

1 INTRODUÇÃO

O tema denominado “*A assistência de advogado na investigação preliminar como garantia fundamental do investigado: A efetivação do direito a investigação defensiva*”, está diretamente relacionado aos direitos e garantias fundamentais, sendo o seu estudo de grande relevância social e jurídica.

A investigação preliminar, no direito brasileiro, atua como filtro da ação penal, coletando indícios de materialidade e autoria, demonstrando a justa causa que autoriza (ou não) a propositura da respectiva ação penal, serve, também, para sustentar medidas investigativas que violam a intimidade e a dignidade da pessoa humana (a exemplo: quebra do sigilo bancário e telefônico, busca e apreensão de bens, inviolabilidade do domicílio, prisão provisória), bem como a restrição da liberdade com a execução de prisões cautelares ou provisórias (flagrante, preventiva e temporária) lastreadas em provas unilateralmente produzidas e colhidas durante a fase procedimental da inquirição policial.

Contudo, apesar de a investigação preliminar ser instrumento importante para o exercício da persecução criminal do Estado contra o potencial infrator das normas jurídicas positivadas, trata-se de um procedimento administrativo, meramente informativo, desenvolvido unilateralmente pela autoridade policial e destinado a fornecer elementos de indício de autoria e materialidade para fins de instrumentalizar a instauração do processo ou não, de forma que renega, em sua essência, a participação da defesa na construção do convencimento.

Assim, estando o direito ao devido processo legal, à propriedade, à liberdade, à intimidade, assegurados como direitos fundamentais da pessoa humana, conforme preconizado na Constituição da República Federativa do Brasil, e, em contrapartida, a possibilidade dos atos praticados na investigação preliminar (ou procedimento de inquérito policial) interferirem sobremaneira em direitos e garantias individuais, estuda-se a possibilidade de atuação do advogado na defesa dos interesses do investigado e a prática da investigação criminal defensiva.

O fundamento do estudo basear-se-á no advento da Lei nº 13.245/16, que alterou o artigo 7º, inciso XXI, “a” do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94),

bem como o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, que, respectivamente, estabeleceu o direito básico do advogado no acompanhamento do depoimento de seu cliente na investigação preliminar, bem como a possibilidade de formular quesitos e apresentar razões e prevê a figura da investigação criminal defensiva. Por conseguinte, tornando relevante a discussão acerca da obrigatoriedade da presença de defesa técnica na fase pré-processual como uma garantia fundamental do investigado (indiciado, suspeito ou qualquer outra denominação que se dê). Eis o que se propõe demonstrar com o trabalho.

Dessa forma, começa-se explicando sobre a origem e evolução dos direitos fundamentais, voltados ao enfoque da proteção do homem e a sua liberdade. Após discorrer sobre tal tema, será demonstrado, de forma sucinta, a importância do advogado para a defesa dos direitos e garantias fundamentais, abordando seu papel de atuação na sociedade contemporânea brasileira. Logo depois, analisa-se como é tratada a investigação preliminar no direito brasileiro, apontando as críticas ao sistema vigente, e norteando o sistema ideal para a efetivação dos direitos.

Em arremate, é enfrentado o tema diretamente, indicando as correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da obrigatoriedade da presença do advogado na investigação preliminar como direito fundamental do suspeito, a fim de assegurar o cumprimento da lei, e sobretudo garantir a ampla defesa.

2 DESENVOLVIMENTO

Tarefa árdua é a de fixar a terminologia adequada aos direitos que protegem o homem, tendo em vista as inúmeras denominações existentes na literatura jurídica, entre as mais corriqueiras encontramos *direitos fundamentais*, *direitos humanos*, *direitos do homem*, *direitos subjetivos públicos*, *liberdades públicas*, *direitos individuais*, *liberdades fundamentais* e *direitos humanos fundamentais*, porém, todas elas, resumem-se, de acordo com o ensinamento de Ingo Salert (2012a, p. 29-30), nas expressões *direitos humanos*, *direitos fundamentais* e *direitos do homem*.

Continua instruindo o jurista que apesar da similitude aparente das denominações, há distinção entre ambos, no sentido de que o termo *direitos fundamentais*

são aqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão *direitos humanos*¹ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos.

Já a expressão *direitos do homem*, estaria vinculada a ideia de direitos naturais ainda não positivados que o ser humano possui pelo simples fato de existir e, por isso, é chamado de pré-fundamentais. Nesse panorama, de particular importância observar que, o reconhecimento dos direitos fundamentais não se deu de uma só vez, foram sendo reconhecidos aos poucos, e estão em constante evolução até os dias atuais, com o legislador positivo publicando novas leis, com a prolação de sentenças que declaram o direito no caso concreto, bem como a própria evolução da cultura humana.

Constata-se a importância de se estudar evolução histórica dos direitos fundamentais, com intuito de melhor compreender as mudanças que foram ocorrendo conforme o reconhecimento dos direitos já existentes, apesar de não positivados ou só aplicados a uma certa categoria da sociedade, como de outros que foram sendo introduzidos conforme a evolução social, política, econômico e jurídica, por qual estava se passando.

Desde os primórdios da humanidade, à época conhecida como Estado de Natureza, o homem já possuía o direito à propriedade, liberdade e a vida, embora se fizesse necessário o uso da força pessoal para garanti-los, uma vez que inexistia regras de convivência tampouco formação de Estados.² Os direitos fundamentais, sob essa perspectiva, caminham e evoluem junto com a humanidade, contudo, apesar dessa linha de raciocínio há doutrinadores que entendem que os direitos fundamentais surgiram com a consagração da liberdade religiosa, o garantismo processual e, por outros, a partir do fim da segunda guerra mundial.

¹ Para Ingo Sarlet (2012b, 29-30), com base lições de Bobbio, o termo *direitos humanos* não podem ser equiparados ao de direitos naturais, uma vez que a própria positivação em norma de direito internacional, já revelou de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos que assim se desprenderam, ao menos em parte, da ideia de um direito natural.

² O contratualista John Locke defendia que a propriedade, a liberdade e a vida eram direitos naturais do homem, e que a razão do governo existir é a preservação desses direitos. (*vide* Segundo Tratado sobre o Governo Civil)

Acerca do panorama histórico, explica LEITE SAMPAIO que (2010, p. 133):

O sentido de direitos humanos ou fundamentais tem certamente suas fontes em processos históricos muito longínquos no tempo. Todavia, somente com as mudanças sociais, econômicas e políticas no trânsito da Idade Média para a Idade Moderna é que assumem tais direitos significado mais preciso. [...] Temos dispostas assim as três grandes matrizes do sistema de direitos humanos: religião, processo e propriedade. Ou mais precisamente a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade.

É certo que a liberdade religiosa³ foi de grande importância na história mundial, em virtude da mudança de posicionamento do Estado que teve que passar a tolerar o pluralismo religioso (liberdade de culto) num período, em que não se admitia, ou, pelo menos, não se concebia, a liberdade de culto. Assim, com o surgimento dos protestantes que passaram a questionar as formas de interpretação da bíblia, o Estado passou a ter que aceitar outras formas de manifestações religiosas, mesmo que ainda de forma tímida, sem exterminar com a religião oficial e a hegemonia da Igreja Católica Apostólica Romana.

Tanto é assim, que o rei da França Henrique IV, em 1.598 d.c., assinou o Édito de Nantes, consentindo aos franceses calvinistas a liberdade de praticarem o seu próprio culto, o qual foi posteriormente revogado por Luís XIV em 1.685 d.c. Doutro modo, a Carta do Convênio entre o Rei Afonso I de Aragon e os Mouros de Tudela, em 1.119 d.c., também é indicado como um dos marcos para a liberdade religiosa, pois nela assegurava a liberdade de trânsito dos Mouros e o respeito aos seus costumes religiosos.

Por sua vez, a necessidade de proteção a alguns direitos inerentes ao ser humano, vinculada a compreensão de que sem a proteção desses direitos jamais haveria uma sociedade justa, surgiram as chamadas garantias processuais ou como denominada nos Estados Unidos, o *due process of law*⁴, com o objetivo de diminuir a arbitrariedade na detenção, aplicação de penas de castigo e na utilização de tortura como forma de investigação.

Já a matriz do direito de propriedade consistia na proteção contra a expropriação arbitrária de propriedade em nome do interesse público ou comum, invasões, cobrança

³ Alguns entendem que a liberdade religiosa não seria o marco inicial dos direitos fundamentais e, sim, a liberdade de locomoção e sua proteção contra prisão arbitrária, por constituir o pressuposto necessário ao exercício das demais liberdades, inclusive da liberdade de culto e religião. Neste sentido, Ingo Sarlet (2012c, p. 43)

⁴ Devido processo legal, tradução livre.

abusiva de impostos e taxas, a título de exemplo temos a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1.215 pelo rei João Sem Terra e pelos bispos e barões na Inglaterra, servindo, ainda que discriminatoriamente como referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade.⁵

Com a evolução social, outros documentos foram firmados concedendo novas liberdades. As declarações de direitos ingleses do século XVII, denominada *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corp Act*, de 1679, firmada por Carlos II e o *Bill of Rights* de 1689, promulgado pelo Parlamento Inglês, que entrou em vigor como resultado da Revolução Gloriosa de 1688. Posteriormente, a Declaração de Direitos do povo da Virginia, de 1776 incorporando de maneira virtual os direitos e liberdades já concebidos pelos ingleses do século XVII, com uma grande diferença, ao ser introduzida no direito americano, ingressaram com características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, vinculando assim, a todos os poderes.

Na idade moderna, a devastação causada pela segunda guerra mundial proporcionou o surgimento de uma nova ordem de direitos, o mundo passou a olhar e preservar o direito da pessoa humana, a vida, a dignidade, a liberdade etc. Uma verdadeira redoma dos direitos fundamentais, a exemplo temos a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em 1969, entre tantos outros.

Entrementes, a advocacia capitaneada pelos homens sábios, surge pela necessidade de defender aqueles que tinham seus direitos e garantias desprezados.⁶ Tamanha a importância do trabalho que o advogado exercia que ele não recebia qualquer salário ou

⁵ Para Ingo Sarlet, (*Ibidem*, pg. 41) esses documentos não possuem caráter de direito fundamentais, pois foram outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico, marcado pela desigualdade. Entretanto, conclui que não se pode deixar de reconhecer o seu valor, principalmente no que concerne as liberdades, tendo sido a base para ulterior reconhecimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais nas constituições.

⁶ “É no Império Romano que se encontram as raízes do Direito e bem assim é nele que se localizam as origens da advocacia representada em duas figuras distintas: o advogado e o jurisconsulto. Sob o prisma histórico, pode-se dizer que a advocacia tem sua origem na necessidade moral de defesa daqueles que por serem hipossuficientes e inocentes acabavam por ser vítimas de injustiças de todos os gêneros. Nesta esteira, surgem cidadãos que, inconformados com as iniquidades, passaram a exercer, gratuitamente, a defesa daqueles que por serem fracos tinham seus direitos desprezados. Assim, com base na verdade, direito e justiça, surgem homens justos dispostos a lutar por outrem e, assim, dar ensejo a uma profissão pautada na dignidade da pessoa humana.” (TAKEDA, Tatiana de Oliveira. A origem e missão do advogado. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7667>. Acesso em fevereiro de 2016.)

gratificações, mas apenas honorárias pelo nobre serviço prestado, daí vindo a expressão remuneratória da atualidade, qual seja, a de o advogado receber honorários.

O advogado, desse modo, merece o reconhecimento do grande defensor dos direitos fundamentais na história da humanidade, sobretudo sobre a importante atuação na defesa da liberdade, propriedade e outros direitos dos oprimidos, afinal, a palavra advogado deriva do latim *advocatus*, ou seja, aquele que é chamado em defesa do acusado.⁷ Dado a isso, a participação do advogado no processo ou procedimento constitui uma garantia de que as leis serão observadas ao rigor, atingindo a finalidade da justiça que se espera. Feita tais elucidações, adentra-se as profundezas da questão proposta a se debater.

A evolução do sistema processual brasileiro, permite a conclusão de que a ordem constitucional adotou o sistema acusatório, à mercê de não conter na constituinte menção expressa neste sentido. Denota-se isto por causa do imenso zelo da Constituição Federal de 1988 com as garantias e liberdades individuais, visualizados pelos inúmeros princípios e direitos fundamentais expressos (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc).

O vigente Código de Processo Penal, contudo, inaugurado em 1941 ainda sob os sombrosos tempos do Estado Novo⁸, possui grande afinidade ao sistema inquisitivo que é evidentemente contrário as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988. Neste passo, apesar que o processo segue o sistema acusatório, permanece o ranço da inquisitividade na investigação preliminar.

Essa dicotomia de sistemas processuais nos dizeres de LOPES JR. (2001, p. 181-182) é “*a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter 'misto'.*” O sistema misto⁹ (ou sistema *neoinquisitório*) surgiu com o Código Napoleônico em 1808, e o seu modelo serviu como base para diversos países, inclusive, o Brasil é um de seus signatários. Duras críticas são ditas a esse sistema, principalmente porque quando as provas

⁷ Disponível em:<<http://www.priberam.pt/dlpo/advogado>>. Acesso em: fevereiro de 2016.

⁸ O Estado Novo foi um período autoritário da nossa história, que durou de 1937 a 1945.

⁹ Outros autores (Mirabette, Tourinho etc.), contudo, classificam o sistema brasileiro de acusatório baseados que a fase investigatória, inquisitiva, não é propriamente processual, pois tem caráter administrativo.

produzidas no inquérito acompanham o processo, contaminam (mesmo que inconsciente) o pensamento do julgador.

Neste sentido, mais uma vez citamos LOPES JR. (2001b, p. 186):

[...] Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do 'cotejando', 'corrobora'[...] e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição.

Sob a influência de tais aspectos, vê-se que o modelo de investigação criminal adotado pelo sistema brasileiro é um procedimento administrativo, sigiloso, meramente informativo, desenvolvido unilateralmente pela autoridade policial e destinado a fornecer elementos de indício de autoria e materialidade para fins de instrumentalizar a instauração do processo criminal ou não.

Nesse modelo inquisitorial, existe ampla discricionariedade para a produção de provas com o objetivo de atingir a pretensa verdade real, admitindo-se, pois, quaisquer métodos e meios para a descoberta dessa verdade, desde que, logicamente, respeitem os limites da Constituição Federal. Isso é o que se extrai dos ensinamentos de LIMA (2011, p. 09):

[...] Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso. No sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca a verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida.

Em que pese os 28 (vinte e oito) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda existem certas dificuldades na defesa do investigado, entre elas, destaca-se a presença de advogado na oitiva do eventual suspeito (por vezes chamados apenas de testemunhas) do crime investigado pela autoridade policial. Os cenários das delegacias brasileiras, especialmente àquelas mais remotas, ainda persistiam em dizer que o caráter da inquisitorialidade veda qualquer intromissão do advogado no curso do inquérito com o intuito de “não atrapalhar as investigações”.

Tanto é que foi preciso o Supremo Tribunal Federal editar a Súmula Vinculante nº 14¹⁰, estabelecendo o direito do advogado a acesso aos autos e documentos já produzidos pela investigação, como garantia do direito de defesa.

Nesse cenário, com o advento da Lei nº 13.245/16, que alterou o artigo 7º, XXI, “a” do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94)¹¹ para estabelecer o direito básico do advogado no acompanhamento do depoimento de seu cliente na investigação preliminar, bem como a possibilidade de formular quesitos e apresentar razões. E mais, previu a nulidade dos procedimentos posteriores acaso seja violada a disposição normativa.

Ao se debruçar sobre o dispositivo legal, parece-nos que a investigação preliminar brasileira passaria a ter um novo rumo a partir de então, uma vez que a garantia de que o advogado acompanharia o investigado, formulasse quesitos e apresentasse razões findaria com a inquisitorialidade da fase pré-processual devido o atendimento ao contraditório e a ampla defesa.

Todavia, numa análise aprofundada não parece que o inquérito tenha perdido seu caráter inquisitório, não passando o novo dispositivo legal de ser uma das várias prerrogativas que já possuem o advogado no exercício da profissão. Nesse sentido, mais uma vez, expõe LOPES JR. (2016):

[...] o que demarca o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de quem decide (acúmulo de funções). Em se tratando de sistema processual, a figura do juiz-ator, com poderes para determinar a produção de provas de ofício, é a marca característica do sistema inquisitório. Já a figura do juiz espectador e a gestão da prova nas mãos das partes, funda o sistema acusatório.

No mesmo sentido, importante nota de HOFFMANN (2016):

¹⁰ SÚMULA VINCULANTE 14 - É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível:< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>, acesso em fevereiro de 2016)

¹¹ Art. 1º - O art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 7º [...] XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; (NR)”

[...] Ora, sempre foi uma luta dos advogados ter voz ativa no contexto de apurações inquisitoriais, principalmente quando da realização de oitivas. Frequentemente, os advogados queriam expor razões ao presidente das investigações, bem como fazer questionamentos circunstanciados a seus clientes, e acabavam sendo silenciados, sob o argumento de que não deveriam interferir no curso da oitiva. Certamente, esse parece ser um dos motes de tal dispositivo, o qual permite ao defensor apresentar razões e quesitos nesse contexto, ou seja, garante ao causídico, além de poder assistir o seu cliente quando de sua oitiva, também justificar fatos e formular perguntas que auxiliem na apuração dos fatos. Evidentemente, a participação do defensor no interrogatório policial não deve se convolar em protagonismo na direção da colheita de elementos. A condução do ato deve ser feita pela autoridade policial, que ao final pode admitir perguntas pertinentes e relevantes (artigo 188 do CPP).

Outro problema verificado na novel legislação é que aqueles que não possuem condições de custear um advogado particular – grande parte da população – não teriam acesso a defesa no procedimento investigatório, acentuando a desigualdade de tratamento entre as pessoas. Porém, não há como negar a importância da legislação no que se refere a mudança de paradigma da legislação brasileira, a qual está seguindo a tendência de novas garantias e direitos.

Desta maneira, a mudança trazida pela Lei nº 13.245/16 apesar de não tornar a presença do advogado durante o inquérito policial obrigatória, traz uma nova garantia ao cidadão durante uma investigação, qual seja, a positivação do direito de defesa e a participação da defesa técnica, ainda que tímida, nessa fase procedimental.

Nessa perspectiva, apesar da nova lei apenas reforçar as prerrogativas do advogado prevendo a nulidade absoluta do ato quando obstaculizada a sua participação no procedimento, inaugurou-se (ou destacou-se) a discussão se a presença de defesa técnica na fase pré-processual seria uma garantia fundamental do investigado (indiciado, suspeito ou qualquer outra denominação que se dê). Eis a questão.

Há um capítulo específico dentro do Título IV da Constituição Federal do Brasil, versando sobre as organizações do Poderes, às funções que considera essenciais à Justiça Pública, dentre elas, ganha destaque que o texto constitucional preocupou-se em dizer que o advogado é indispensável a administração da justiça¹², dessa forma, dentro dos fundamentos

¹² Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Vade mecum compacto – 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014)

constitucionais, conclui-se que a indispensabilidade do advogado reflete no direito de defesa, do contraditório e o devido processo legal.

É necessário capitular que a indispensabilidade do advogado não se restringe aos âmbitos do Poder Judiciário, mas sobretudo fora dele, pois o que se pretende alcançar é que o imperativo da lei seja estritamente cumprido em sua universalidade. Sob esse prisma, sabe-se que o procedimento investigativo tem a natureza jurídica informativa, uma vez que se presta como fundamento para o ingresso ou não da ação penal.

Mas não é só. A investigação preliminar pode afetar sobremaneira direitos e garantias individuais, ao servir, à guisa de exemplificação, como base para uma prisão cautelar, uma quebra do sigilo bancário e telefônico, sequestro ou apreensão de bens, portanto, somente pelos exemplos citados, verifica-se que está em jogo a liberdade, a intimidade e propriedade das pessoas.

Neste sentido, destaca LOPES JR (2014, p. 322) que:

[...] os atos do inquérito servem de base para restringir a liberdade pessoas (através das prisões cautelares) e a disponibilidade de bens (medidas cautelares reais, como arresto, sequestro etc). Ora, se com base no inquérito o juiz pode decidir sobre a liberdade e a disponibilidade de bens de uma pessoa, fica patente sua importância!

A realidade, entretanto, está longe do que se pode chamar de ideal, pois avista-se confissões que foram obtidas a força pelas autoridades policiais, parcialidade na persecução das provas, má infraestrutura dos postos policiais, e pouco treinamento na humanização dos procedimentos. Ressalte-se que, evidentemente, essas características não se aplicam a todos, mas, tristemente, ainda fazem parte do cotidiano brasileiro.

Destarte, por tratar sobre direitos fundamentais tão básicos e valiosos deve-se acautelar a investigação preliminar dos maiores cuidados, sobretudo pela força probatória que, infelizmente, ainda transborda ao processo judicial. Para tanto, as garantias fundamentais somente estarão protegidas caso a fase preliminar seja obrigatória a presença do advogado, precisamente na oitiva do interrogado, e no acompanhamento de provas cuja a repetição fica comprometida.

Nesse ponto específico, a Constituição Federal de 1988 inovou ao inserir diversas garantias no corpo de seu texto, e foi além, trouxe em seu Título II os direitos e

garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam, direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Inegavelmente uma das mais importantes garantias expressamente positivadas pela atual Constituição foi a do princípio do devido processo legal, do qual derivam os princípios do contraditório e a ampla defesa. Como salientado por MORAES (2006, p. 95), ao tratar sobre o tema:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção a liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado por juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

E continua advertindo que:

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme texto constitucional expresso (art. 5º, LV). [...] Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Seguindo o fluxo, a própria Constituição Federal determina que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, desprezando, assim, a necessidade de qualquer regulamentação para a efetividade delas. Inclusive, convém salientar que no sistema de investigação criminal dos Estados Unidos da América, berço do devido processo legal, a participação do advogado constitui garantia do suspeito, sendo assim, a tomada de depoimento do suspeito formal deve ser realizada com o acompanhamento e presença do defensor, sob pena da imprestabilidade de seu valor probatório.

No direito português, está assegurada a presença de advogado no ato do interrogatório. No direito francês, no procedimento de *instruction*, o sujeito, também, tem

direito a assistência de advogado por toda a fase pré-processual.¹³ Esse direito reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, seja perante o Tribunal, seja na fase da investigação preliminar.

Desse modo, como afirma LOPES JR (2014b, 396), o principal direito que detém o suspeito, nessa fase, é o de ser assistido por um advogado, assim, inobstante a inércia legislativa, à luz da interpretação sistemática da Constituição Federal do Brasil poder-se-ia afirmar que a assistência de defesa técnica desde a fase da investigação preliminar criminal seria direito fundamental da pessoa humana, ao passo que constitui verdadeira efetivação do princípio-norma da ampla defesa.

Neste ponto, reprice-se, que no direito positivado brasileiro, a necessidade da presença do advogado nos atos relacionados a oitiva do investigado somente será obrigatória nos casos em que houver defensor previamente constituído. Ocorre, como visto, que a presença do advogado consiste na proteção do indivíduo investigado e que sofre a persecução criminal do Estado, de que todas garantias previstas em leis e princípios serão rigorosamente respeitadas, trazendo a sensação de um processo justo e equilibrado.

O projeto de lei que trata do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei nº 156/2009) prevê a investigação criminal defensiva como a possibilidade de o investigado promover, diretamente, diligências investigativas como meio de prova, reunindo subsídios à sua defesa.

Significa dizer, ao indiciado seria permitida a investigação criminal, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos (detetive particular), tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Ao final, o material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

Neste passo, as pessoas desprovidas de recursos financeiros para a contratação de um advogado particular para que tenha habilitado o seu direito de defesa seriam socorridas por quem?

¹³ Conclusões sobre o direito estrangeiro retirada da obra de *Investigação Preliminar no processo penal (Op cit., et seq., pg. 363-397)*

Sem medo de errar, a Defensoria Pública deverá assumir tal função, a qual, inclusive, já está dentre seus objetivos previstos no art. 4º, inciso XIV, da Lei Complementar nº 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, a qual estabelece expressamente: *“Art. 4º - São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:[...] XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;”*

Acrescente-se que deve ser prestada pelo Estado a assistência jurídica e gratuita para qualquer do povo que necessite dela, nos termos do artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal. E, aqui, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, o efetivo acesso à justiça, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

Desta feita, sendo o investigado integrante de um grupo economicamente vulnerável, a Defensoria Pública, por força da nova redação do artigo 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil - EOAB, deverá assistir o investigado conforme previsto no projeto de lei do novo Código de Processo Penal (PL nº 156/09) isso porque não há razão jurídica que justifique tratamento diferente entre pessoas de distintos níveis sociais, sob pena de violação ao princípio da igualdade que é a base do Estado Democrático de Direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampla defesa é a garantia de acesso a todos os meios de provas legalmente permitidos em direito. Já o princípio do contraditório, caracteriza-se no direito que as partes têm de se manifestar sobre qualquer fato alegado ou prova produzida pela parte contrária, de modo que influencie no resultado da demanda e se obtenha uma decisão justa e democrática.

Os princípios que constituem o caráter dialético do processo judicial, equacionando o direito de punir do Estado ao tão importante direito de liberdade do acusado, pressupõe a defesa ter acesso aos autos do processo ou procedimento, a todos os documentos e informações nele contidos, a possibilidade de manifestação e, também, o direito de ver seus argumentos apreciados e analisados pelo órgão julgador, de forma a prestigiar o ordenamento

constitucional brasileiro esculpido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe acerca da observância do contraditório e a ampla defesa em todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos, sob pena de inobservância do devido processo legal.

Em tempos onde se idealiza a efetivação dos direitos básicos das pessoas humanas, o Estado não pode desamparar o seu povo, deixando à mercê de sofrerem danos dos mais variados tipos, sobretudo porque a investigação preliminar (ou procedimento de inquérito policial) pode afetar direitos e garantias individuais tão valiosos.

Destarte, apesar da Lei nº 13.245/16, que alterou o artigo 7º, inciso XXI, “a” do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94) estabelecer apenas uma prerrogativa ao advogado dentre tantas outras já positivadas no ordenamento jurídico vigente, mesmo assim, verifica-se a sua importância pelo destaque que ela trouxe sobre o direito fundamental do sujeito passivo em ser assistido por advogado na fase pré-processual da persecução penal.

O Projeto de Lei nº 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal, vai ainda mais além, facultando ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos (detetive particular), tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Com efeito, numa interpretação sistemática da Constituição Federal do Brasil, conclui-se que a presença do advogado e o direito de participação nas provas, quando possível, na fase da investigação preliminar criminal constitui grande avanço aos direitos fundamentais da pessoa, ao passo que constitui verdadeira efetivação dos princípios-normas da ampla defesa e do contraditório.

Nessa perspectiva, garante-se ao indivíduo que sofre a persecução criminal do Estado, de que todas as garantias previstas em leis e princípios serão rigorosamente respeitadas, trazendo a sensação de um processo justo e equilibrado. Em razão disto, por se coadunar com a implementação efetiva dos direitos fundamentais aos cidadãos, a obrigatoriedade da presença do advogado no acompanhamento da investigação preliminar funda ao Estado Democrático de Direito.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Vade Mecun** – 12ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

HOFFMANN, Henrique. **Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório**. Artigo publicado na revista Consultor Jurídico. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>, acesso em fevereiro de 2016.

LEITE SAMPAIO, José Adércio. **Direitos Fundamentais** – 2ª ed. – São Paulo: Editora DelRey, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal, volume 1** – Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal** – 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação**. Artigo publicado na revista Consultor Jurídico. Disponível:<<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>, acesso em fevereiro de 2016.

LOPES JR., Aury. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** - 19ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** – 11ª ed. – Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

TAKEDA, Tatiana de Oliveira. **A origem e missão do advogado**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7667>. Acesso em fevereiro de 2016