

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Gabriele Prestes Dias

**A AUSÊNCIA DO ADVOGADO NOS ATOS DO INQUÉRITO
POLICIAL À LUZ DA TEORIA DAS NULIDADES COM BASE
NA LEI 13.245/2016**

Carazinho

2017

Gabriele Prestes Dias

**A AUSÊNCIA DO ADVOGADO NOS ATOS DO INQUÉRITO
POLICIAL À LUZ DA TEORIA DAS NULIDADES COM BASE
NA LEI 13.245/2016**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Esp. Rodrigo Graeff.

Carazinho

2017

Agradeço primeiramente aos meus pais, base da minha família. Obrigada por acreditarem em mim, pelo amor, pelo incentivo e apoio incondicional. Eu amo muito vocês. Agradeço ao meu irmão, pelo companheirismo, pela amizade e apoio, tenho certeza que posso contar com você para sempre, te amo. Dedico especial agradecimento ao meu orientador, Professor Esp. Rodrigo Graeff, pela atenção e incentivo. Obrigada por ter me ajudado e contribuído para o meu conhecimento e crescimento. Meus sinceros agradecimentos aos meus amigos e colegas, por terem feito parte desse momento da minha vida, me incentivando e torcendo pela realização dos meus objetivos. E a todos que de alguma maneira contribuíram nesta etapa. Gostaria que todos soubessem da minha enorme gratidão. A todos vocês, muito obrigada.

“De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto”.

Rui Barbosa

RESUMO

O estudo proposto objetivou analisar a possível ocorrência de nulidade absoluta, devido à inobservância do direito do advogado em assistir seu cliente durante os atos do inquérito policial, considerando todo o aparato procedimental que embasa os atos administrativos e processuais. Esta pesquisa é relevante, visto que com a nova Lei 13.245/16, criou-se uma prerrogativa ao profissional de Direito, sendo explícito que se esta não for observada poderá interferir na ação penal. Abordou-se questões relevantes do sistema de investigação preliminar brasileiro, tendo posteriormente apresentado a importância do advogado criminalista, principalmente no que se refere a resguardar os direitos e garantias constitucionais, além de explanadas a teoria geral das provas e as das nulidades. Constatou-se que sendo vedada a participação do advogado durante os atos do inquérito, há possibilidade de se declarar a nulidade absoluta, tendo como prerrogativa a demonstração do prejuízo, influenciando assim na ação penal.

Palavras-chave: Estatuto da Ordem Dos Advogados. Importância do Advogado. Inquérito Policial. Nulidades. Processo. Provas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	9
2.1 O Sistema de Investigação Preliminar: O Inquérito Policial	9
2.2 O Inquérito Policial em Consonância ao Princípio do Devido Processo Legal	17
2.3 Fundamento da Existência da Investigação Preliminar	19
3 FUNÇÃO DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DA DEFESA	22
3.1 Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil	22
3.2 A Importância do Advogado na garantia dos Princípios Constitucionais	24
3.3 Posição Ética do Advogado Criminalista e sua Importância	29
4 O ACOMPANHAMENTO DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL PELO ADVOGADO	35
4.1 Breve análise das Provas no Processo Penal Brasileiro	35
4.2 Teoria das Nulidades no Inquérito Policial	41
4.3 As consequências da inobservância do direito do advogado conforme a Lei 13.245/2016	47
5 CONCLUSÃO	54
6 REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar se há possibilidade de ocorrência de nulidade absoluta em decorrência da alteração do artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, no que tange a inclusão do inciso XXI, advinda pela Lei 13.245/2016, no meio jurídico processual penal. Nessa seara, é importante salientar que o sistema processual brasileiro, sobre o qual recai subsidiariamente as modificações é formado por garantias. Utiliza-se da persecução criminal para assegurar a estabilidade e a segurança coletiva, tendo como fase inicial o inquérito policial. A nova norma sobrepõe dúvidas a este procedimento, abrindo precedentes para a nulidade absoluta de elementos coletados nesta fase no devido processo legal, caso não seja oportunizado, ou seja vedada à presença do advogado no interrogatório ou depoimento do acusado durante a investigação. Fazendo-se necessário um posicionamento coerente sobre sua aplicação, sendo de grande importância para a garantia de procedimentos válidos, resguardando os direitos e garantias constitucionais.

A razão da escolha de respectivo tema se prende ao fato de apresentar grande relevância ao meio jurídico, tendo em vista que o sistema processual penal adotado no Brasil utiliza-se, na maioria das vezes, dos subsídios advindos do inquérito policial para a instauração do processo, portanto, é imprescindível uma análise aos princípios constitucionais, uma revisão da importância do inquérito policial ao processo, bem como de uma interpretação da norma, visto que os prejuízos inerentes a uma interpretação equivocada poderá acarretar danos irreparáveis ao processo e a manutenção da justiça.

O trabalho proposto pretende contribuir para o esclarecimento da forma que será aplicada essa alteração, garantindo a validade dos elementos da investigação e do processo. Dessa forma, buscar-se-á mostrar a importância de se fazer uma análise profunda a todo o aparato processual penal, para assim possibilitar uma interpretação monocrática, tendo em vista a estrutura atual do sistema, assegurando a efetiva aplicação das sanções penais, garantindo a ordem e a segurança pública.

Cumprindo-se salientar que, a doutrina dominante tem como pressuposto que o inquérito policial é um procedimento meramente informativo, administrativo e com valor probatório relativo, pois não se aplica os princípios do contraditório e da ampla

defesa. Entretanto, com a inclusão do inciso XXI, no artigo sétimo do Estatuto dos Advogados do Brasil, qual refere que, sendo vedada ou não oportunizado o acompanhamento dos atos do inquérito policial pelo profissional de direito, o interrogatório ou depoimento, bem como os elementos decorrentes destes, serão nulos, assim, coloca em dúvida o caráter procedimental jurídico do inquérito policial como peça meramente informativa para a instauração da ação penal, bem como da forma de aplicação e alegação das nulidades, independente da etapa de constatação.

Dessa forma, buscar-se-á verificar os fatores que concorrem positivamente para a decretação de nulidade absoluta, caso não seja levado em consideração às alegações constantes na norma explicitamente, não tendo como relativizar essa nulidade da expressa previsão legal, bem como, dos fatores que concorrem negativamente a essa forma de interpretação, considerando que a produção de elementos informativos de forma irregular deve ser desconsiderada, ou determinada a repartição a produção dos elementos investigatórios de forma regular, mas nunca sendo decretada à nulidade e nem a contaminação da ação penal.

Utilizar-se-á como método de abordagem, o dedutivo, passando por todas as premissas para se chegar a uma conclusão. O procedimento será realizado por meio de revisão de literatura, coletando-se documentos textuais, tais como artigos científicos, doutrinas relativas ao tema, legislação atualizada, procedendo-se a leitura dos documentos encontrados, para, a seguir, efetuar a textualização dessa monografia a partir das deduções percebidas.

No primeiro capítulo pretendeu-se aduzir as principais características do modelo de investigação preliminar adotado no processo penal brasileiro, o Inquérito Policial, elencando os pontos mais importantes sobre esse procedimento. Posteriormente, faz-se observação da consonância do inquérito ao princípio do devido processo legal, demonstrando sua importância diante do sistema processual penal. Por fim, traz-se o fundamento da existência da investigação preliminar.

No segundo capítulo, aborda-se a função do advogado no exercício da defesa com explicações sobre o surgimento e importância do Estatuto dos Advogados e da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como apresentada a função do advogado para resguardar a garantia de princípios constitucionais. Enfim, enfatiza-se a relevância da posição ética e a importância do advogado criminalista,

realizando uma pesquisa histórica ao período colonial brasileiro, no que se refere à inquisição.

No terceiro capítulo, abordam-se inicialmente questões pertinentes às provas no processo penal, seus meios de obtenção, bem como de sua vedação quando ilícitas. Logo após, tratou-se da teoria das nulidades, explanando suas classificações, diferenças, modo de aplicação no processo quando declarada e, em especial, a possibilidade ou impossibilidade de nulidades na investigação preliminar observando o que dispõe a Lei 13.245/2016.

2 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Estado tem como função essencial o dever de garantir a segurança e o bem estar à sociedade, pois o homem, ao aceitar o pacto social, lhe declinou parcela de seus direitos de liberdade e autodeterminação, afastando a autodefesa, nos casos de ameaça ou lesão de seus direitos.

Em vista disso, quando ocorre a descoberta da prática de fato delituoso é que se desenvolve a *persecutio criminis*, nascendo a possibilidade do *jus puniendi* estatal por meio do processo. A persecução criminal é o caminho adotado pelo Estado para atingir ao seu objetivo de punir quem violou bens jurídicos que modificam de maneira significativa a estrutura social. Esse fato é considerado uma infração penal, qual o Estado tem o dever-poder de punir o autor, objetivando garantir a estabilidade e a segurança coletiva, como prevê a Constituição Federal.

O caminho da persecução utiliza-se de duas etapas durante a apuração de infrações penais, a primeira, conhecida como investigação criminal, de caráter inquisitivo, que utiliza o inquérito policial para este fim, e a segunda, submissa ao contraditório e à ampla defesa, denominada de fase processual.

2.1 O Sistema de Investigação Preliminar: O Inquérito Policial

A investigação preliminar é de responsabilidade do Estado, que adota o modelo de investigação realizada pela Polícia Judiciária, conforme descrito no artigo 2¹ e § 1^{o2} da Lei 12.830/2013. Recebe a atribuição de investigar e averiguar os fatos constantes na notícia-crime, atuando como titular da investigação preliminar.

Conforme ensina Tourinho Filho (2003, p. 192), o inquérito é o conjunto de diligências realizadas para apurar infrações penais e buscar por sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. Ficando o modo de instauração

¹ Lei 12.830/13 - Art. 2º: As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

² Lei 12.830/13 - Art. 2º, §1º: Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

na dependência da forma da ação, se pública ou privada, condicionada ou incondicionada.

Segundo Lopes Junior (2012, p. 206), esse instrumento é tido como principal, mas não como único meio de investigação, pois, para os crimes de menor potencial ofensivo, aqueles cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, utiliza-se o Termo Circunstanciado.

Ainda segundo Lopes Junior, entende-se que o termo circunstanciado seria um inquérito simplificado, pois em regra os crimes de menor potencial ofensivo não exigem maiores detalhamentos nas investigações, porém em casos complexos, a autoridade policial tem a discricionariedade de se utilizar do inquérito policial.

O inquérito policial depois de concluído, através de seu relatório, será o alicerce para a ação penal pública, pois conforme Capez (2014, p. 110), esse procedimento persecutório, tem destinatários imediatos e mediatos. Os imediatos são o Ministério Público, titular da ação penal pública, ou o ofendido, titular da ação penal privada, já o destinatário mediato é o juiz, que utiliza dos elementos de informação para o recebimento da peça inicial e para a formação de seu convencimento quanto à necessidade de aplicação de medidas cautelares.

No entanto, conforme Távora e Alencar (2014, p. 109), mesmo a investigação preliminar sendo base para o promotor de Justiça elaborar seus argumentos para preparar sua tese de acusação e oferecer a denúncia, o inquérito é considerado um procedimento administrativo, não vinculando dessa forma o promotor (titular da ação), assim, poderá ele se basear no procedimento ou não, podendo elaborar seus argumentos utilizando apenas suas convicções jurídicas.

De modo geral, o inquérito policial é classificado pelos doutrinadores como peça “meramente informativa”, contudo, é preciso fazer uma análise mais profunda antes de fazer tal afirmação. Isto porque o inquérito pode ser considerado uma espécie de garantia para o investigado, pois é nessa fase da persecução penal que a autoridade policial irá atrás de esclarecimentos sobre o fato, e que muitas vezes, acabam por demonstrar que o investigado não é o autor do delito.

Nesse sentido, através da investigação preparatória é que se alcança a verdade dos fatos com as prova colhidas pela polícia, ou seja, nesse período se evita o início de uma persecução penal no judiciário, que em alguns casos é desnecessária, como em um suicídio.

Na mesma linha de pensamento, Francisco Campos (1939), na exposição de motivos do Código de Processo Penal, ao se referir na manutenção do Inquérito Policial no ordenamento jurídico brasileiro, explanou:

Há em favor do IP, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: ele é uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime, ou antes, que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz a circumspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarme provocado pelo crime, está sujeito a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena (*apud* MONALE, 2009, p. 692).

Dessa forma, percebe-se que o inquérito policial, apesar de ser um procedimento administrativo pode servir como a base da ação penal, ou seja, se fosse comparado com a estrutura de um prédio ele seria o alicerce de sustentação.

Conforme Nucci (2014, p. 97) acrescenta, a investigação preliminar é um meio de afastar dúvidas e corrigir o rumo da investigação, evitando um erro judiciário. Se desde o início, o Estado possuir elementos substanciais para agir contra alguém, torna-se mais difícil haver equívocos na descoberta do autor da infração penal. Por outro lado, além da segurança, oportuniza colher provas que não poderão ser colhidas posteriormente por perecimento ou deturpação irreversível.

Ademais, como seus atos não são judiciais, por não serem abrangidos pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, é considerado um sistema de caráter inquisitivo. Ainda segundo Nucci (2014, p. 122), a inquisitorialidade nessa fase da persecução criminal é importante para que o Estado exerça seu poder de Polícia em benefício da coletividade, pois se entende que não seria possível executar uma investigação eficaz se todos os atos fossem abrangidos pelo contraditório, mas isso não significa que a investigação por meio do inquérito, por não ter o contraditório, não terá suas limitações. Ao contrário, nenhum ato policial poderá ultrapassar o

limite da legalidade e nem infringir o princípio da dignidade da pessoa humana, ambos assegurados pela Constituição Federal.

Segundo Lopes Junior, são vantagens da investigação policial,

1. A imparcialidade e independência do juiz instrutor é uma garantia de que a investigação preliminar não servirá – por exemplo – como instrumento de perseguição política por parte do Poder Executivo. 2. O fato de ser a investigação conduzida por um órgão supra partes. 3. Maior efetividade da investigação e qualidade (credibilidade) do material recolhido. 4. O produto final poderá servir tanto para a acusação como também à defesa, pois advém de um órgão imparcial e preocupado em aclarar o fato, tanto buscando as provas de cargo como também as de descargo. 5. Garantia de que o juiz que instrui não julga e a observância do princípio de nullum iudicium sine accusatione. 6. Na investigação é necessário adotar medidas que limitam direitos fundamentais (cautelares, busca e apreensão etc.) e que por essa razão necessitam que sejam adotadas por um órgão com poder jurisdicional. Logo, nada melhor que seja o próprio titular da investigação dotado desse poder. (2014, p. 179).

Por outro lado, embora considerado eficiente o inquérito, não se pode deixar de demonstrar que caso o sistema brasileiro não adotasse o modelo da investigação preliminar presidido pela Polícia Judiciária, teria outras opções, como o modelo do Juiz Instrutor ou do Promotor Investigador.

Ensina Lopes Junior (2003, p. 181-182), que o modelo do Juiz instrutor é aquele no qual a autoridade máxima é responsável pelo desenvolvimento da instrução preliminar, detendo todos os poderes para realizar as investigações e diligências necessárias para obter elementos de convicção ao Ministério Público, sendo a tarefa do juiz durante a fase instrutória, distinta daquela desempenhada no processo. E o modelo do Promotor Investigador, refere-se ao Ministério Público como titular da instrução, podendo ele mesmo obrar pessoalmente ou por meio da Polícia Judiciária, ficando assim sobre sua subordinação. Neste caso o promotor é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber diretamente a notícia-crime ou indiretamente, através da polícia e investigar os fatos nelas constantes.

Considerando essas outras formas de investigação, é visível que ambas apresentam vantagens e desvantagens, o que torna a investigação preliminar realizada pela Polícia Judiciária a mais adequada até o momento ao sistema penal brasileiro.

Em relação à natureza jurídica da investigação preliminar, esta se dá pela análise de sua função, órgão encarregado e estrutura. Por ser uma classificação complexa, deve levar em consideração a natureza jurídica dos atos predominantes.

Segundo Távora e Alencar (2014, p. 110), “o inquérito policial é um procedimento de índole eminentemente administrativa, de caráter informativo, preparatório da ação penal”, sendo assim, se utilizam das regras dos atos administrativos, mas sempre considerando que dentro do procedimento também podem ser praticados atos jurisdicionais, mediante a intervenção do juiz, como por exemplo a prisão preventiva.

Devido ao fato da investigação preliminar ser considerada um procedimento prévio e preparatório do processo penal, tendo uma natureza administrativa e tendo em vista que a competência para sua realização foi posta a um órgão estatal que não pertence ao Poder Judiciário, ela faz parte de uma fase pré-processual, pois é um procedimento importante para o esclarecimento do caso penal, destinado ao convencimento do responsável pela acusação.

Segundo Oliveira,

O juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional (2011, p. 56).

No entanto, apesar da defesa, mesmo que mitigada, realizada no inquérito, cabe destacar que o convencimento da acusação também pode decorrer de atividades desenvolvidas por procedimentos processuais, demonstrando que embora a investigação seja importante, ela não é indispensável à propositura da ação penal.

Ao tratar do inquérito policial, é importante apresentar suas características que o diferenciam de um processo. Conforme Lopes Junior (2003, p. 111-115) inicialmente ele é discricionário, por não ter o rigor procedimental da persecução em juízo, ficando a cargo do delegado de polícia conduzir a investigação da maneira

que melhor lhe convém, como dispõe o artigo 2º, §2º³ da Lei 12.830/2013. Assim, a autoridade policial pode atender ou rejeitar os requerimentos realizados pelo indiciado ou pela vítima, conforme artigo 14⁴ do Código de Processo Penal. Só não poderá indeferir a realização de exame de corpo de delito, quando a infração deixar vestígios, demonstrando que a discricionariedade não é absoluta.

Também se apresenta de forma escrita, tendo em vista a finalidade do inquérito, não sendo admitida a existência de uma investigação verbal, sendo necessário que todas as peças do inquérito sejam documentadas.

Para Távora e Alencar (2014, p. 117-123) também tem como característica ser sigiloso, conforme artigo 20⁵ do Código de Processo Penal. Não se estendendo ao representante do Ministério Público e autoridade judiciária. Em relação ao advogado, este pode consultar os autos do inquérito se necessário. É importante este quesito, pois ser sigiloso é necessário para o bom andamento da investigação, além de garantir a intimidade do investigado, resguardando sua inocência, conforme disposto no parágrafo único do referido artigo.

Sua oficialidade, também é característica, tendo em vista que se trata de um procedimento investigatório realizado por órgãos oficiais, não podendo ficar a incumbência de um particular, mesmo que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido.

Além de sua oficiosidade, pois é realizado por órgão oficial, por autoridade policial e os atos praticados no inquérito independem de qualquer aprovação, sendo apenas obrigatória a instauração do procedimento diante da notícia de uma infração penal, desde que esta não seja ação penal privada e ação penal pública condicionada.

Ainda segundo Távora e Alencar (2014, p. 120), tem sua indisponibilidade como característica, porque após a instauração do inquérito, este não poderá ser arquivado pela autoridade policial, conforme dispõe o artigo 17⁶ do Código de Processo Penal, sendo assim, indisponível.

³ Lei 12.830/13 – Art. 2º, § 2º - Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

⁴ Art. 14 – CPP: O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

⁵ Art. 20 – CPP: A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. §Ú: Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes à instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior

⁶ Art. 17 – CPP: A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

Tem como peculiaridade, como já mencionado, ser inquisitivo, devido ao fato do procedimento concentrar-se nas mãos de uma única autoridade, necessitando de sua provocação, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo com discricionariedade, as atividades que necessita para esclarecer o crime e sua autoria, bem como de ser autoritário, tendo que ser presidido por uma autoridade pública (autoridade policial), conforme exigência do artigo 144, § 4^o da Constituição Federal.

Conforme Junior Lopes e Gloeckner (2014, p. 176), considerando todas as particularidades do inquérito, compreendendo que apresenta conteúdo de informação, fornecendo ao Ministério Público ou ao ofendido, os elementos necessários para a propositura da ação penal é necessário fazer uma explanação sobre o seu valor probatório, que majoritariamente a doutrina considera relativo de meros atos de investigação.

Ensina Távora e Alencar (2014, p. 128-130) que a relatividade do valor dos elementos de informação do inquérito se deve pelo fato dos elementos colhidos não serem submetidos ao contraditório, pela questão de que o juiz não poderá tomar decisões fundadas apenas nos elementos de informação, possível apenas nas provas cautelares, antecipadas e irrepetíveis, além de que os elementos devem ser interpretados em conjunto com as provas carreadas em juízo, sendo relativos justamente porque são vistos conjuntamente com vistas à compatibilidade com a prova constituída durante o trânsito do processo penal, sob o crivo do contraditório, tendo como exemplo a confissão realizada extrajudicialmente, que só terá validade como elemento de convicção do juiz se confirmada por outros elementos durante o processo.

É importante destacar após a análise de seu valor probatório, que o inquérito é destinado, exclusivamente para à formação do *opinio delicti* do titular da ação penal e que na existência de vícios nessa fase, estes não podem acarretar nulidades processuais, não podendo atingir a fase da ação penal, teoricamente.

⁷ Art. 144, §4^o - CF: Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Contudo, tratando-se de inquérito, cabe fazer uma valoração e distinção dos elementos de informação (atos de investigação) e atos de prova, como dispõe o artigo 155⁸ do Código de Processo Penal.

Os atos de investigação, segundo Lopes Junior (2003, p. 198-205) têm por finalidade procurar a autoria do fato, podendo ser valorados de distintas formas. Tem como critério de valoração o fato de poderem ou não servir como base para a sentença. Os atos praticados na instrução preliminar tem eficácia probatória na fase processual, podendo servir de fundamento para a sentença, e os atos praticados na investigação preliminar esgotam sua eficácia probatória com a admissão da acusação, servindo para justificar medidas cautelares e restrições pertinentes no curso da fase pré-processual, visando justificar o processo ou não processo.

Os atos de prova são aqueles dirigidos a convencer o juiz da verdade, servindo para a obtenção de certezas e para a formulação da sentença, sendo integrado ao processo penal, diferente dos atos de investigação que servem para formar um juízo de probabilidade e não de certeza, não exigindo a observância da publicidade, imediação e contradição, não estando destinada a sentença, mas sim, a demonstrar a probabilidade do *fumus commissi delicti* para justificar o processo.

Através dessa diferenciação, percebe-se que os valores probatórios dos atos praticados na instrução preliminar são de eficácia limitada, pois a produção da prova deve estar reservada para a fase processual. Lopes Junior (2003, p. 134), refere que “é a função endoprocedimental dos atos da instrução, no sentido de que sua eficácia é interna a fase, para fundamentar decisões interlocutórias tomadas no curso da investigação”, havendo exceções no que se refere às provas irrepitíveis.

Em relação às provas não repetíveis é importante colocar que estas são as que devem ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena da impossibilidade de posterior análise ou seu perecimento. Portanto, quando necessária sua produção deve ser colhida com observância ao princípio da ampla defesa, tendo em vista que são provas definitivas.

Por ser a prova irrepitível, tem que se falar em incidente de produção antecipada de prova, que para Lopes Junior (2003, p. 207), “é uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do

⁸ Art. 155 - CPP: O juiz não formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

ato ante uma autoridade jurisdicional e com ampla observância do contraditório e do direito de defesa”. O incidente de produção antecipada de prova está previsto no artigo 225⁹ do Código Penal Brasileiro.

Sendo assim, a produção antecipada de provas somente pode ser admitida em casos extremamente necessários, onde se verifica a inviabilidade de posterior produção da prova, além de ter que ser relevante e imprescindível para a sentença.

2.2 O Inquérito Policial em Consonância ao Princípio do Devido Processo Legal

O sistema jurídico brasileiro se destaca por seus importantes princípios, quais têm um propósito orientador e fornecem conhecimento na interpretação e integração na aplicação da norma. Expressão valores transcendentais da sociedade e o conteúdo essencial da Constituição Federal, integrando valores sociais e de interesse público, garantindo a funcionalidade de todo o sistema jurídico, conferindo unidade e coerência, mesmo diante das vastas possibilidades de condutas humanas e de fenômenos jurídicos no tempo e no espaço.

Os princípios constituem autênticas garantias fundamentais, demonstrando uma profunda ligação e interdependência dos princípios garantistas do processo penal com estes.

O inquérito policial atua em consonância ao princípio do devido processo legal, que conforme Carvalho, citado por Garcia (2009, p. 150-151) teve sua origem na Inglaterra, sendo imposto por feudais na Magna Carta, objetivando delimitar o absolutismo e suas práticas antidemocráticas e foi após a independência dos Estados Unidos da América, que a lei do país original (*Law Of The Land*) inglesa foi incorporada à Constituição americana, passando a ser conhecida como *Due Processo Of Law*, assegurando ao indivíduo que não perderia seus bens, nem sua liberdade sem que houvesse previsão em lei.

O Brasil também adotou este princípio, estando expresso na Constituição Federal em seu artigo 5º, LIV¹⁰, que tem por finalidade dizer que devem respeitar

⁹ Art. 225 – CP: Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

todas as formalidades previstas em lei para que alguém seja privado de seus bens, bem como de sua liberdade. No contexto de Direito Processual Penal, segundo Garcia (2016, p. 152) é uma garantia que só será válida e legítima a condenação de um infrator pela prática de um delito se a persecução criminal tiver se desenvolvido com observância as regras e princípios processuais previstos em lei.

A tramitação legal e regular do processo é garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo possíveis restrições não previstas em lei, segundo Távora e Alencar (2014, p. 75), o devido processo legal tem por base o princípio da legalidade, garantindo que somente haverá processo e será punido, se houver lei penal anterior que defina determinada conduta como crime.

Não há como respeitar o contraditório, sem a observância das regras legais, sem o devido processo legal, sendo considerado como um princípio norteador do meio jurídico processual. Nesse sentido Paulo Rangel (2011, p. 3) destaca que, o Estado sendo o titular do *ius puniendi*, tem o poder-dever de punir, no entanto, também de preservar a liberdade do indivíduo através do instrumento de tutela dos interessados, no caso, o processo penal.

Távora e Alencar conceituam o princípio do devido processo legal como sendo:

(...) o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão ou desvirtuamento de atos essenciais. Deve ser analisado em duas perspectivas: a primeira, processual, que assegura a tutela de bens jurídicos por meios do devido procedimento (*procedural due process*); a segunda, material, reclama, no campo da aplicação e elaboração normativa, uma atuação substancialmente adequada, correta, razoável (*substantive due process of law*). (2014, p. 91).

Sendo assim, é evidente a relevância da aplicação e fiscalização deste princípio durante a atuação jurisdicional, considerando a importância da defesa dos direitos de todos diante da soberania do Estado.

Entretanto, é importante destacar, conforme alega Garcia (2016, p. 154-155), que o devido processo legal apresenta duas acepções importantes para a

¹⁰ Art. 5, LIV - CF: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

manutenção de um Estado democrático de direito. A primeira é conhecida como o devido processo legal formal, que contém as regras previstas em leis e os demais princípios, sendo um conjunto responsável pela aplicação correta do direito processual penal, já a segunda acepção é denominada de devido processo legal material, que tem por objetivo assegurar a razoabilidade na aplicação das normas de direito processual penal, pois mesmo atendidos os quesitos do devido processo legal formal, cabe à comprovação da sua real necessidade de aplicação.

Portanto, para a correta manutenção do direito do devido processo legal é importante que na investigação preliminar sejam observadas as regras e princípios processuais previstos em lei, no que lhe couber, para assim garantir um processo e consequentemente uma condenação válida e legítima.

2.3 Fundamento da Existência da Investigação Preliminar

O inquérito policial embora dispensável para o oferecimento da denúncia se apresenta como um procedimento importante na primeira fase da persecução penal. A investigação preliminar pode fornecer elementos informativos tanto para a acusação quanto para a defesa.

Além disso, é na fase investigativa que se esclarece fatos e em muitos casos se desfaz errôneos juízos, evitando assim, um processo penal desnecessário ou até mesmo injusto sobre determinado cidadão. Em suma, o inquérito policial é uma garantia para o cidadão e para a coletividade, conforme Lopes Junior,

(...) considerando a instrumentalidade constitucional, entendemos que das funções de averiguar e comprovar a notícia-crime, justificar o processo ou o não processo e proporcionar uma resposta estatal imediata ao delito cometido podem-se extrair as três razões que fundamentam a instrução preliminar: Busca do Fato Oculto e a Criminal Case Mortality (...), Função Simbólica (...), e Evitar Acusações Infundadas – Filtro Processual (...). (2014, p. 175).

Portanto, é correto afirmar que o inquérito não pode ser visto apenas como um procedimento preparatório do processo penal, mas também como um obstáculo a ser ultrapassado para só depois iniciar a fase processual, pois vai além de

demonstrar a materialidade do crime e indícios de sua autoria, também fornece subsídios para a defesa do investigado na investigação criminal.

Nesse sentido Távora e Alencar (2014, p. 109-110) ensinam que o inquérito é uma instrumentalidade preliminar se vista diante de natural instrumentalidade do processo penal em face do direito material, que objetiva esclarecer previamente os fatos delituosos antes de se ajuizar uma ação penal.

O inquérito funciona como um filtro processual, evitando que acusações infundadas desenvolvam em um processo. Tendo em vista que, só o fato do processo, embora a absolvição posterior do acusado, já é considerada como uma pena, sendo este visto com descrédito perante a sociedade.

Nesse sentido, cabe enfatizar que para a instauração do inquérito deve-se observar se há indícios de ocorrência de um fato punível, independentemente do conhecimento de sua autoria, uma vez que uma das funções da investigação é justamente descobrir o autor do fato, buscando a probabilidade de que o acusado seja realmente o autor, demonstrando assim que esse procedimento será instaurado quando houver possibilidade de fato criminoso, buscando através da investigação formar um juízo de acusação, não direcionado para a sentença.

Conforme Mendes, citado por Lopes Junior,

Se a instrução definitiva prova ou não prova que existe crime ou contravenção, a instrução preliminar prova ou não prova se existe base para a acusação. Seu primeiro benefício é proteger o inculpaado. O processo penal é um processo formal de seleção, atuando a instrução preliminar como um sistema de filtros desde onde se vai destilando a notitia criminis até chegar ao processo penal os elementos de fato que verdadeiramente revistam caracteres de delito, com o prévio conhecimento dos supostos autores (2014, p. 177).

Portanto, a investigação preliminar deve ser valorizada, pois é o procedimento que busca a verdade real dos fatos, essa tão almejada pelo processo penal. Nesse sentido Távora e Alencar (2014, p. 107) acrescentam que “sua importância verifica-se pelo fato de ser cedo que o processo penal fere o *status dignitatis* do acusado”, pois é a polícia judiciária o primeiro órgão a ter contato com o fato criminoso, podendo produzir as provas de uma maneira capaz de se aproximar ao máximo da veracidade dos fatos. Salientando assim, a importância e o valor das

provas colhidas na investigação, quais demonstram ao órgão acusador e ao órgão julgador a autoria e materialidade do delito, bem como elementos e motivos do crime, entre outras informações pertinentes.

Assim, a ideia de que o inquérito policial é peça apenas informativa vem perdendo espaço. Corroboram com essa afirmação o argumento das provas que foram colhidas durante a investigação, e não puderam ser repetidas posteriormente, e que assim como as produzidas em juízo, são aptas a instruir o processo criminal.

Diante do exposto, presume-se que a investigação criminal preliminar é ainda muito importante, servindo como método de avaliação da viabilidade da aplicação do poder de punir do Estado. E por ser realizado por um órgão não subordinado ao parquet, nem influenciado pelas partes, mas sim, destinado à busca da verdade real, pode realizar a investigação em sua plenitude, atendendo assim, as necessidades da sociedade.

3 FUNÇÃO DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO DA DEFESA

A Constituição Federal dispõe no seu artigo 133¹¹ o papel indispensável do advogado na busca do justo. A advocacia é função essencial para o funcionamento da justiça, no entanto, não é apenas a justiça que não pode dispensar a advocacia, mas o Estado Democrático de Direito também é dependente deste ofício.

O advogado é um defensor de direitos humanos, defendendo os direitos de qualquer cidadão. Tratando-se da área criminal, qualquer pessoa, independentemente da acusação que esteja lhe sendo imputada, tem o direito de ter um advogado, para que este possa assegurar que os seus mais amplos direitos serão resguardados durante o processo criminal, obtendo assim uma proteção contra os eventuais arbítrios do Estado.

3.1 Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil

O Estatuto da Advocacia, instituído pela Lei 8.906 de 4 de julho de 1994, tem como principal finalidade regulamentar os direitos e deveres dos profissionais das diversas áreas do Direito e determinar a finalidade da Ordem dos Advogados do Brasil.

A advocacia possui características essenciais, conforme os ensinamentos de Lôbo (2002, p. 27), como a indispensabilidade, conforme disposto na própria Constituição Federal, devido à importância do advogado para a manutenção da ordem pública, além de funcionar como um instrumento de garantia da cidadania.

Também é inviolável, conforme artigo 7º, § 2º¹² do Estatuto, tornando impraticável qualquer punição que lhe seria imposta quando estiver no exercício da profissão. Sendo assim, goza de liberdade jurídica, necessária da função, sendo inviolável por seus atos e manifestações, nos limites definidos no Estatuto.

¹¹ Art. 133 – CF: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹² Art. 7 – EOAB: São direitos do advogado: §2º advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Apresenta uma função social, sendo realizada pelo advogado quando concretiza a aplicação do direito e obtém as prestações jurisdicionais, contribuindo para uma justiça social, além de ser independente, pois necessita dessa liberdade para o efetivo exercício da justiça, sempre amparado pela ética e comprometimento da classe.

O advogado exerce o *Munus Público*, ou seja, deve buscar a correta distribuição de justiça, sendo um dever que só poderá ser cumprido quando exercer da melhor forma o encargo que lhe é atribuído, conforme Piovezan e Freitas (2015, p. 17-18), o exercício da advocacia, mesmo de forma privada, objetiva a realização da justiça, considerando-se um *múnus público*, pois a atividade deste profissional não visa apenas à satisfação de interesses privados, mas sim, na realização da justiça.

Está previsto no artigo 2º, §1º¹³ do Estatuto da Advocacia, que no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. Assim, mesmo o advogado que exerce advocacia privada, presta serviço público, tendo em vista que contribui para a tutela do Estado Democrático de Direito, por delegação estatal e credenciado perante o órgão competente (Ordem dos Advogados do Brasil).

Ministério Privado, segundo Piovezan e Freitas (2015, p. 19) significa que embora seja um *Munus Público*, a atividade representa uma atuação profissional, que segue leis regulamentadora das relações privadas de prestação de serviços. Portanto, o cidadão que contrata o serviço de um advogado utiliza-se de regras contratuais do Direito Civil.

Tratando-se da profissão do advogado, não se pode deixar de destacar a importância da Ordem dos Advogados do Brasil, que foi criada em 1930, pelo Decreto nº 19.408, que tinha disposto em seu artigo 17¹⁴, (trata de órgão de disciplina e seleção de classe dos advogados), que se regerá pelos Estatutos que forem pelo Instituto de Ordem dos Advogados brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo governo.

¹³ Art. 2 - EOAB: Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

¹⁴ Art. 17 – Decreto 19.408: Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

O Estatuto da Advocacia, em seu artigo 44¹⁵, dispõe que a Ordem dos Advogados do Brasil é dotada de personalidade jurídica, presta serviço público e tem por finalidade, defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, de pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, além de promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Este órgão é independente, estando previsto no artigo 93, inciso I¹⁶ da Constituição Federal, que consta que a Ordem deve participar em todas as fases dos concursos públicos de provas para ingresso na magistratura, contribuindo com o Poder Judiciário.

A Ordem dos Advogados do Brasil, segundo o artigo 45¹⁷ do Estatuto, é composta pelo Conselho Federal, Conselhos Seccionais, Subseções e Caixas de Assistência aos Advogados.

Contudo, resta evidente a importância da Ordem dos Advogados do Brasil para a fiscalização, lisura e regulamentação das diversas profissões jurídicas, principalmente em relação à advocacia, definida como função essencial à prestação jurisdicional.

3.2 A Importância do Advogado na garantia dos Princípios Constitucionais

A Constituição Federal assegura os direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. São praticamente normas que possibilitam uma série de condições mínimas para a convivência em uma sociedade. De modo geral, o direito é

¹⁵ Art. 44 - EOAB: A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

¹⁶ Art. 93, I – CF: Ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

¹⁷ Art. 45 - EOAB: São órgãos da OAB: I - o Conselho Federal; II - os Conselhos Seccionais; III - as Subseções; IV - as Caixas de Assistência dos Advogados.

declarações de poder sobre bens ou pessoas, já as garantias, são como uma exigência que cada cidadão pode fazer ao Poder Público para proteger seus Direitos. Esses direitos e garantias são considerados cláusulas pétreas, estando elencados no artigo 5º da Magna Carta, onde se encontra explicitamente o princípio do contraditório e da ampla defesa, quais demonstram implicitamente que a presença do advogado é importante para a sua garantia.

O Princípio do contraditório está extremamente ligado ao da ampla defesa e ambos estão previsto no art. 5º, inciso LV¹⁸ da Constituição Federal. Segundo os ensinamentos de Garcia (2016, p. 190), tem como objetivo “a legitimação da própria jurisdição mediante a condição dialética de todos os atos processuais, os quais somente se aperfeiçoam por meio da efetiva participação das partes”, visando sempre garantir um processo justo.

Este princípio também está garantido pelo Pacto de São José da Costa Rica, proveniente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992, disposto em seu artigo 8¹⁹.

O contraditório é inerente ao direito de defesa, pois não se realiza um processo legal, que busca a verdade do fato, sem que se de ao acusado a oportunidade de prestar sua versão dos fatos. Machado, citado por Garcia (2016, p. 191-192) refere que a legitimidade e eficácia do Processo Penal dependem diretamente das possibilidades de participação das partes, as quais influenciam no resultado final do julgamento, no mesmo sentido Bastos ensina que,

O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz (1989, p. 267).

¹⁸ Art. 5, LV - CF: 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.

¹⁹ Art. 8 – Decreto 27: Garantias judiciais: I – Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Sendo assim, é dever do órgão julgador ser imparcial e inteirar-se da controvérsia, oportunizando a ambas as partes realizar suas alegações, no entanto, este contraditório tem que ser pleno e efetivo. Para Rangel (2011, p. 17-18), pleno, porque se faz necessária a observância do contraditório durante toda a duração do processo e efetivo, pois, não basta dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar, é preciso também, proporcionar-lhes os meios para que tenham condições reais de rebatê-los.

Ademais, além do contraditório estar ligado a questões de fato, análise e produção de provas, as partes também podem suscitar questões de direito, de regra jurídica em relação ao caso, de cabimento ou não de pedido, entre outros direitos pertinentes ao caso.

Conforme os ensinamentos de Garcia (2016, p. 196) há dois tipos de contraditório que ocorrem na fase da *persecutio criminis*. O primeiro é o real ou frontal, que recai sobre as evidências que podem ser produzidas diante do magistrado, ou perante ele produzidas ou renovadas, caso tenham sido coletadas na investigação preliminar, podendo ser elucidado tal conceito, no exemplo em que testemunhas que foram ouvidas na investigação preliminar e no curso do processo, são novamente inquiridas pelo magistrado, mas agora, sobre o direito da ampla defesa e do contraditório.

De outro lado, há o contraditório diferido, retardado, postergado ou também iterativo, que ao contrário do real, recai sobre as evidências não renováveis, que foram colhidas de forma inquisitiva, unilateral e com caráter de urgência. Há exemplo temos o mandado de busca e apreensão, diligência realizada na fase de investigação criminal, onde não há o contraditório e a ampla defesa, nem conta com a presença do infrator ou de sua defesa.

A necessidade do contraditório se faz necessária para a efetivação da ampla defesa, pois é responsável por fornecer o conhecimento e possibilitar a manifestação, conforme Oliveira (2013, p. 44) é “uma garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato assecuratório penal”, visto que, este direito não representa apenas a garantia de rebater alegações ou de relatar o fato, mas também para garantir a igualdade de tratamento dentro do processo, não havendo distinções entre as partes.

De outra parte, é importante destacar, que este direito não está previsto na fase de investigação preliminar. Conforme Távora e Alencar (2014, p. 64), não cabe

o contraditório na fase de inquérito policial, tendo em vista seu caráter informativo, e conceituação de procedimento administrativo, sendo possível apenas, embora mitigado, o direito à publicidade para com o advogado, por força do artigo 7, XIV²⁰, da Lei 8.906/94, sendo corroborado pela súmula vinculante nº 14²¹ do Supremo Tribunal Federal, qual define que é direito do defensor, no interesse de seu cliente, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados no procedimento de investigação.

Interligado ao contraditório, está à ampla defesa, que apesar de muitos doutrinadores defenderem a ideia de que se trata apenas a outra medida do contraditório, há ressalvas e distinções, visto que o contraditório não pode ir além de resguardar o direito de participação, já a ampla defesa vai além, está vinculada a um direito de ação, que segundo Garcia (2016, p. 174-175), se ao Estado é conferido o poder de iniciar uma persecução penal, quando na ocorrência de um delito, imputando acusações ao acusado (direito de ação), cabe de igual forma, assegurar ao réu os meios necessários para se defender. Sem o regular exercício do direito de defesa, por todos os meios lícitos admitidos, decorreria um processo injusto, ilegítimo e imparcial, afrontando princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, do estado de inocência do réu, da isonomia e do devido processo legal.

A ampla defesa agrega uma série de direitos e regras, apresentando-se sobre o aspecto da autodefesa e da defesa técnica. Para Oliveira (2011, p. 46), a autodefesa, consiste no desenvolvimento de qualquer forma ou ato de atuação em favor dos interesses da defesa, sendo indispensável à presença de um defensor para o ato. Entretanto, é um direito renunciável, facultativo, ficando a cargo do acusado se vai utilizá-lo ou não, como ensina Garcia:

²⁰ Art. 7 – EOAB: São direitos do advogado: XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

²¹ Súmula Vinculante 14 – STF: 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.

A despeito de não ser o réu obrigado a participar de seu interrogatório, é preciso ressaltar que o magistrado não tem liberdade para deixar de realizar esse importante ato processual se o acusado estiver presente. É o que extrai a interpretação conjunta dos artigos 185 e 564, inciso III, alínea “e”, ambos do Código de Processo Penal [...]. O direito de presença, por sua vez, faculta ao acusado estar presente a fim de acompanhar a realização dos atos processuais de instrução, possibilitando-o contribuir com seu advogado em atuação defensiva (2016, p 178).

Em complemento, a autodefesa segundo Távora e Alencar (2014, p. 65) pode ser subdividida entre o direito de audiência, na qual se tem a oportunidade de influenciar na defesa através do interrogatório e o direito de presença, que possibilita ao réu tomar posição, a todo o momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas.

O segundo aspecto da ampla defesa, trata-se da defesa técnica, que conforme Oliveira (2011, p. 45) é o “corolário do princípio geral da ampla defesa, na qual é exigida a participação de um defensor – regularmente inscrito na Ordem Dos Advogados do Brasil- em todos os atos do processo (art. 261 CPP)”. Essa defesa é importante para assegurar a realização efetiva da participação no processo, garantida pelo contraditório, sob pena de nulidade caso sua inobservância prejudique o acusado. A ampla defesa tem previsão normativa instituída nos art. 133²² da Constituição Federal e 261²³ do Código de Processo Penal.

Conforme Garcia (2016, p. 182-183), sem defensor há ofensa do devido processo legal, à isonomia e à própria legitimidade da jurisdição, sendo assim, caso o acusado se apresente perante a justiça para responder a um processo criminal sem assistência de um advogado, deverá ser-lhe nomeado um defensor dativo, ficando a cargo do réu, a qualquer momento constituir outro advogado, e caso não possua recursos financeiros para constituir um advogado, caberá ao juiz dar conhecimento a Defensoria Pública, para que seja designado um defensor público, qual promoverá a assistência jurídica integral e gratuita do necessitado, se comprometendo a realizar a efetiva defesa.

²² Art. 133 - CF: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

²³ Art. 261 - CPP: Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada

O direito de defesa está intrinsecamente ligado com a nulidade, conforme disposições do artigo 563²⁴ do Código de Processo Penal, esclarecendo que mesmo ocorrendo o cerceamento da defesa ao réu, não será declarada sua nulidade de imediato, sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo por parte do acusado em decorrência da ofensa a sua ampla defesa.

Portanto, a defesa visa proteger o direito do acusado de apresentar sua versão dos fatos, garantido efetivamente, com base em todos os meios lícitos possíveis, influenciar no seu julgamento, e mesmo se violados os seus direitos de defesa técnica ou autodefesa, e nenhum prejuízo lhe resultar, não será necessário declarar a nulidade dos atos processuais.

3.3 Posição Ética do Advogado Criminalista e sua Importância

A ética é um compromisso do homem consigo mesmo, como melhor descreve o doutrinador Nalini (2004, p. 26) a ética é uma ciência do comportamento moral dos seres humanos em sociedade. É uma ciência, porque tem objeto, leis e método próprio. O objeto da ética é a moral, que é um dos aspectos importantes do comportamento humano.

Sá ensina que,

Segundo Kant, o ambiente produz a sensação, mas é o nosso cérebro que prevalece sobre tudo, para ele espaço e tempo são percepções de nossa experiência e possuem o sabor de nossos julgamentos, não sendo mais, pois, que conceitos que formamos (2009, p. 38).

Entretanto, cabe diferenciar ética de moral, pois segundo Cortina e Martínez (2012, p. 29-30), a moral se comparada ao direito, podendo ser considerada como normas morais que conotam um tipo de obrigação interna, que se reconhece em consciência, sendo apontada como um conteúdo normativo que alguém se impõe a si mesmo.

²⁴ Art. 563 - CPP: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Todas as profissões necessitam de ética, no entanto a atividade profissional jurídica é a que apresenta maior relação com a moral, sendo através desse vínculo que se estabelece um relacionamento de ética, tendo em vista ser uma disciplina normativa, mostrando as pessoas os valores e princípios que devem nortear sua existência, tendo interferência direta para todos enquanto sociedade, se demonstrando essencial na profissão do advogado, para que sempre tenha consciência e que não ocorra a banalização da repulsa à desonestidade e a corrupção.

Considerando que é nas ciências jurídicas que as normas e deveres morais se colocam de forma clara, é que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, com fundamento nos artigos 33²⁵ e 54, V²⁶ da Lei 8.906 de 1994, instituiu um Código de Ética e Disciplina, que foi publicado no Diário da Justiça da União em 1995, tendo por base princípios que formam a consciência profissional do advogado, considerando que este é indispensável à administração da justiça, atuando como defensor de um Estado democrático de direito, da cidadania, moralidade pública, justiça e paz social, conforme disposições constantes nos artigos 1º²⁷ e 2º²⁸ do Código.

Conforme a Ordem dos Advogados, o código teve vários preceitos norteadores, entre eles a de que se deve ser fiel à verdade para poder servir à Justiça, sendo um de seus elementos essenciais, proceder com lealdade e boa-fé em suas relações, exercer a profissão com o indispensável senso profissional, porém não permitindo o anseio de ganho material sobre à finalidade social, bem como, agir com a dignidade das pessoas de bem e a correção dos profissionais que honram e engrandecem a sua classe.

Sodré (1967, p. 32) refere que a ética profissional do advogado consiste na persistente vontade de moldar sua conduta e sua vida, aos princípios básicos dos valores culturais de sua missão e seus fins, em todas as esferas de suas atividades,

²⁵ Art. 33. EOAB: O advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.

²⁶ Art. 54. EOAB: Compete ao Conselho Federal: V - editar e alterar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina, e os Provimentos que julgar necessários.

²⁷ Art. 1º - CEDOAB: O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

²⁸ Art. 2º - CEDOAB: O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

evidenciando a importância de se ter advogados honestos, íntegros e que tenham uma conduta ética exemplar, sempre em busca de uma maior qualidade na prestação de seus serviços à comunidade, resguardando de forma correta o efetivo cumprimento da justiça.

No que tange a esta virtude tão importante, não se pode deixar de esclarecer que ela é preceito e base fundamental do advogado criminalista, tanto quanto, em qualquer outro ramo. Por diversas vezes esta área de atuação é vista com desdém pela sociedade, que se utiliza do senso comum para defender a ideia de que advogado que atua a favor de delinquente é inescrupuloso. Ocorre que, quando um advogado consegue a redução de uma pena ou a liberdade de alguém, ele está apenas usufruindo de um direito que está previsto em lei.

A ética nesta esfera é singela e eficaz, onde o profissional deve fazer a adaptação do que lhe foi contado pelo cliente, para a realidade defensiva, sempre respeitando as normas e protegendo o direito de julgamento igualitário, tanto para inocentes como culpados, e independente de raça, cor ou classe social.

Os advogados criminalistas são imprescindíveis para o cumprimento da justiça, pois conforme expresso no artigo 21²⁹ do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil é direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, porém não pode considerar sua opinião a culpa do acusado, assim, a defesa do homem se impõe, entretanto sem valorizar o crime.

Nesse entendimento, ensina Barbosa (2002, p. 31), que quando se trata de crime detestável, este acorda a cólera popular, proporcionando uma irritação pública que provoca um risco de se descomedir. Não se enxergando a verdade com a mesma lucidez. O acusado é visto como um monstro e a seu favor não se admite uma palavra, visto que tudo que for contra ele, ecoará em aplausos. Portanto, é quando se inicia o perigo sobre a justiça, que surge o sacerdócio do advogado. Trabalhando para que não faleça ao constituinte uma só dessas garantias de legalidade, este trabalha, para que não falte à justiça nenhuma de suas garantias.

Outro ponto levantado ao se considerar estes ensinamentos, é apontado por Manoel Pedro Pimentel, citado por Roberto Parentoni em seu artigo, refere que algumas qualidades são essenciais a este profissional, como a coragem de um leão, a brandura de um cordeiro, a fugacidade do relâmpago, persistência do pingo

²⁹ Art. 21 - CEDOAB: É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

d'água, a altivez de um príncipe, humildade de um escravo, rigidez do carvalho e a flexibilidade do bambu.

Nesta seara, é visto que o advogado constitui a voz dos direitos de qualquer pessoa. O processo criminal trará histórias muitas vezes trágicas para ambas as partes, sendo necessário ao profissional se abster de tal relação de valoração e procurar analisar as provas, verificar se o processo prima pela regularidade, pois é daí que se depende uma realização de justiça coerente e a garantia que a defesa foi realizada da melhor forma.

Assim, é impreterível o fato da relevante participação do advogado criminal da defesa de direitos e garantias fundamentais, como ensina Barbosa (2002, p. 32), seja quem for o acusado, e por mais horrenda que lhe seja a imputação, terá o direito ao patrocínio do advogado, obtendo foros de meritório, se recomendando como útil à sociedade.

Conquanto, é evidente que nenhum acusado é indigno de defesa, pois embora seja o crime mais horrendo, ainda há de se verificar as questões de prova e preconizar pela regularidade estrita do processo, visto que cada uma constitui uma garantia, cujo o simples interesse é a descoberta da verdade.

No entanto, ao se referir à importância do advogado, não se pode deixar de realizar uma análise histórica, mais precisamente ao que se refere a grande cruzada religiosa empreendida pela Igreja Católica, nos séculos XII e XIII, contra os hereges, denominada de Inquisição Medieval. No Brasil foi utilizada no período colonial, onde havia a atuação do Tribunal do Santo Ofício. Conforme Bittar (2012, p. 161-162), sendo a religiosidade latente no povo brasileiro no período colonial, além da religiosidade aceita, legítima e predominante, permeava seitas das mais diversas. Com o passar do tempo à religião católica foi enraizada na cultura, porém, observadas as diversidades culturais, se considerou que só era possível manter uma homogeneidade da fé, mediante instrumentos opressores. Foi pelo aumento da proporção da colônia, aumentando o número de heresias, que incitou a preocupação do Tribunal de Inquisição de Portugal.

Foi por estas preocupações que se organizou um extenso aparato burocrático inquisitorial no Brasil. Conforme Wolkmer (2006, p. 193), a inquisição foi reconhecida como Inquisição Medieval, onde ocorria o julgamento e condenação de indivíduos hereges. A tarefa de controle era inicialmente feita pelo clero e posteriormente pelos Tribunais Eclesiásticos e Seculares. Tratando-se de matéria

penal, ficava a cargo dos Tribunais Eclesiásticos processarem e julgarem pessoas que praticassem atos contra a religião.

Segundo Bittar (2012, p. 164-167), a inquisição teve origem na Europa, entre os séculos XII e XIII. Pretendia expurgar a heresia no continente, fazendo face às seitas heréticas, fortificando-se os laços de combate da Igreja contra toda espécie de poder espiritual desgarrante da ortodoxia eclesiástica. As regras para o combate à heresia começaram a surgir e se apresentar como instrumento da Igreja na defesa dos cânones e valores, ideologias e interesses. Sua terrível atuação causou muita arbitrariedade. A heresia foi eleita a maior preocupação do Tribunal do Santo Ofício, sendo considerado o herético todo aquele que fez uma escolha diferente daquela apregoada pelo dogma católico-cristão.

Os tribunais, conforme ensinamentos de Wolkmer (2006, p. 195), seguiam o procedimento de aprisionar as pessoas com base em meros boatos, interrogando-os, torturando-os, fazendo o possível para conseguir uma confissão, ao final era levada a condenação. Sendo variada conforme a gravidade do crime, consistindo na execução do condenado pelo fogo, banimento, trabalho nas galerias dos navios, prisão e confisco de bens.

Embora seja verificado através de consulta doutrinária que o Santo Ofício não possuiu sede no Brasil, a inquisição foi marcante e determinante na história do país. No que tange ao procedimento utilizado na perseguição da heresia, Bittar (2012, p. 172-173) destaca a liberdade de investigação, acusação e prova pelo próprio juiz da causa, levando a permissão da tortura, sendo assim, esse instrumento passou de um meio de prova para a colheita de provas e julgamento de culpados, tornando-se fim em si mesmo. Ainda segundo Bittar,

Já não se processa para descobrir a verdade real, pois se faz do processo a falácia real para que seja instruído com o tipo de informação que o Tribunal deseja ver aparecer como incriminatória da conduta do réu. Todo tipo de expediente passou a ser aceitável em seu bojo: tortura; supressão de termos; indução de falsidade; contradições de depoimentos; supressão de testemunhas; sugestão de respostas nos depoimentos; escrivães preparados para distorcer palavras e depoimentos; utilização de pistas falsas como fundamento de julgamentos; entre outros. Ora a verdade real era a verdade construída na boca do réu, mesmo que nenhuma palavra tivesse conseguido proferir durante suas extenuantes sessões de depoimento (2012, p. 172).

Em relação aos procedimentos durante a inquisição, ressalta-se que todos eram realizados sobre uma forma preceituada. Segundo Eymerich (1993, p. 132), nesta fase o advogado representa motivo de lentidão do processo. O advogado nesse período muitas vezes poderia ser dispensável, como quando ocorria a confissão do réu (sendo ou não reconhecido por testemunhas), pois não vale apenas oferecer um defensor para atuar contra as testemunhas. Já quando nega o crime, não havendo testemunhas a seu favor e solicitando ser defendido, ele pode se defender, sendo-lhe concedida uma defesa jurídica, designado um advogado honesto e experiente em Direito Civil e Canônico.

Sendo assim, o papel do advogado nesta fase, segundo Eymerich, se apresentava da seguinte maneira:

Se houver um advogado, ele tem que ser muito fervoroso, diz Eymerich. Será excluído da Igreja, e a fortiori, do Tribunal da Inquisição, todo advogado herege, suspeito de heresia ou com fama de herege. Deve-se ter a garantia de que o advogado é de boa família, de antiquíssimas raízes cristãs. Se o réu confessar, não há necessidade de um advogado para defendê-lo. Se não quiser confessar, receberá ordens de fazê-lo por três vezes. Depois, se continuar negando, o inquisidor lhe atribuirá, automaticamente, um advogado juramentado no seu tribunal. O réu comunicar-se-á com ele na presença do inquisidor. Quanto ao advogado, prestará juramento – embora já seja juramentado – ao inquisidor de defender bem o réu e guardar segredo sobre tudo o que vir e ouvir. O papel do advogado é fazer o réu confessar logo e se arrepender, além de pedir a pena para o crime cometido. (1993, p. 139).

Nesse sentido, através de um olhar histórico, se verifica que a presença do advogado atualmente, por diversas vezes, também é vista como um atrapalho a investigação e processo, visto que impõe limites a atuação estatal, intervindo com voz a resguardar os direitos de seu cliente. Na inquisição este profissional era escolhido pelo próprio Tribunal, tendo que resguardar e intervir não pelos interesses do acusado, mas pelos interesses da Igreja, hoje a sua presença se faz necessária e se faz de grande valia justamente para garantir procedimentos justos, evitando abusos de autoridade e eliminando atitudes medievais.

4 O ACOMPANHAMENTO DOS ATOS DO INQUÉRITO POLICIAL PELO ADVOGADO

Em análise da Lei 13.245/2016, que inclui no artigo 7³⁰, o inciso XXI do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, qual dispõe que é direito do advogado assistir a seus clientes durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo ato e, subseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados.

Neste contexto, verifica-se que a participação do advogado no inquérito policial ainda não é obrigatória, mas o advogado do investigado tem o direito de participar da inquirição do seu cliente, sendo assim uma prerrogativa do procurador, mais do que um direito do suspeito.

Embora o exercício da ampla defesa seja mitigado na fase pré-processual, este será pleno na etapa processual, sendo assim, antes de analisar as possíveis consequências advindas com a alteração do Estatuto, cabe conhecer as questões relacionadas as provas e nulidades, quais integram o conjunto responsável pela correta interpretação desta disposição.

4.1 Breve análise das Provas no Processo Penal Brasileiro

O processo penal tem como objetivo realizar a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possam concluir quais as consequências diante do que ficar demonstrado. É na fase da instrução processual que se utilizam os elementos que buscam a verdade dos fatos, esta obtida através dos meios probatórios, sendo a prova o que contribui para o convencimento do juiz.

Ensina Capez (2014, p. 76) que sem dúvida o tema referente à prova é o mais importante da ciência processual, já que estas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre qual se ergue uma dialética processual. Sem provas

³⁰ Art. 7 – EOAB: São direitos do advogado: XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração.

válidas e honestas, de nada adianta desenvolverem profundos debates doutrinários, pois a discussão não terá objeto.

A prova em matéria penal, por muitos é denominada a “alma do processo”, trazendo conhecimento e esclarecimento dos fatos ocorridos, podendo assim resguardar os direitos das partes no processo. Segundo o doutrinador Nucci, existem três sentidos para o termo prova:

a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato (2014, p. 335).

Busca-se com as provas o melhor resultado possível, pois são elas que fornecem sustentação a um processo de qualidade. Sua função precípua é de formar a convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde do processo, visto que com uma estrutura probatória sólida produz uma condenação justa. Como assevera Tourinho Filho (2010, p. 232) o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do juiz em relação aos elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o juiz conhecer a existência do fato da lide. Sendo a finalidade da prova tornar aquele fato conhecido do Juiz, comprovando sua existência.

Diante disso, se pode perceber que sem as provas não há condenação. A prova além de buscar estabelecer a verdade, são os meios pelos quais se procura estabelecer-las, ou seja, provar é demonstrar a certeza do que se alega.

Há de se considerar que a prova é um vocábulo de vários significados, havendo uma distinção de meios de prova, meios de obtenção de prova e fontes de prova. Segundo o doutrinador Távora e Alencar (2014, p. 497), os meios de prova se destinam a produção da prova de maneira imediata, tem sentido estrito e são endoprocessuais, sendo consideradas produzidas quando colocadas em linguagem adequada e juntados ao processo.

Conforme Nucci (2014, p. 336) os meios “são todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles

previstos em lei ou não”. Em relação aos meios de obtenção de prova esses são extraprocessuais, tendo como objetivo encontrar elementos ou fontes de prova, como por exemplo, a interceptação telefônica. E as fontes de prova, são as consideradas como a coisa ou a pessoa da qual emana a prova, podendo ser classificada como real, obtidas através de documentos, do cadáver, dentre outros elementos do fato, ou pessoal, como a própria vítima, a testemunha ou o perito.

Segundo Távora e Alencar (2014, p. 502), quanto ao momento procedimental da prova ela pode ser cautelar preparatória, que é a produzida durante a investigação preliminar, tendo em vista o risco do perecimento probatório, ou também, pode ser cautelar incidental, produzida durante o processo.

Em relação à liberdade probatória, que é a regra, enfatiza-se que não é absoluta. A busca da verdade e os vários modos de produção probatória, utilizando-se de provas que não estão no Código de Processo Penal, encontram limites.

Considerando que o processo penal visa buscar a verdade dos fatos, esclarecendo o ocorrido para só após vir a julgamento, são necessário elementos de convicção idôneos e livres de vícios jurídicos para uma correta aplicação da sanção penal, sendo assim, um limite é a vedação das provas ilícitas, que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos e garantias individuais do cidadão. Afirma Oliveira (2016, p. 344-345), que este princípio está destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público, desestimulando a prática probatória ilegal.

No sistema jurídico há provas permitidas e vedadas, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVI³¹, prescreve que são inadmissíveis as provas decorrentes de meios ilícitos, ou seja, conforme entendimento de Garcia (2016, p. 224) “a produção de provas deve ser realizada em respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e às normas do sistema penal acusatório, que não se harmonizam com a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios”. Encontram-se também no Código de Processo Penal no artigo, 157 caput³² e § 1º³³,

³¹ Art. 5, LVI - CF: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

³² Art. 157 - CPP: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

³³ Art. 157, § 1º- CPP: São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas[...]

artigo 155³⁴ § único, e artigo 3³⁵, subsidiariamente recaindo sobre o artigo 369³⁶ do Código de Processo Civil.

O conceito de ilícitos tem dois sentidos, conforme dispõe Nucci,

O ilícito advém do latim (*illicitus = Il + licitus*), possuindo dois sentidos: a) sob o significado restrito, quer dizer o proibido por lei; b) sob o prisma amplo, tem, também, o sentido de ser contrário à moral, aos bons costumes e aos princípios gerais de direito. Constitucionalmente, preferimos o entendimento amplo do termo ilícito (2016, p. 42).

Em observância a prova, percebe-se uma divisão, que se apresenta da seguinte maneira, conforme Rangel (2011, p. 448-449) de um lado o ilícito material, onde a obtenção da prova é proibida por lei, e de outro, o ilícito formal, no qual a forma de introdução da prova no processo é vedada por lei, sendo este último considerado ilegítimo pela maioria dos doutrinadores.

Ensina Moraes, citado por Nucci (2014, p. 338-339), que a prova ilícita é prova inidônea, é prova imprestável. Não se reveste de explícita razão de capacidade jurídico-material. A prova quando ilícita é destituída de qualquer grau de eficácia jurídica.

Tendo em vista que a prova ilícita é inadmissível, estando o expressamente assegurado pela Constituição Federal e ratificado no art. 157³⁷ do Código de Processo Penal, a partir do momento que a prova for considerada ilícita, esta deverá ser excluída do processo.

³⁴ Art. 155 - CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

³⁵ Art. 3 - CPP: A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

³⁶ Art. 369 - CPC: As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

³⁷ Art. 157. CPP: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

De outra parte, tratando-se de provas ilícitas, é importante demonstrar que decorrem majoritariamente duas teorias sobre o tema, denominadas de Teoria da Prova ilícita por Derivação e Teoria da Proporcionalidade.

A teoria da prova ilícita por derivação, também conhecida como a teoria dos frutos da árvore envenenada, que segundo Pacelli e Fischer (2012, p. 319-320) tem o seguinte conceito,

A teoria dos frutos da árvore envenenada ou da derivação da ilicitude tem um propósito: evitar a descontaminação do ilícito pela correção dos atos subsequentes. Seu fundamento é logicamente irrepreensível: de que adiantaria invalidar a prova originalmente ilícita, se todo o seu conteúdo probatório pudesse ser obtido posteriormente, aproveitando-se a idoneidade ou força probante das informações então obtidas? (*apud* GARCIA, 2016, p. 234).

Portanto, segundo essa teoria se for considerada lícita à prova advinda de meio ilícito, de nada servirá a Constituição proibir a prova obtida em meio ilícito, sendo que a prova secundária que serviu para condenação do réu teve origem inadequada.

Afirma Gomes Filho (2009, p. 267), que a teoria dos frutos da árvore envenenada mostra-se como uma medida preventiva, a fim de evitar condutas que atentem os direitos fundamentais e a própria administração correta e leal da justiça penal. Esse entendimento parte da maioria dos doutrinadores e do Supremo Tribunal Federal, que firma um posicionamento jurisprudencial proibindo a utilização das provas ilícitas por derivação.

Ademais, já foi legalmente instituído a vedação dessas provas, através da Lei 11.690/2008, que alterou alguns artigos do Código de Processo Penal, no caso específico o art. 157, e em especial, com a inclusão do parágrafo primeiro³⁸, dispondo expressamente a inadmissibilidade das provas derivadas das ilícitas, sendo permitida apenas a sua utilização caso não seja evidenciado o nexo de causalidade ou quando possa ser obtida em fonte independente.

³⁸ Art. 157 – Lei 11.690/2008: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

A contaminação da prova derivada somente se dará, conforme aponta Garcia (2016, p. 234), quando existir relação de causalidade entre a prova derivada e a prova ilícita, no caso, se a prova originária ilícita não tiver sido condição *sine qua non*, para se obter a outra prova, esta não estará contaminada com a ilicitude, sendo assim, as demais provas ainda podem ser consideradas lícitas e podem ser utilizadas no procedimento.

A segunda teoria, da Proporcionalidade, conforme Távora e Alencar (2014, p. 515-518) têm como finalidade equilibrar os direitos individuais e os interesses da sociedade, não admitindo a rejeição de provas obtidas por meios ilícitos. Grinover e Gomes Filho (2001, p. 136), afirmam que a teoria da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, vem sendo atenuada por outra tendência, que visa corrigir possíveis distorções que a total exclusão pode ocasionar. Trata-se do critério de proporcionalidade, no qual em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem-se admitido à prova ilícita, com base no equilíbrio entre valores fundamentais constantes.

Enfatiza-se que as normas constitucionais devem coexistir harmonicamente, devendo ter seus interesses e valores protegidos, considerando a mais preponderante e valiosa para o caso em apreço. A partir daí, ocorrendo conflito, aplica-se a proporcionalidade e razoabilidade.

Os defensores desta teoria como descreve Nucci (2014, p. 515), alegam que a norma que impõe a inadmissibilidade não deve ser interpretada somente com fundamento na sua literalidade, pois pode sua determinação não ser acatada quando estiver em risco interesses e valores constitucionais de maior expressão.

Nesse sentido, Carvalho (2009, p. 97) explica que a única possibilidade de afastar a regra da não admissibilidade das provas ilícitas é analisando o caso concreto, a opção do constituinte demonstrar-se extremamente desarrazoada, podendo ocasionar risco aos valores que a regra buscava proteger, ou seja, se a pena de inadmissibilidade da prova for tão severa, que venha trazer perigo de dano aos bens fundamentais mais caros.

Em resumo, quando a aplicação da regra contrariar a própria lógica e levar o constituinte a adotá-la, apesar de evidenciado que o seguimento da regra, em determinados casos, pode feri - lá. Garcia (2016, p. 245-246) elucida melhor as alegações com a seguinte situação, quando um réu é denunciado pela prática de homicídio com base nos depoimentos de duas supostas testemunhas presenciais

que, diante da autoridade policial, afirmam ter visto o acusado na cena do crime, disparando a arma de fogo que ocasionou a morte da vítima. Em um ato de desespero o réu consegue interceptar algumas ligações telefônicas entre as testemunhas, onde se descobre o propósito de incriminar o acusado pelo crime que não cometeu. Mentiram perante o delegado de polícia.

Nessa situação hipotética, fica clara a ilicitude da escuta telefônica, pois não foi realizada conforme os ditames da lei, no entanto, caso seja analisado friamente a letra da norma no que se dispõe o art. 5, inciso LVI³⁹ da Constituição Federal e o artigo 157⁴⁰ Código de Processo Penal, o magistrado seria obrigado a condenar um inocente, tendo em vista que seria considerada ilícita a única prova constituída a seu favor, referindo o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, Garcia (2016, p. 246) complementa “o respaldo jurídico para a admissibilidade da prova ilícita *pro reo* encontra amparo no Direito Constitucional e, sobretudo, no uso adequado e democrático da teoria da proporcionalidade”.

Contudo, conforme Nucci (2014, p. 338-339), se o texto constitucional rejeita o erro judiciário é natural que não seja possível sustentar a proibição da prova ilícita, quando for contra os interesses do réu inocente. Dessa forma elas são admitidas através da proporcionalidade, no entanto é uma situação diversa do que ocorre quando a prova ilícita advém do poder público, neste caso é viável admitir maior liberdade de atuação policial, desprovida de proteções constitucionais em nome da segurança pública, pois ainda não possuímos um Estado-investigação preparado e equilibrado, podendo deste modo acarretar um abuso policial.

Tendo em vista, essas circunstâncias, o Brasil adota a Teoria da Prova ilícita por derivação, também denominada Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada.

4.2 Teoria das Nulidades no Inquérito Policial

Os atos jurídicos são considerados uma conduta ou um comportamento adotado por uma pessoa, onde manifesta sua vontade e produz efeitos jurídicos,

³⁹ Art. 5 – CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

⁴⁰ Art. 157 – CPP: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

podendo causar a modificação ou extinção de um direito. Ocorre que esses atos jurídicos, para terem validade requerem um agente capaz, um objeto lícito, possível, determinado ou determinável e uma forma prescrita ou não defesa em lei, requisitos explícitos no artigo 104⁴¹ do Código Civil Brasileiro.

No entanto, quando este ato não preenche as formalidades previstas em lei, se tem um ato ilícito, sujeito às consequências previstas no ordenamento. Em consequência do ato jurídico, cria-se uma espécie, sendo denominada de ato jurídico processual, estabelecendo que as formalidades previstas em lei devem ser obedecidas.

Carnelutti em sua obra coloca que:

Quando o ato jurídico, em particular o ato processual, está provido de todos os seus requisitos, é dito que é perfeito. À perfeição do ato, no qual se expressa a presença de todos os seus requisitos, opõe-se sua imperfeição, a qual se resolve, reciprocamente, na ausência de algum de seus requisitos, isto é, na presença de algum vício. Da imperfeição do ato deriva sua eficácia. Da imperfeição do ato pode derivar sua ineficácia. A perfeição é conceito estático; a eficácia é conceito dinâmico; a primeira refere-se ao ser do ato, a segunda a seu operar. O ato é eficaz ou ineficaz segundo produza ou não efeitos jurídicos. (1999, p. 582).

Sendo assim, percebe-se que quando o ato se apresenta de forma ilícita há de ser sanado ou então, extinto. Há diferentes tipos de atos, são eles denominados irregulares, inexistentes e nulos.

O ato irregular é defeituoso, são defeitos de mínima relevância diante do processo e que não afeta a validade do ato. Esses atos não comprometem a eficácia de princípio constitucional ou processual, não provocando consequências relevantes. Segundo Rangel (2011, p. 896) “é ato que, mesmo praticado em afronta à lei, atinge o fim colimado pela norma. Existe a desconformidade com o modelo legal, porém não houve prejuízo para as partes, muito menos influência em verdade substancial ou na decisão da causa”, sendo assim, são considerados infrações superficiais, sendo convalidadas pelo prosseguimento do processo.

Os atos inexistentes são aqueles que carecem de existência. O ato existe, mas o que não ocorre são os seus efeitos jurídicos, sendo juridicamente inexistente

⁴¹ Art. 104 - CC: A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

não tem eficácia e independe de decisão judicial para declarar sua invalidade. Como Nucci (2014, p. 768) ensina que “existem atos processuais que, por violarem tão grotescamente a lei, são considerados inexistentes”, portanto, não podem ser convalidados e nem necessitam de decisão judicial.

Em relação aos atos nulos, estes são os praticados com violação à forma prescrita na lei. Segundo Rangel (2011, p. 895), são atípico e sofrem sanção de nulidade, sendo um estado do ato após o reconhecimento de sua invalidade. Estes atos podem ser classificados como de nulidade relativa ou nulidade absoluta.

As nulidades no Processo Penal são como um defeito jurídico ou vício, que torna inválido ou destituído de valor um ato ou o processo, total ou parcialmente. Conforme Nucci (2014, p. 767) as nulidades são como vícios que contaminam atos processuais, levando a inutilidade de tal ato e até sua conseqüente renovação. São vícios, pois não foram praticados em observância a lei.

Essas nulidades podem ser divididas em absolutas e relativas. Na relativa, o defeito do ato ou vício pode ser sanado por mecanismos previstos em lei e quando não declarada à nulidade, ele irá produzir seus efeitos jurídicos, pois se não for reconhecida no momento oportuno, haverá a preclusão, como alega o artigo 572, I⁴² passando o ato a produzir efeito jurídico. Tendo a declaração judicial de nulidade do ato, a efeito *ex tunc*, retroagindo a data do ato. Segundo dispõe Eugênio (2011, p. 814) “as nulidades relativas, por dependerem de valoração das partes quanto à existência e à consequência do eventual prejuízo, estão sujeitas a prazo preclusivo, quando não alegadas a tempo e modo”, portanto tem como requisito a demonstração do prejuízo, além de ter que ser arguida a tempo.

Na absoluta o vício ou defeito do ato não pode ser sanado, tendo assim, que ser declarada sua invalidade, através de decisão judicial, se desfazendo o ato e os que lhe forem subsequentes, conforme dispõe o artigo 573, § 1º⁴³ do Código de Processo Penal.

O doutrinador Nucci (2014, p. 767) descreve que são aquela que “devem ser proclamadas pelo magistrado, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, porque produtoras de nítidas infrações ao interesse público na produção do devido

⁴² Art. 572 - CPP: As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas: I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior.

⁴³ Art. 573 - CPP: Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados. § 1º - A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

processo legal”, assim, as nulidades absolutas são aquelas que podem ser alegadas a qualquer momento do processo.

Diante do instituto das nulidades, cabe destacar que não há nulidade sem prejuízo, sendo o princípio do prejuízo um dos mais importantes na regência desse tema. Deve-se ter cautela para decretar uma nulidade, pois como dito por Oliveira (2011, p. 821-822) a não observância da forma prescrita em lei só terá relevância na exata medida em que possa impedir a realização do justo processo, promovendo o desequilíbrio na participação e efetiva contribuição das partes ou afetando o adequado exercício da função estatal jurisdicional.

No artigo 563⁴⁴ do Código de Processo Penal, este princípio está explícito, demonstrando que o reconhecimento judicial da nulidade depende desta demonstração. Destaca-se que atualmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça defendem a necessidade de demonstração do prejuízo tanto na nulidade absoluta como na relativa. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal pela segunda turma em julgamento de Habeas Corpus, alegou que,

À luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, relativa ou absoluta, exige-se a demonstração de efetivo prejuízo causado à parte (*pas de nullité sans grief*).

De outra parte, está incluso no artigo 566⁴⁵ do Código de Processo Penal, que não se declara nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade real ou da decisão da causa. Tendo como base o prejuízo, não podendo falar em nulidade, pois é possível ocorrer atos sem as formalidades legais, que embora incorreto, não concorreu para a verdade real do caso. Assim, preserva-se o ato e se mantem a regularidade do processo. Segundo Nucci (2014, p. 769), desta prerrogativa permeiam os princípios da instrumentalidade das formas, da verdade real, da economia processual, bem como o da razoável duração do processo.

⁴⁴ Art. 563 - CPP: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

⁴⁵ Art. 566 - CPP: Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Outro princípio importante é o da convalidação, referente às nulidades relativas, está implícito no artigo 572⁴⁶ do Código de Processo Penal. Onde mesmo o ato sendo praticado em desconformidade com a lei, pode ser convalidado, aceito, desde que se amoldem as condições previstas em lei.

Ademais, está implícito no artigo 573⁴⁷ e incisos, o princípio da causalidade ou contaminação, que conforme descreve Nucci (2014, p. 771) “significa que a nulidade de um ato pode ocasionar a nulidade de outros que dele decorram, constituindo mostra da natural conexão dos atos realizados no processo, objetivando a sentença”, assim, entende-se que um ato defeituoso, pode estender seu defeito aos que lhe são subsequentes e que dele dependam.

Conforme aponta Rangel (2011, p. 900) “por força do art. 573 § 1º do CPP, há nulidade originária (a do ato em si) e a nulidade derivada (dos atos que são subsequentes e que dependam do anterior)”, porém, destaca-se que a nulidade nos atos instrutórios nem sempre afetam os demais, diferente dos atos postulatórios, cabendo ao magistrado ou tribunal reconhecê-la e declarar suas consequências.

Versando sobre nulidade, há de se questionar se existe a possibilidade de nulidades na fase de investigação preliminar ou, se existe apenas irregularidades, por se tratar de um procedimento administrativo e não um processo judicial.

A maioria dos doutrinadores defende que existem apenas irregularidades, pois é procedimento composto por atos de investigação, que tem como finalidade auxiliar na formação da *opinio delictio*. No entanto o doutrinador Lopes Junior (2012, p. 199-200) salienta que a natureza administrativa da investigação preliminar não a resguarda contra as garantias processuais próprias do processual penal.

Diante disso, mais a realidade prolatada pelos Tribunais Superiores, quais entendem que os atos de investigação podem ser valorados na sentença, desde que as provas que serviram de insumo fossem judicializadas, torna-se evidente que os atos podem ser passíveis de nulidade.

Lopes Junior (2012, p. 124-125) denomina esse entendimento como “extensibilidade jurisdicional”, onde a partir do momento que a investigação fornece

⁴⁶ Art. 572 - CPP: As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas: I - se não forem arguidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior; II - se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim; III - se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito os seus efeitos.

⁴⁷ Art. 573 - CPP: Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados. § 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência. § 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

material decisório ao juiz, e este usa dos elementos coletados no inquérito para sustentar sua decisão, é notório que esses elementos incorporam-se ao processo, configurando uma concessão da prestação jurisdicional, sendo assim, passível de nulidade.

Conquanto, caso se afaste o controle de legalidade da investigação preliminar, é como se estivesse fornecendo-lhe uma presunção de legalidade, um privilégio que nem os atos jurisdicionais possuem. Em relação a esta questão o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus, defendeu que:

(...) A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial (...).

Sendo assim, a única maneira de convalidar nulidades da investigação é refazer os atos na fase judicial, pois senão o fizer, serão declarados nulos, bem como todos os atos subsequentes daquele.

Não obstante, conforme Lopes Junior (2012, p. 228), se o juiz fizer um exame da denúncia e do inquérito, como suporte probatório da ação penal e constatar que foram praticadas diligências sem observar as garantias constitucionais, este deverá decretar a nulidade da atuação e determinar a exclusão do ato dos autos, além de verificar se este não contaminou outros, pois caso interferiu nos subsequentes estes também deverão ser retirados.

Todavia, a ideia de que os vícios na investigação não afetam o processo, não é uma verdade absoluta, nem regra geral, mas sim, um entendimento a ser cuidado para que se possa evitar o desrespeito aos direitos constitucionais do investigado.

4.3 As consequências da inobservância do direito do advogado conforme a Lei 13.245/2016

Para um possível julgamento da melhor interpretação admitida em relação ao que dispõe o artigo 7º, XXI⁴⁸ do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, incluído no ordenamento pela Lei 13.245/2016, deve-se novamente reaver algumas questões pertinentes ao inquérito.

Ao se referir sobre o inquérito policial, em consulta a doutrina, a maioria o conceitua como um mecanismo dispensável e de valor relativo, utilizando-se de simplificações incompatíveis com a importância da investigação policial na prática, desconsiderando que na realidade os processos penais são calcados no inquérito.

Em vista disso, tais alegações são evidenciadas quando analisadas as características deste procedimento, onde muito se fala em seu caráter “meramente informativo”, como já abordado anteriormente. Devido a esta alegação, repassada historicamente, é que se retira a mensagem no que tange ao valor probatório da investigação policial, o considerando insignificante e relativo, tendo por base que não realiza produção de provas.

No entanto, segundo Lopes Junior e Gloeckner (2014, p. 336-338) há de se considerar que a forma como o processo penal se utiliza do inquérito na prática, provoca um equívoco na conceituação repassada, visto que esta demonstra que não é necessária uma atenção a etapa pré-processual, que seus elementos não podem influenciar em uma condenação e que seus vícios não contaminam a ação penal, no entanto é errônea se comparada à forma de realização do processo penal.

Na situação fática, as questões referentes a investigação preliminar não versam na discussão sobre a dependência da incidência do contraditório e da ampla defesa para o valor probatório de um elemento de convicção angariado pelo Estado, pois sabe-se que a valoração da informação decorre da participação das partes, sendo assim, a produção de prova depende da uma defesa. Tampouco, sobre à obrigatoriedade ou não da defesa ter conhecimento e se manifestar com relação aos elementos obtidos.

⁴⁸ Art. 7 - EOAB: São direitos do advogado: 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:

Mas sim, na questão de que não há restrições que o conhecimento adquirido na investigação policial seja considerado prova e sirva de base para a condenação, pois, embora o inquérito seja considerado inquisitivo, ainda assim, há a incidência, mesmo que mitigada, dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Podendo haver participação da defesa, durante a apuração e após a conclusão de atos do inquérito como prevê o artigo sétimo do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em relação a essa característica, há de se considerar que, embora inquisitivo, não há o impedimento da ampla defesa e do contraditório em relação a um elemento produzido pela polícia, com incidência obrigatória, postergado para a ação penal. É visível esta hipótese nas provas não repetíveis e cautelares. Nestes casos, é imprescindível a atuação da defesa diferida no processo, outorgando valor probatório as informações.

Conforme Távora e Alencar (2014, p. 502), as provas não repetíveis tem que ser produzidas rapidamente, visto a sua pena de perecimento, destruição ou desaparecimento. Já as provas cautelares, devem ser colhidas imediatamente em razão do risco de desaparecimento, em consequência do decurso de tempo, sendo necessária uma autorização judicial ou podendo ser solicitada pelo Delegado de Polícia.

Com base nesse contexto é que o dispõe o artigo 155⁴⁹ do Código de Processo Penal, demonstrando que a condenação não pode se basear apenas em elementos de informação advindos da investigação policial, mas pode se basear em provas cautelares e não repetíveis vindas da autoridade policial.

Em relação ao contraditório postergado, os doutrinadores Távora e Alencar (2014, p. 64) ensinam que, consiste no conhecimento das partes posteriormente a produção da prova, tendo a oportunidade de se manifestar em momento posterior, evitando que sejam frustrados os objetos da formação da prova específica, demonstrando que, nestes casos, o contraditório e a ampla defesa são extrínsecos à produção da prova, recaindo após sua formação, proporcionando legitimidade ao elemento produzido, evitando eventuais contestações.

⁴⁹ Art. 155 - CPP: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Além de que, conforme Lopes Junior e Gloeckner (2014, p. 176), há de ressaltar que estão sendo consideradas as informações colhidas pelo Delegado durante a persecução criminal, em igual valoração com a realizada no processo pelo juiz. Consistindo a diferença na desnecessidade de a polícia judiciária informar previamente a defesa sobre as diligências a serem realizadas e na faculdade de participação da defesa no inquérito policial. Essas questões não tratam apenas de garantir os direitos do investigado, mas também de respeitar as garantias constitucionais, dotando o inquérito de efetividade, para que assim o Estado possa se recompor diante da situação causada pelo delinquente.

Ademais, em observância aos atos do inquérito, percebe-se que tirando as oitivas que são posteriormente judicializadas, quais não contam com o contraditório postergado e são considerados elementos de informação, os demais elementos, como informações adquiridas de pessoas e coisas após diligências, são considerados provas.

Nesse sentido Lopes Junior e Gloeckner ensinam que:

A práxis forense brasileira – dada a cultura policialesca que floresce no seio do populismo punitivista que assola o cenário jurídico penal – distancia-se muito daquilo que Roscoe Pound denominou *law in action* (em contraposição a *law in books*). Há o reconhecimento inequívoco de que a sentença baseada em inquérito policial, desde que não o faça isolada e exclusivamente, não padece de nenhum defeito de forma. A utilização de elementos de convicção baseados na investigação preliminar é uma tradição já consolidada na cultura burocratizada da administração de Justiça brasileira. Esse notório e simples fato já contribui para se verificar que o inquérito policial – apesar da declaração de princípios contida no pensamento doutrinário – compreende os elementos de convicção de uma decisão penal (2014, p. 338).

Portanto, embora o entendimento doutrinário, na realidade o inquérito policial é responsável por fornecer elementos probatórios não apenas para o recebimento da denúncia, mas também para a fundamentação da própria sentença condenatória, sendo assim, está se tornando equivocada a asseveração de que o inquérito policial produz apenas elementos informativos, pois nada impede que a polícia judiciária produza provas no curso da investigação, possuindo assim a investigação policial um valor probatório.

Sendo assim, considerando este viés dado ao inquérito policial na realidade da prática processual, quando nos referimos ao artigo 7º, XXI do Estatuto da Ordem dos Advogados, também se faz necessárias ressalvas, visto que possui em sua disposição explicitamente o fato de que o advogado tem o direito de assistir o investigado durante os atos do inquérito e caso seja vedado ou mesmo não oportunizado sua participação, haverá nulidade absoluta do interrogatório ou depoimento e dos demais elementos probatórios dele decorrente ou derivado.

Inicialmente, antes de adentrar no campo das nulidades do seguimento em questão, cabe novamente ressaltar a importância do advogado criminalista, sendo indispensável para a manutenção de uma justiça justa e igualitária.

A importância desse profissional é entendimento incontestável, segundo os ensinamentos de Barbosa (2002, p. 36), perante a humanidade, perante o direito dos povos civilizados e as normas fundamentais do regime jurídico, ninguém, por mais bárbaro que seja seu ato, decai do abrigo da legalidade. Todos estão sobre a proteção das leis, podendo os acusados, dispor de uma faculdade absoluta para combater a acusação, articular a defesa e exigir fidelidade à ordem processual.

Para assegurar essas garantias, foi reservado pela tradição jurídica das mais antigas civilizações o ministério do advogado. Cabendo a este honrar suas atribuições, não só rebatendo a perseguição dos inocentes, mas também, reivindicando no julgamento de criminosos a lealdade, às garantias legais, a equidade, a imparcialidade e a humanidade.

Corroborando com tais alegações, Parentoni em seu artigo sobre a Advocacia Criminal, afirma que o advogado criminalista lida com a liberdade das pessoas, com a repercussão de ações criminosas e as “agruras” da alma humana, sendo necessário, a quem escolhe esta área, a compreensão que estará defendendo a pessoa e seus direitos e não o crime pelo qual é acusado.

Embora, no novo contexto legal, mesmo sendo sua presença facultativa ficando a cargo do investigado, o advogado é considerado peça fundamental na manutenção da justiça, sendo por isso disposto que quando vedada sua participação na investigação, decorrerá nulidade. O fato da lei não obrigar a sua presença acabou por não burocratizar a investigação preliminar, concedendo-lhe assim, uma

prerrogativa, conforme os entendimentos anteriores do Supremo Tribunal Federal, estando em consonância com a Súmula 14⁵⁰.

De outra parte, considerando outro aspecto decorrente da inclusão do inciso no Estatuto, há de se verificar que estando esta prerrogativa regulamentada e havendo a expressa declaração de que haverá nulidade absoluta, ainda não se tem entendimento doutrinário e jurisprudencial nesse certame. A doutrina não reestabeleceu novas considerações e os tribunais não realizaram julgamentos a respeito.

O entendimento até então perseguido, conforme Távora e Alencar (2014, p. 131), é que os vícios do inquérito não atingem a ação penal, prevalecendo a ideia de que o inquérito é dispensável. A irregularidade ocorrida nesta fase poderá gerar invalidade ou ineficácia do ato inquinado, no entanto, sem levar a nulidade processual.

Conforme ensinamento de Rangel (2011, p. 86-88), no que se refere à investigação preliminar essa pode conter defeitos de legalidade que acarrete o seu desfazimento, ou seja, a nulidade do ato praticado, como por exemplo, em um auto de prisão em flagrante feito por um escrivão sem competência para tanto, porém, é diferente da alegação de que o vício ocorrido nesta fase possa contaminar o processo instaurado, havendo extensão da sanção do inquérito ao processo.

Ainda segundo Rangel, o inquérito é via de regra, peça de informação, servindo de base para a denúncia e, portanto, não há de se falar da contaminação da ação penal tendo ocorrido vício de legalidade no curso da investigação, pois se trata de uma fase distinta da persecução penal com disciplinas próprias, ficando sujeita a fase executiva a dos atos administrativos e a judicial, sujeita aos atos processuais.

Corroborando com esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça em julgamento de Habeas Corpus, relatado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura alegou que:

⁵⁰ Súmula Vinculante 14 – STF: 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.

HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. CONFISSÃO. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NO ATO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

(...) 2. 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 seu advogado.

(...) 4. A jurisprudência dessa corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não têm o condão de tornar nula a ação penal. (Resp 332.172/ES, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2007, Dje 04/08/2008).

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, julgou Habeas Corpus, Relatado por Moura Ribeiro, coloca que,

No que tange à alegada inobservância do Devido Processo Legal, é perceptível que a impetração contraria não a sua inobservância, mas a inexistência de contraditório no curso das investigações, o que é absolutamente irrelevante. As investigações criminais não pressupõem o exercício do contraditório. Este será diferido para a fase processual da persecução penal, momento em que, de fato, se produzem as provas (...). Consigno, por oportuno, que os direitos ao silêncio e à não autoincriminação são deferidos aos investigados, sendo inverídica a informação de que nenhuma das pessoas ouvidas pelo Ministério Público pode se fazer acompanhar por advogado. Não vislumbro, por tais razões, ilegalidade ou abuso de poder que justifique o acolhimento do writ.

Analisados os julgamentos acima expostos, destaca-se que ainda não há jurisprudência sobre o contexto atual da lei, considerando-se os últimos julgados. Apresentando o seguinte entendimento, conforme recurso extraordinário, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, relatado por Cezar Peluso, qual dispõe:

(...) Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria.

Portanto, realizado o estudo em relação específica sobre este assunto, se utilizando de doutrina e jurisprudência, não se verificou há possibilidade de nulidade absoluta, caso o advogado seja vedado de participar dos atos investigatórios. A doutrina apontada e as jurisprudências até então convencioneadas, não abrem o precedente para o entendimento de que ocorrendo nulidade na fase investigativa essa influenciará no processo penal, qual não se restringirá ao ato em apreço, mas também aqueles subsequentes ou derivados utilizados na obtenção de outros elementos.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho de pesquisa doutrinária apresentou uma reflexão em torno da fase pré-processual, ou seja, da investigação preliminar, realizada através do Inquérito Policial, que tem como peculiaridade a inquisitorialidade. Este procedimento fica a cargo da Polícia Judiciária, qual possui como principal atividade estatal a investigação de um delito, tendo por objetivo esclarecer os fatos e descobrir sua autoria, levando o Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação perante o judiciário.

Foi dissertado de maneira detalhada o inquérito policial, observando-se que este procedimento ainda é importante, pois serve como método de avaliação da viabilidade da aplicação do poder de punir do Estado, além de que, pelo fato de ser realizado por um órgão independente das partes, não sendo influenciado por estas, torna à busca da verdade dos fatos uma meta contundente, podendo se realizar uma investigação plena, atendendo pelo clamor da sociedade.

Ressaltou-se também, a importância da função do advogado como um defensor dos direitos humanos, tendo este que agir de forma ética e lutar pelos direitos de qualquer cidadão. Este ofício também é uma forma de representatividade dos interesses da sociedade, atuando na defesa dos direitos públicos e fundamentais, sendo peça essencial para a administração da justiça e um bom instrumento para garantir a defesa das partes.

Ainda sobre o profissional de Direito, constatou-se que na esfera criminal, não há quem seja indigno de defesa. Ainda que o crime seja perverso é necessário se verificar a prova, além de prezar pela regularidade do processo, visto que cada uma delas constitui uma garantia em relação à descoberta da verdade, cujo o interesse deve ser acatado rigorosamente.

Neste sentido, se verificou que sobre o profissional de direito, preside desde o sistema inquisitorial, uma relevante consideração. Foi observado que com o passar do tempo está figura se torna cada vez mais imprescindível, sendo que atualmente serve para assegurar uma boa convivência em um Estado democrático de Direito.

Como o objetivo do trabalho era a análise da possibilidade de nulidade absoluta no processo penal, decorrente do inquérito policial, caso vedada a

presença do advogado, durante os atos investigatórios, foi abordado à teoria geral das provas, visto que não há condenação sem estas. A prova além de buscar estabelecer a verdade, são os meios pelos quais se procura estabelecê-las. Nessa senda, elencou-se basicamente a distinção de meios de prova, meios de obtenção de prova e fontes de prova, após se deu ênfase aos limites da liberdade probatória, que mesmo sendo regra, não é absoluta.

Nesse contexto, compreendido que a prova ilícita é inadmissível, conforme assegura a Constituição, tendo que ser excluída do processo, foi apresentada duas teorias majoritárias sobre esta questão, a Teoria da prova ilícita por derivação e teoria da proporcionalidade, quais devem sempre ser observadas no atendimento dos preceitos fundamentais.

Outrossim, após as provas não poderia deixar de esclarecer sobre a teoria das nulidades. Nesta instância foram elencados os diferentes tipos de atos, como os irregulares, inexistentes e nulos. Em relação aos nulos, quais são praticados com violação à forma prescrita em Lei, estes sofrem sanção de nulidade, podendo ser tanto uma nulidade relativa ou absoluta, haja vista que as nulidades são vícios que contaminam os atos processuais, levando a sua inutilidade, podendo requerer sua renovação, sendo distintas por uma linha tênue de interpretação e particularidades.

Realizadas as disposições preliminares ao que embasa todo o procedimento penal, passou-se a análise da possibilidade de nulidade, após a promulgação da Lei 13.245/16. Nesse sentido, considerando todas as alegações acerca do inquérito policial, o qual sempre foi considerado um procedimento apenas informativo e de valor relativo.

Ocorre que, após a pesquisa realizada sobre o tema, percebeu-se que o valor do inquérito não é conceituado da mesma maneira como está sendo utilizado, visto que atualmente a prática profissional não segue os ditames da doutrina, demonstrando que a investigação preliminar está perdendo seu caráter meramente informativo e ganhando um real valor probatório.

Em razão disso, pretendeu-se verificar se há possibilidade de nulidade absoluta proveniente do inquérito policial, quando não oportunizada ou vedada à presença do advogado no acompanhamento dos atos da investigação, de outra maneira. No entanto, foi constatado que ainda predomina a ideia que os atos viciados da investigação preliminar, não possuem capacidade para resultar em uma nulidade absoluta dentro de uma ação penal.

Por fim, a partir de todas as considerações trazidas, enfatiza-se que não é possível concluir um posicionamento sobre o tema, visto que a legislação foi atualizada recentemente, não existindo jurisprudência consolidada, bem como doutrina específica acerca do assunto. No entanto, se houver entendimento pacífico em relação à praxis forense brasileira, proveniente de uma cultura policialesca do populismo punitivo, na qual se reconhece que uma sentença que tem por base o inquérito policial, desde que não de forma exclusiva, não apresenta nenhum defeito, além de não considerar fato atípico a convicção do magistrado baseada na investigação preliminar, o valor probatório do inquérito não será apenas relativo, visto que poderá contribuir para a fundamentação da sentença.

Portanto, partindo dessa premissa, os atos do inquérito mesmo sendo realizados fora da esfera jurisdicional, não devem ser isentos do controle de validade. Assim, quando vedado o acompanhamento do advogado durante os atos do inquérito, há possibilidade de serem declarados nulos (nulidade absoluta), no que concernem as provas irrepetíveis, tendo como prerrogativa a demonstração do prejuízo sofrido pelo acusado.

6 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **O dever do Advogado**. Carta a Evaristo de Moraes / Rui Barbosa; prefácio de Evaristo de Moraes Filho. 3. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2002. Disponível em: <<http://intervox.nce.ufrj.br/~ballin/dever.pdf>>. Acesso em: 11 mai. de 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BATOCHIO, Roberto José. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Relator Modesto Carvalhosa. Brasília, DF, 13 de jan. 1995. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2017.

BITTAR, Eduardo C. B. **História do Direito Brasileiro: Leituras da ordem jurídica nacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 de mar. 2017.

_____. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 4 de out. de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2017.

_____. **Decreto N.º 27, de 26 de maio de 1992**. Senado Federal. Brasília, DF, 29 de mai. 1992. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 1 de mai. de 2017.

_____. **Decreto Nº 19.408, de 18 de novembro de 1930**. Revogado pelo Decreto nº 11, de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19408impressao.htm>. Acesso em: 1 abr. 2017.

_____. **Lei Nº 8.906, de 4 de julho de 1994.** Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm>. Acesso em: 8 de mai. 2017.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 de jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 de mar. 2017

_____. **Lei Nº 11.690, de 9 de Junho De 2008.** Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 10 de junho de 2008b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 14 de fev. 2017.

_____. **Lei Nº 12.830, de 20 de junho de 2013.** Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 de jun. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2017.

_____. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 de mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 8 de mar. 2017.

_____. **Lei Nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016.** Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm>. Acesso em: 10 de mai. 2017.

_____. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.** 8 de set. 194cl. Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_pena_l.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Regimento de Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 125242/PA.** Agravante Flávia Verônica Monteiro Pereira. Agravado Ministério Público Federal. Brasília, 06 de dezembro de 2016. Relator Celso de Mello. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12568050>>. Acesso em: 01 de mai. 2107.

_____. **Recurso Extraordinário nº 0 593727/MG.** Recorrente Jairo De Souza Coelho. Recorrido Ministério Público Do Estado De Minas Gerais. Relator Cezar Peluso. Brasília, 4 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ACOMPA>>

NHAMENTO+DO+INQU%C9RITO+PELO+ADVOGADO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n7ykrk>. Acesso em: 12 mai. de 2017.

_____. **Súmula Vinculante n. 14**, de 2 de fevereiro de 2009. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 9 de fev. 2009a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>.. Acesso em: 12 de mai. 2017.

_____. Superior Tribunal De Justiça. **Habeas Corpus nº 188616 (2010/0197338-0)**. Impetrante Danilo Knijnik E Outro. Impetrado Tribunal De Justiça Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Relator Moura Ribeiro. Brasília 05 de dezembro de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24794886/habeas-corpus-hc-188616-rs-2010-0197338-0-stj/inteiro-teor-24794887?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 mai. de 2017.

_____. **Habeas Corpus nº 215.335 – MS (2011/0186217-9)**. Impetrante Robson Almeida de Souza. Impetrado Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 11 de março de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stj-nega-anular-confissao>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

_____. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Nº 35180**. 5ª Turma. 05 de novembro de 2013. Relatora Laurita Vaz. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24770886/mandado-seguranca-675416-2013-0227338-0-stj/inteiro-teor-23794877?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 mai. de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições de Processo Civil**. Vol I. São Paulo: Servanda, 1999.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5. ed. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CORTINA, Adela. MARTÍNEZ, Emílio. **Ética**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**: comentários de Francisco Peña, doutor em direito canônico e civil. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro; Brasília: Rosa dos Tempos: Edunb, 1993.

GARCIA, Flúvio Cardinelle Oliveira. **Noções de Direito Processual Penal à luz de alguns de seus princípios** [livro eletrônico]. Curitiba: InterSaberes, 2016. Disponível em:<

<http://upf.bv3.digitalpages.com.br/users/publications/9788559720082>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A garantia das motivações das decisões judiciais na Constituição de 1988**. In PRADO, G.; MALAN, D. (Coord). Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001.

JR. LOPES, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

JR. LOPES, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Bookshelf Online. Disponível em: <<https://online.vitalsource.com/#/books/9788502225992/cfi/3!/4/4@0.00:64.2>>. Acesso em: 11 de mai. 2017. em:

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e OAB**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MANOLE. **Constituição e Códigos**. 7 ed. 2009. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books>>. Acesso em 12 de mar. 2017.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pecelli. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597006377/recent>> . Acesso em: 11 de abr. 2017.

PARENTONI, Roberto. **A advocacia criminal**. Indecrim - Instituto Jurídico Roberto Parentoni. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/164-a-advocacia-criminal>>. Acesso em: 12 mai. 2017.

PIOVEZAN, Giovani Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira. **Estatuto da Advocacia e OAB Comentado**. Curitiba: OAB/PR, 2015. Disponível em <<https://www.passeidireto.com/arquivo/23556697/estatuto-da-advocacia-e-oab-comentado>>. Aceso em: 24 de abr. 2017.

RANGEL, PAULO. **Direito Processual Penal**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SÁ, Antônio Lopes de. **Ética profissional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **O Advogado, seu Estatuto e a Ética Profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti. **Curso de direito processual penal**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Online. Disponível em:
<<https://www.passeidireto.com/arquivo/19269440/livro---fundamentos-de-historia-do-direito---antonio-carlos-wolkmer>>. Acesso em: 12 mai. 2017.