesse público. Todavia, estes princípios não são absolutos e não devem ser utilizados de forma a violarem os direitos fundamentais dos investigados. Ressalte-se, ainda, que a despeito da investigação não ser uma imputação de conduta penal ilícita, há, por outro lado, uma notável carga coercitiva que recai sobre o acusado. A invocação do

<sup>7</sup> Sobre a interpretação conforme a Constituição, cf. (PEIXINHO, 2015a, p. 67).

<sup>8</sup> Sobre a relação entre discricionariedade e arbitrariedade, cf. (GARCIA DE ENTERRÍA, 1995, p. 151).

princípio do interesse público sobre as garantias individuais sem que haja uma compreensão clara dos efeitos nefastos que podem decorrer de uma investigação policial descomprometida com os direitos fundamentais é absolutamente inconstitucional e nula de pleno direito.

O princípio da supremacia do interesse público interpretado de forma extremada viola os direitos fundamentais e faz parte de uma hermenêutica caduca e autoritária.<sup>9</sup> São infundados os argumentos esposados por uma interpretação que defenda um modelo de supremacia do interesse público que sacrifique os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. A hermenêutica dos direitos fundamentais à luz da teoria e do método axiológico está fundada num sistema de valores em que a Constituição ocupa um lugar de proeminência. Os valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da justiça, dentre outros, são referenciais que norteiam a aplicação cotidiana dos profissionais do direito.<sup>10</sup> Assim, devem ser rechaçados argumentos de autoridade doutrinária ou jurisprudencial que sustentam de forma assistemática ou descontextualizada a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sem que haja um exercício de ponderação com os direitos fundamentais que estão sendo sacrificados.

## IMPEDIMENTO DE ACESSO DO ADVOGADO AO INQUERITO POLICIAL E ABUSO DE AUTORIDADE

O parágrafo §12 introduzido no artigo 7º da lei 13.245/2016 garante a efetividade da nova regulação jurídica em caso de inobservância ao disposto no inciso XIV, ou seja, “o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente”.

O dispositivo em epígrafe protege o advogado contra um possível abuso de autoridade porque tipifica a conduta da autoridade policial que possa subtrair peças do inquérito policial para obstaculizar a atividade do advogado. A nova legislação prevê a hipótese de abuso de autoridade que “consiste no exercício reprovável de competências administrativas que traduzem o poder de coação física, de modo a produzir violação de direitos fundamentais de um particular atinentes à sua dignidade, patrimônio e liberdade” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1107). Porém, além da responsabilização por abuso de autoridade, a autoridade policial ou quem lhe faça as vezes, também deverá responder a processo administrativo disciplinar por ter violado os princípios da boa-fé e da legalidade.

<sup>9</sup> Sobre a superação do princípio da supremacia do interesse público, cf. (ARAGÃO, 2012, p. 82).

<sup>10</sup> Sobre a aplicação da teoria e do método axiológicos, cf. (PEIXINHO, 2010b, p. 139-173).

---

**APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA  
NO INQUÉRITO POLICIAL**

---

**O Princípio do contraditório e da ampla defesa**

No Estado de Direito, o princípio do contraditório e da ampla defesa é garantia fundamental que está expresso no art. 5º, LV, da Constituição Federal: “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 do devido processo legal, por sua vez, abarca o princípio do contraditório e da ampla defesa e está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Esses dispositivos constitucionais garantem às partes a participação ativa no processo e as suas alegações são destinadas a esclarecer e convencer mediante a produção de todas as provas admitidas em direito.

Embora seja consagrada a expressão ampla defesa e contraditório, a noção de contraditório já se insere na ampla defesa, pois indica a possibilidade de contraditar argumentos e impugnar fatos oponíveis ao acusado. O direito de ampla defesa é constituído por um conjunto de valores que garante a efetividade dos direitos fundamentais. Há, assim, um núcleo material composto de direitos e garantias fundamentais que legitimam o direito de defesa. No plano formal, o direito de defesa é um bloco de normas procedimentais inserido no processo contencioso e não contencioso. No plano material, o direito de defesa integra um núcleo substancial de direitos fundamentais que legitima o Estado de Direito a partir dos valores democrático e republicano (FAVOREU, 2002, p. 271).

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou do poder sancionador do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas. O poder sancionador<sup>11</sup> deve respeitar o devido processo legal. É o que decorre do artigo 5º, LV, da Constituição e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os “direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interpretação de recursos nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio”.

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, decorre da bilateralidade do processo. Quando uma das partes imputa alguma acusação em detrimento de outra, há de ser ouvida também a parte acusada, dando-lhe a oportunidade de resposta e de se valer de todos os meios processuais inerentes a uma defesa técnica, a exigir, também: (1) notificação dos atos processuais à parte interessada; (2) possibilidade de exame das provas constantes do processo; (3) direito de assistir à inquirição de testemunhas; (4) direito de apresentar defesa escrita (DI PIETRO, 2013, p. 692-693).

---

<sup>11</sup> Sobre o Poder Sancionador, cf. OSÓRIO, 2000.

---

**Natureza jurídica do inquérito policial**

O Código de Processo Penal brasileiro prevê, no artigo 4º, que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

No direito brasileiro, segundo Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2009, p. 17), “o inquérito é um procedimento de índole eminentemente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal. Rege-se pelas regras do ato administrativo em geral”. Esta conceituação do inquérito policial é relevante porque não classifica o inquérito policial como processo, porque neste caso seria indispensável a presença do contraditório e da ampla defesa, mas classifica o inquérito na categoria geral de atos administrativos. O Delegado de Polícia é uma autoridade administrativa que atua vinculado aos princípios norteadores da Administração Pública, quais sejam, os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, motivação, dentre outros.<sup>12</sup> A definição do inquérito policial como ato administrativo tem respaldo no artigo 5º do Código de Processo Penal, a saber: “nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado: I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”. Ou seja, é típico das autoridades administrativas a atuação de ofício, sem provocação e por provocação de qualquer pessoa ou instituição.

Por outro lado, o inquérito policial é um procedimento administrativo que tem por finalidade subsidiar o Ministério Público com as provas colhidas na fase pré-processual para que possa ser proposta a competente ação penal, ainda que o Ministério Público não esteja vinculado aos elementos colhidos na investigação administrativa. Conforme salienta Marcellus Polastri Lima (1997, p. 88) “trata-se, à saciedade, de coleta direta de elementos de convicção pelo promotor para elaborar *opinio delictie*, se for o caso, oferecimento de denúncia”.

Vicente Greco Filho (1993, p. 82) entende que no inquérito policial não há qualquer juízo de culpa ou de pronúncia, como existe em outros países que adotam o denominado “juiz de instrução, presidido por um juiz que conclui sua atividade com veredicto de possibilidade, ou não, de ação penal”. A investigação no inquérito é um procedimento que colhe os elementos probatórios para um possível indiciamento. Porém, é certo que provas ilícitas, testemunhas fraudadas e outros atos atentatórios à dignidade da investigação podem ser utilizados no inquérito se não houver a fiscalização do advogado. Ora, ainda que não haja imputação de responsabilidade, existe, sem dúvida, uma atuação administrativa que poderá influenciar, respectivamente, o Ministério Público na possível denúncia e o Poder Judiciário no julgamento do acusado. Se o inquérito policial fosse um procedimento inofensivo os advogados não ingressariam com medidas judiciais com o fito de trancar inquéritos policiais, como se depreende deste precedente judicial:

---

<sup>12</sup> Sobre os princípios norteadores da Administração Pública, cf. PEXINHO, 2006c, p. 515-536.

Agravo regimental. Inquérito. Arquivamento de ofício pelo colegiado. Admissibilidade (vencido o Relator que admite o arquivamento até mesmo por decisão monocrática). Ausência de elementos informativos mínimos que autorizem sua instauração. Denúncia anônima e notícias genéricas extraídas da internet que não descrevem nenhum fato concreto. Inexistência de base empírica idônea para a abertura de investigação com relação ao detentor de prerrogativa de foro. Necessidade de controle de legalidade da persecução penal pelo Poder Judiciário. Recurso não provido. 1. A titularidade da ação penal pública e a atribuição para requerer o arquivamento do inquérito policial (art. 28 do Código de Processo Penal) não significam que todo e qualquer requerimento de instauração de inquérito formulado pela Procuradoria-Geral da República deva ser incondicionalmente atendido pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Ao Poder Judiciário, na sua precípua função de garantidor de direitos fundamentais, cabe exercer rígido controle de legalidade da persecução penal. 3. Assim como se admite o trancamento de inquérito policial, por falta de justa causa, diante da ausência de elementos indiciários mínimos demonstrativos da autoria e materialidade, há que se admitir – desde o seu nascedouro - seja coarctada a instauração de procedimento investigativo, uma vez inexistentes base empírica idônea para tanto e indicação plausível do fato delituoso a ser apurado. 4. Agravo regimental não provido. Inq. 3847 AgR / GO – Goiás. Ag.reg no inquérito. Relator (a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 07/04/2015. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação 08-06-2015. (Destaquei).

Como se observa na jurisprudência supracitada, o inquérito policial pode ser instaurado sem que haja um fato gerador idôneo, ou seja, sem justa causa. A investigação policial não é um procedimento imune à ocorrência de atos ilícitos e violadores das garantias fundamentais.

## O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE DEFESA NO ÂMBITO DO INQUÉRITO POLICIAL PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Jesús Vélez Loor vs Panamá* (sentença de 23 de novembro de 2010) reconheceu que é aplicável o devido processo legal aos processos judiciais e administrativos. Em síntese dos fatos, o senhor Jesús Vélez Loor foi preso pela polícia no dia 11 de novembro de 2002 porque não tinha os documentos necessários para permanecer no país. O diretor Nacional de Imigração expediu mandado de prisão e o transferiu para a Cadeia Pública de Palma. Por meio da deliberação 7306, de 06 de dezembro de 2002, o diretor Nacional de Imigração decidiu impor a pena de 2 (dois) anos de detenção ao senhor Jesús pelo motivo de ter sido deportado em 18 de setembro de 1996 por violação ao Decreto-Lei n.º 16. Por meio da deliberação 8230, 8 de setembro 2003, a sentença foi suspensa e em 10 de setembro de 2003, o senhor Jesús foi deportado para a República do Equador. Durante a permanência do senhor Jesús na prisão, o Estado reconheceu que houve as seguintes violações: (1) deficiências estruturais nos centros de detenção; (2) problemas de abastecimento regular água; (3) superlotação das prisões; (4) sistemas deficientes de detidos; (5) deficiências dos programas de reabilitação e educação.

Após ser deportado, o senhor Jesús notificou o Estado do Panamá com acusações de tortura e maus-tratos durante a sua detenção. O Estado reconheceu, parcialmente, a sua responsabilidade internacional pela

violação da Convenção Americana.<sup>13</sup>

A Corte Interamericana firmou entendimento que os Estados podem estabelecer políticas de imigração e mecanismos de controle de estrangeiros em seus territórios, desde que estas leis sejam compatíveis com as normas de proteção previstas na Convenção Americana. No caso específico, o Tribunal considerou que o Estado violou o artigo 7.3 da Convenção, combinado com o 1.1, porque a detenção foi ilegal com violação dos direitos fundamentais do aprisionado com clara violação ao artigo 7.6 da Convenção:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.<sup>14</sup>

O Tribunal também se convenceu que houve violação ao artigo 1.1 da Convenção:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.<sup>15</sup>

O Tribunal reconheceu que o senhor Jesús teve violado o direito de ter uma prestação de um serviço público de defesa legal e que nos procedimentos administrativo ou judicial que tenham por objeto uma decisão que envolva deportação, expulsão ou prisão, a garantia de defesa jurídica é indispensável, bem como o respeito ao devido processo legal. No caso específico, o ato administrativo punitivo que privou a liberdade do senhor Jesús não oportunizou o direito de defesa e nem o contraditório ao acusado.<sup>16</sup>

O precedente judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, segundo entendimento do professor Ruchester Marreiros Barbosa (2016) é importante porque impõe ao inquérito policial o respeito às garantias fundamentais e o Brasil está vinculado à Convenção Americana de Direitos Humanos 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), ao qual aderiu por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

Percebe-se, claramente, que o Direito Público e mais especificamente o Direito Administrativo, estão cada vez mais submetidos ao Direito Internacional. Segundo Roberto Dromi (2009, p. 46) não se trata de novos

direitos, mas de direitos que passaram a ser considerados universalmente à medida que os tratados internacionais vão sendo incorporados ao ordenamento jurídico dos Estados signatários nas condições de suas ratificações.

<sup>13</sup> Cf. [http://www.corteidlh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidlh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf). Acesso em 10.02.2016.

<sup>14</sup> Cf. [http://www.corteidlh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidlh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf). Acesso em 10.02.2016.

<sup>15</sup> Cf. [http://www.corteidlh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidlh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf). Acesso em 10.02.2016.

<sup>16</sup> Cf. [http://www.corteidlh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_218\\_esp2.pdf](http://www.corteidlh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf). Acesso em 10.02.2016.

---

## CONCLUSÃO

A participação do advogado no inquérito policial não significa que existe a garantia do contraditório e da ampla defesa, à semelhança do que ocorre no processo judicial. Contudo, ainda que não exista a dinâmica do contraditório e da ampla defesa, o inquérito policial, como espécie de ato administrativo, praticado por autoridade administrativa, exige a observância dos princípios norteadores da Administração Pública e dos direitos fundamentais.

As inovações que advieram da Lei nº 13.245/2016, que alteraram o Estatuto da Advocacia, foram resultado de verdadeiros embates entre autoridades policiais e advogados. Ao advogado, em muitos casos, era negado o acesso aos inquéritos policiais com base no velho dogma de que o inquérito policial é um procedimento exclusivamente inquisitorial. Contudo, bem antes da inovação legislativa que tornou obrigatório o acesso e atuação do advogado no inquérito policial, a Súmula Vinculante nº 14, do Supremo Tribunal Federal, aprovada no dia 02 de fevereiro de 2009, já havia mitigado este entendimento restritivo: “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.”

Ora, como se pode observar, a Súmula em destaque se refere, textualmente, a um direito de defesa em sede de inquérito policial. Não é um excesso do texto sumulado. A Suprema Corte entendeu que no inquérito policial há consequências constitucionais que afetam as garantias fundamentais.

O direito de acesso do advogado ao inquérito policial tem três aspectos importantes que devem ser considerados a partir da nova legislação. No primeiro aspecto o advogado tem o pleno acesso ao inquérito com a finalidade de instruir seus clientes e, conseqüentemente, melhor preparar a defesa técnica na fase processual oportuna. O segundo aspecto diz respeito à colaboração que o advogado pode dar no aperfeiçoamento do inquérito com vista a buscar a verdade material. É importante que a Autoridade Policial, a Magistratura, o Ministério Público e as instituições da sociedade civil compreendam que a Advocacia não se limita, exclusivamente, à prestação de serviço de natureza privada e econômica. A Constituição Federal de 1988 ao consagrar no artigo 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, não criou uma proteção corporativa, mas, ao contrário, concedeu ao advogado a missão de garantir a proteção dos direitos e garantias fundamentais da sociedade e do Estado de Direito. O terceiro aspecto relevante que justifica a participação do advogado no inquérito policial é permitir que haja um melhor controle da atividade de investigação policial para evitar

arbitrariedades e abuso de autoridade. Quando o advogado fiscaliza a atividade de investigação policial de seus clientes, além de atuar no interesse dos seus clientes, a exercer o controle de atos ilegais e arbitrários que possam ser praticados contra as instituições jurídicas. A proteção em concreto contra uma violação individual repercute na esfera coletiva das proteções fundamentais. Deve-se notar que o controle externo da atividade policial já é exercido pelo Ministério Público, o que não exclui, por evidente, a atuação fiscalizadora da Advocacia.

## APPLICABILITY OF THE PRINCIPLES OF THE CONTRADICTION AND FULL DEFENSE IN THE POLICE INVESTIGATION: BRIEF NOTES ABOUT THE INNOVATIONS OF LAW NO. 13,245 / 2016 (STATUTE LAW)

### Abstract

The innovations arising from the law 13,245/2016 expanded the rights lawyer who works in the police investigations. With the new legislation, the lawyer has full access to the investigation in order to instruct their customers and thus better prepare the technical defense at the appropriate procedural stage. Improving the investigation to seek the truth material and the control of the police investigation activity are also objectives regulated by the new legislation. Although one might conclude that there is no obligation of the contradictory and full defense in the police investigation, the law 13,245 / 2016 introduced legal rules that preserve the guarantees essential to the consolidation of the rule of law and fundamental rights.

**Keywords:** police investigation; law 13,245 / 2016; right to the contradictory and full defense; fundamental guarantees; fundamental right.

### REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Defesa em investigação criminal e administrativa**. Palestra proferida na Companhia de Estudos Jurídicos no dia 25 de janeiro de 2016.

CARINGELLA, Francesco. **Compendio di Diritto Amministrativo**. Roma: Dike, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, Jueces y Control de la Administracion**. Madrid: Ed. Civitas, 1995.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DROMI, Roberto. **Decrecho Administrativo**. 12. ed. Madrid-México: Ciudad Argentina – Hispania Livros, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAVOREU, Louis *et al.* **Droit des libertés fondamentales**. 2e. édition. Paris: Dalloz.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000.

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. **As Teorias e Métodos de Interpretação aplicados aos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

\_\_\_\_\_. GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Orgs.). **Os Princípios Constitucionais da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIVERO, Jean e WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 16e. Paris: Dalloz, 1996.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Podivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

*Trabalho enviado em 22 de abril de 2016.*

*Aceito em 03 de maio de 2016.*