

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
THIAGO DE OLIVEIRA CASTELLO**

**INCOMUNICABILIDADE DO PRESO NO INQUÉRITO POLICIAL
E A LEI N. 13.245/2016**

**RUBIATABA/GO
2017**

THIAGO DE OLIVEIRA CASTELLO

**INCOMUNICABILIDADE DO PRESO NO INQUÉRITO POLICIAL
E A LEI N. 13.245/2016**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do Professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior.

**RUBIATABA/GO
2017**

THIAGO DE OLIVEIRA CASTELLO

**INCOMUNICABILIDADE DO PRESO NO INQUÉRITO POLICIAL
E A LEI N. 13.245/2016**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação do Professor Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM __ / __ / __

**Especialista Arley Rodrigues Pereira Júnior
Orientador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Rogério Gonçalves Lima
Examinador
Professor(a) da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Mestre Marcio Rocha Lopes
Examinador
Professor(a) da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Dedico esse trabalho de conclusão de curso primeiramente a Deus, pois me deu o privilégio de estar concluindo este curso. Dedico à minha família, principalmente à minha esposa e aos meus pais que sempre estiveram do meu lado. Dedico também a todas as pessoas que colaboraram para que chegasse até aqui. Agradeço também o meu orientador, pois me ajudou com todas as coisas necessárias para que entregasse essa monografia!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por mais esta conquista.

Agradeço à toda minha família e amigos, principalmente à minha esposa que sempre permaneceu ao meu lado sem pestanejar.

Agradeço aos colegas de classe pelos dias de labuta enfrentados em conjunto, cujas lembranças sempre me farão sorrir.

Agradeço também aos professores pelos ensinamentos transmitidos.

Por fim, e em especial, agradeço ao meu orientador, pela paciência e colaboração para que este trabalho lograsse êxito.

EPÍGRAFE

“Todas as vitórias ocultam uma abdicação”. (Simone de Beauvoir)

RESUMO

Este estudo tem como tema a “Incomunicabilidade do preso no inquérito policial e a Lei n. 13.245/2016”, cuja problemática centraliza-se em verificar se mesmo com o advento da citada lei, a incomunicabilidade do réu preso durante o inquérito policial persiste, eis que a alteração feita pela aludida legislação no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe sobre a assistência do advogado ao investigado a todo e qualquer momento, podendo, inclusive, ter amplo acesso ao inquérito policial, fatores estes que contradizem o sistema inquisitório adotado na fase investigatória brasileira. Logo, o objetivo geral consiste em analisar a incomunicabilidade do preso no inquérito policial versus a Lei n. 13.245/2016, enquanto os objetivos específicos consistem em realizar abordagem histórica da investigação criminal e considerações acerca do inquérito policial no Brasil, discorrer sobre os sistemas processuais penais (inquisitivo, acusatório e misto), e por fim examinar a incomunicabilidade do preso no inquérito policial versus a Lei n. 13.245/2016. Quanto ao método adotado, será uma pesquisa analítica-dedutiva, a qual também será utilizada a metodologia compilativa de dados bibliográficos, consistente na reunião de pensamentos de diversos autores que entendem sobre o tema em questão.

Palavras-chave: Incomunicabilidade; Indiciado preso; Inquérito policial; Lei 13.245/2016.

ABSTRACT

This study has as its theme the "Incommunicability of the prisoner in the police investigation and Law no. 13.245/2016", whose problem is centered on verifying that even with the advent of the aforementioned law, the incommunicado detention of the defendant during the police investigation persists, since the amendment made by the aforementioned legislation in the Statute of the Brazilian Bar Association provides for the assistance of the lawyer to the investigated at any time, and may even have broad access to the police investigation, factors that contradict the inquisitorial system adopted in the Brazilian investigative phase. Therefore, the general objective is to analyze the detainee's incommunicado detention in the police investigation versus Law no. 13.245/2016, while the specific objectives are to carry out a historical approach to criminal investigation and considerations about the police investigation in Brazil, to discuss criminal (inquisitive, accusatory and mixed) procedural systems and finally to examine the prisoner's incommunicado detention in the police investigation versus Law no. 13.245/2016. As for the method adopted, it will be an analytic-deductive research, which will also be used the compilative methodology of bibliographical data, consisting in the gathering of thoughts of several authors who understand about the subject in question.

Keywords: Incommunicability; Inmate arrested; Police investigation; Law 13.245/2016.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

Caput – Conceito

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

In Verbis – Expressão em latim que significa “Nestes Termos”

IP – Inquérito Policial

LEP – Lei de Execução Penal

n. – Número

OAB – Ordem do Advogados do Brasil

p. – página

pp. – páginas

Vide – Veja

LISTA DE SÍMBOLOS

§ – Parágrafo

§§ – Parágrafos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL	15
2.1	BREVE ABORDAGEM DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	15
2.2	INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO BRASILEIRO	17
3	SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	25
3.1	SISTEMA INQUISITIVO	26
3.2	SISTEMA ACUSATÓRIO	29
3.3	SISTEMA MISTO.....	33
4	INCOMUNICABILIDADE DO PRESO NO INQUÉRITO POLICIAL VERSUS A LEI N. 13.245/2016.....	36
4.1	INCOMUNICABILIDADE DO PRESO NO INQUÉRITO POLICIAL	36
4.2	LEI N. 13.245/2016.....	43
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico tem como tema a “Incomunicabilidade do preso no inquérito policial e a Lei n. 13.245/2016”, cuja problemática centraliza-se em verificar se mesmo com o advento da citada lei, a incomunicabilidade do réu preso durante o inquérito policial persiste, eis que a alteração feita pela aludida legislação no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe sobre a assistência do advogado ao investigado a todo e qualquer momento, podendo, inclusive, ter amplo acesso ao inquérito policial, fatores estes que contradizem o sistema inquisitório adotado na fase investigatória brasileira

Desta feita, o objetivo geral consiste em analisar a incomunicabilidade do preso no inquérito policial versus a Lei n. 13.245/2016. Para alcançar tal objetivo, tem-se como objetivos específicos, primeiramente, realizar abordagem histórica da investigação criminal e considerações acerca do inquérito policial no Brasil, e, na sequência, discorrer sobre os sistemas processuais penais (inquisitivo, acusatório e misto), e por fim examinar a incomunicabilidade do preso no inquérito policial versus a Lei n. 13.245/2016.

A relevância deste estudo persiste em verificar se a incomunicabilidade do réu é legal ou ilegal, principalmente diante da promulgação da Lei 13.245/2016, cujo teor afronta o sistema processual inquisitorial utilizado na fase investigatória brasileira.

Com relação ao método, será uma pesquisa analítica-dedutiva, a qual também será utilizada a metodologia compilativa de dados bibliográficos, consistente na reunião de pensamentos de diversos autores que entendem sobre o tema em questão.

Além disso, a técnica de pesquisa a ser utilizada será a bibliográfica, com consulta a livros, artigos jurídicos eletrônicos, revistas especializadas, jurisprudência e legislação pertinente, constituindo tudo isso um farto material que será essencial para a discussão do tema em comento e, no final, verificar se a incomunicabilidade do preso é ou não ilegal.

Dessa maneira, o primeiro capítulo tecerá breves considerações acerca da investigação criminal e do inquérito policial no Brasil e sua história. Já o segundo

capítulo abordará sobre os sistemas processuais penais brasileiros – sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto. Por último, o terceiro capítulo tratará da incomunicabilidade do preso no inquérito policial versus a Lei 13.245/2016, do qual o foco é verificar a legalidade da incomunicabilidade do preso determinada no inquérito policial no Brasil.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

Este capítulo tem como objetivo realizar a abordagem histórica da investigação criminal e ponderações acerca do inquérito policial no Brasil. Justifica-se este estudo na necessária compreensão da importância da investigação criminal e sua origem, uma vez que tal entendimento auxiliará na compreensão de sua evolução ao longo do tempo até a adoção do sistema processual pela legislação processual penal brasileira (inquisitivo na fase investigatória e acusatório após o oferecimento penal, conhecida como fase processual), o que, no entendimento da doutrina majoritária, perdura até os dias atuais.

Para tanto, será utilizado o método compilativo de dados bibliográficos de renomados doutrinadores e juristas que entendem sobre o tema, tais como Almeida (2012), Barga (2006), Marcão (2014), Mehmeri (1992), Messa (2014), Nucci (2014), Picolin (2007) e Santin (2001).

2.1 BREVE ABORDAGEM DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A função investigativa sempre esteve presente na história de todas as civilizações, e tinha como objetivo apurar condutas que infringissem as normas sociais impostas com o intuito de se encontrar o autor do fato para que, por conseguinte, fosse possível puni-lo.

No Egito Antigo, por exemplo, Santin (2001, p. 21) afirma que “já se vislumbrava presente a figura de um investigador criminal, que era um funcionário real do faraó denominado *magiaí*, que possuía inúmeras funções investigatórias”.

Por sua vez, Picolin (2007) diz que na Grécia, os atenienses realizavam investigações para verificar a integridade dos magistrados eleitos. No mesmo sentido, Mehmeri (1994, p. 03) dispõe que os “denominados *estínomos* eram magistrados eleitos que possuíam como atribuição investigar a probidade individual e familiar daqueles que eram eleitos magistrados”.

Ainda na Grécia, Barga (2006, p. 11) discorre que havia:

[...] um denunciante de delitos chamado *temósteta* ou *temosteta*. Este era incumbido de investigar a ocorrência de delitos afim de que, posteriormente fosse designado outrem para promover a acusação. O *temósteta* não acusava ninguém, mas tão somente promovia a investigação do delito e de suas circunstâncias, em muito se assemelhando à atividade policial desenvolvida nos dias de hoje.

Na Roma Antiga, Picolin (2007) explica que existia uma delegação de poder concedida à vítima e/ou família pelos magistrados que lhe permitiam apurar o delito e a autoria do fato criminoso. Tal delegação era conhecida como *inquisitio* e recebia esse nome porque transformava os indivíduos atingidos pelo delito em acusadores. Mais tarde, houve uma evolução dessa delegação, conferindo ao acusado poderes para também investigar e provar sua inocência. Ocorre que, com o passar do tempo, o Estado tomou para si a investigação criminal, atribuindo tal função aos agentes públicos.

Efetivamente, quando o Estado toma para si o poder de investigação criminal, surge a figura do *jus puniendi* (poder de punir) estatal. Ou seja, agora o direito de punir não é mais do ofendido, da vítima ou de seus familiares, mas sim de competência do órgão estatal.

Igualmente é o que explica Almeida (2012) ao dispor que a investigação realizada pelos agentes estatais teve origem em Roma. Nessa civilização o poder de julgar era ilimitado, o que resultava em arbitrariedades pelo julgador, eis que qualquer *notitia criminis* (notícia de crime) era determinado a tomada de providências investigativas para esclarecer o fato delituoso e sua autoria.

Essa modificação de competência, segundo apregoa Mehmeri (1999, p. 03), aconteceu porque o Estado:

[...] sem querer abrir mão desse direito de punir, admitiu, contudo, a necessidade de autocontrole, isto é, um meio pelo qual esse poder repressivo encontrasse limites. Nascia assim o reconhecimento, segundo o qual a pena só poderia ser aplicada depois de submetido o indiciado a um procedimento, mais ou menos formal, para apuração dos fatos.

Na Idade Média imperava o sistema inquisitorial que ficava a cargo da Igreja Católica, cuja função era desempenhada pelo Tribunal do Santo Ofício ou da Santa Inquisição, responsável por investigar e perseguir, e segundo Santin (2001, p. 26), ocasionar “grandes barbaridades, pessoas tidas por hereges que eram consideradas pelos inquisidores como infratores ou de alta ameaça à fé católica e aos princípios da santa igreja”.

Além disso, o Tribunal do Santo Ofício, também de acordo com Santin (2001, p. 26), “se manifestava a respeito de matérias espirituais, eclesiásticas, cíveis e criminais, se valendo da prática de tortura e das penas de sangue”.

Picolin (2007) narra que nas Ordenações Filipinas não existia o termo inquérito policial, sendo sua origem em Roma, com passagem pela Idade Média e legislação portuguesa com posterior adoção pelo Brasil em 1871, com a edição da Lei n. 2.033, regulamentada pelo Decreto n. 14.824/71, que trouxe em seu art. 42 sua definição: “o inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o desenvolvimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

Nesse sentido é o que ensina Nucci (2014, pp. 230-231):

[...] a denominação inquérito policial, no Brasil, surgiu com a edição da Lei 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, encontrando-se no art. 42 do citado decreto a seguinte definição: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”. Passou a ser função da polícia judiciária a sua elaboração. Apesar de seu nome ter sido mencionado pela primeira vez na referida Lei 2.033, suas funções, que são da natureza do processo criminal, existem de longa data e tornaram-se especializadas com a aplicação efetiva do princípio da separação da polícia e da judicatura. Portanto, já havia no Código de Processo de 1832 alguns dispositivos sobre o procedimento informativo, mas não havia o nomen juris de inquérito policial.

Atualmente, o inquérito policial no Brasil tem previsão no Livro I, Título II, dos arts. 4º ao 23, do Código de Processo Penal, instituído no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n. 3.689/1941, e com redação dada pelas Leis 5.010/1966, 8.862/1994, 9.043/1995, 12.681/2012, 13.257/2016 e 13.344/2016.

Destarte, vê-se que a investigação criminal teve grande importância ao longo da história, eis que sempre serviu como meio de produzir provas e apontar a autoria do infrator para que fosse possível ser-lhe aplicada punição.

2.2 INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO BRASILEIRO

De antemão, registra-se que o inquérito policial é meio investigativo utilizado pela polícia judiciária e presidido pela autoridade policial (Delegado de

Polícia) para a apuração das infrações penais e suas respectivas autorias com o condão de subsidiar a deflagração de ação penal em face do indiciado.

Tratando-se do conceito de inquérito policial, Nucci (2014, p. 229) explica:

Trata-se de um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação privada.

Na mesma linha de dicção, cita-se Messa (2014, p. 226):

Na fase investigatória da persecução penal (momento inicial da persecutio criminis), a finalidade é coletar informações a respeito da materialidade e da autoria da infração penal, para fornecer ao titular da ação penal elementos necessários para a sua propositura, podendo, inclusive, influenciar o juiz na formação do seu convencimento ao decidir o caso concreto.

Messa (2014, p. 227) também aduz que, em que pese haver diversos conceitos doutrinários acerca do inquérito policial, pode-se extrair desse procedimento duas dimensões que formam sua essência:

- a) Dimensão objetiva: na sua forma, o inquérito é um conjunto de diligências cuja finalidade é apurar a ocorrência de uma infração penal e sua respectiva autoria, para fornecer elementos de prova, de forma a viabilizar o exercício da ação penal, podendo também influenciar o convencimento judicial;
- b) Dimensão subjetiva: é um procedimento conduzido pela polícia judiciária, ou seja, pela Polícia Civil, no âmbito estadual, ou pela Polícia Federal, no âmbito federal. Cabe registrar que “polícia judiciária” é uma expressão com duplo sentido: 1) de função de reprimir delitos; 2) como corporação destinada à repressão de delitos.

Como se vê, o inquérito policial ocorre na fase investigatória da persecução penal, cuja função precípua é colher provas que comprovem a autoria e materialidade da infração penal. No mesmo sentido discorre Marcão (2014, pp. 468-471) sobre o conceito de inquérito policial:

O principal instrumento de que se vale o Estado para a investigação de fato tipificado como delito. Não se presta à investigação de fato qualquer da vida privada, de modo a ensejar indevida intromissão na esfera de intimidade do indivíduo, constitucionalmente assegurada. [...] Entende-se por inquérito policial o procedimento administrativo de natureza investigatória, instaurado e presidido pela polícia judiciária com a finalidade de apurar a ocorrência de

determinado fato apontado como ilícito penal, sua autoria e eventual materialidade, com todas as suas circunstâncias.

No mesmo rumo, Nucci (2014, p. 234) completa o conceito advertindo que:

O inquérito é um meio de extirpar, logo de início, dúvidas frágeis, mentiras ardilosamente construídas para prejudicar alguém, evitando-se julgamentos indevidos de publicidade danosa. Por outro lado, além da segurança, fornece a oportunidade de colher provas que não podem esperar muito tempo, sob pena de perecimento ou deturpação irreversível (ex.: exame do cadáver ou do local do crime). Assim visualizado, o inquérito torna-se um procedimento preparatório e preventivo, sem a predominância de contorno judicial, utilizado para a proteção do indivíduo e para a colheita célere de provas perecíveis.

Com efeito, o inquérito policial encontra previsão legal no Livro I, Título II, nos arts. 4^a a 23 do Código de Processo Penal, consoante dito anteriormente. Assim, vê-se que o inquérito policial trata-se de procedimento investigatório exercido pela polícia judiciária mediante a autoridade policial do território e circunscrições onde ocorreu a infração penal com a finalidade de apurar o delito e sua autoria. Veja-se:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função (BRASIL, 1940).

Registra-se que as condutas ilícitas que demandam ação penal pública incondicionada à representação da vítima ou do ofendido, o inquérito policial poderá ser iniciado por ofício ou mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou, ainda, a requerimento do ofendido ou quem representa-lo, consoante dispõe o art. 5º, incisos I e II, do CPP.

Salienta-se que tais requerimentos deverão conter a narrativa integral do fato delituoso, coma devida individualização do suposto autor, suas características físicas, o motivo de presumir ser aquele indivíduo o autor da infração penal e as testemunhas e suas qualificações, consoante determinação do art. 5º, § 1º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPP.

Por sua vez, insta mencionar que nos crimes de ação penal pública que dependerem de representação da vítima ou do ofendido para ser iniciado, não poderá ser deflagrada qualquer investigação de ofício pela autoridade policial, judiciária ou Ministério Público, uma vez que estar-se-á diante de ausência de condição de agir processual, como determina o art. 5º, § 4º, do CPP.

Do mesmo modo, nas ações penais privadas, a autoridade policial não poderá agir de ofício ou a partir de determinação de autoridade judiciária ou representante ministerial, uma vez que somente se procede mediante queixa-crime daquele que tem qualidade para intentá-la, conforme inteligência do art. 5º, § 5º, do CPP.

No ponto, anota-se que na ação penal pública condicionada à representação e na ação penal privada o prazo para representar ou apresentar queixa-crime em face do autor do fato delituoso é decadencial e em 06 (seis) meses, a partir do conhecimento da vítima da autoria delitiva, nos termos do que prevê o art. 103 do Código Penal. Vide:

Art. 103 - Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa ou de representação se não o exerce dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do § 3º do art. 100 deste Código, do dia em que se esgota o prazo para oferecimento da denúncia (BRASIL, 1940).

Quanto à representação, ele é irretratável após o oferecimento da denúncia pelo representante ministerial, conforme determinação do art. 102 do Código Penal. Aliás, o direito de queixa também não poderá ser exercido após a vítima renunciar de forma expressa ou tácita, como se vê no art. 104 do Código Penal:

Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.
Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime (BRASIL, 1940).

Outrossim, cabe ao Delegado de Polícia que presidir o inquérito policial, logo após tomar conhecimento da infração penal, empreender diligências que assegurem a investigação criminal, as quais encontram previsão no art. 6º do Código de Processo Penal. Confira-se:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa (BRASIL, 1940).

Sobre o tema, vale assinalar que Messa (2014, pp. 226-227) apregoa que a investigação criminal também pode ser registrada através de vários instrumentos, quais sejam:

a) Inquérito policial: feito por autoridade policial (Polícia Civil ou Federal);

b) Inquérito extrapolicial: feito por outra autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função; por exemplo, o inquérito parlamentar, feito pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI);

c) Boletim de ocorrência circunstanciado: quando o menor é apreendido em flagrante por prática de ato infracional sem violência ou grave ameaça a pessoa (art. 173 do ECA);

d) Auto de apreensão: quando o menor é apreendido em flagrante por ato infracional praticado com violência ou grave ameaça a pessoa. Alguns o chamam, também, de Boletim de Ocorrência Circunstanciado (art. 173 do ECA);

e) Relatório de investigação: em caso de ato infracional praticado por menor infrator, porém não apreendido em flagrante (art. 177 do ECA);

f) Termo circunstanciado: procedimento policial simplificado, utilizado para investigação das infrações de menor potencial ofensivo, de competência dos Juizados Especiais Criminais;

g) Peças de informação: têm como objeto fato delituoso praticado por ocupante de cargo que lhe permita ser julgado por órgão superior.

Especificadamente quanto ao inquérito policial, ao longo deste subtítulo viu-se que ele possui natureza jurídica administrativa, uma vez que, nas palavras de Marcão (2014, p. 474), “por meio do inquérito a autoridade deve buscar a mais

ampla apuração dos fatos, sem excluir *a priori* qualquer das vertentes que indício ou prova apontar factível”.

Assim, denota-se que o inquérito policial tem como objetivo primordial coletar provas durante a investigação preliminar que identifique a autoria e comprove a materialidade do fato delituoso, sendo tal procedimento de caráter informativo e preparatório para a persecução penal, cujos destinatários, como explica Marcão (2014, pp. 474-475), são mediatos e imediatos:

Destinatários imediatos são, portanto, o Ministério Público, nos delitos de ação penal pública – condicionada ou incondicionada –, e o ofendido ou seu representante legal – nos delitos de ação penal privada. Destinatário mediato é o juiz, na exata medida em que deverá valer-se dos elementos de convicção informadores do inquérito a fim de avaliar a viabilidade jurídica da denúncia ou queixa-crime apresentada pelo Ministério Público ou pelo ofendido, respectivamente; o cabimento ou não de medidas cautelares – reais ou pessoais –, ou, ainda, o acerto do pedido de arquivamento do inquérito ou outra manifestação lançada pelo Ministério Público.

O inquérito policial também possui características próprias, dentre as quais vê-se o sigilo, forma escrita, dispensabilidade, procedimento inquisitivo, indisponível, incomunicabilidade do indiciado, temporariedade, entre outros, os quais são elencados e explicados por Messa (2014, pp. 229-231):

- a) Escrito: todas as peças do inquérito policial serão, num só processo, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade, nos termos do art. 9º do CPP. Não se aplica ao inquérito policial o princípio da oralidade, já que não existe investigação verbal, devendo todos os atos ser consubstanciados em peça escrita, para garantia do investigado e do controle da legalidade;
- b) Dispensabilidade: o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra, conforme os arts. 12, 27, 39, § 5º, 46, § 1º, todos do CPP. Quando o titular da ação penal tiver elementos suficientes para promover peça inicial acusatória (existência do fato criminoso e indícios suficientes de autoria), o inquérito será dispensável;
- c) Inquisitivo: no inquérito policial, não existe contraditório nem ampla defesa.
- d) Procedimento administrativo investigatório: é uma sucessão de atos que visam a coleta de informações a respeito da infração penal e sua respectiva autoria, realizado pela polícia judiciária;
- e) Peça informativa: visa fornecer informações aos destinatários do inquérito: imediato: titular da ação penal; e mediato: juiz;
- f) Procedimento preparatório da ação penal: visa fornecer os elementos necessários para que o titular da ação penal tenha em mãos o *fumus boni iuris* para promover a ação penal;
- g) Indisponibilidade: a autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito, nos termos do art. 17 do CPP, já que o arquivamento somente pode ser ordenado pelo Judiciário, a requerimento fundamentado do Ministério Público;

- h) Sigilo: o inquérito policial não adota o princípio da publicidade, o qual se harmoniza com o processo penal. A autoridade policial assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, nos termos do art. 20 do CPP, em respeito à imagem e à honra do indiciado. A previsão legal do sigilo necessário à elucidação dos fatos visa possibilitar a apuração da infração penal, em busca da verdade e para preservar a segurança do Estado e da sociedade;
- i) Discricionariedade: a autoridade policial tem liberdade de agir no procedimento investigatório, dentro dos limites da lei;
- j) Oficialidade: o inquérito é feito pela Polícia, órgão oficial, pertencente ao Estado;
- k) Autoritariedade: o inquérito policial é presidido por uma autoridade pública, qual seja, o Delegado de Polícia;
- l) Valor probatório relativo: os elementos de informação colhidos no inquérito policial podem ser elementos de convicção judicial, desde que sejam confirmados em juízo, salvo perícia, por ser elemento probatório de ordem técnica com valor idêntico ao da prova colhida em juízo;
- m) Vícios: vícios existentes no inquérito policial não afetam a ação penal nem o próprio inquérito, já que é um procedimento informativo, e não ato de jurisdição;
- n) Temporariedade: o inquérito policial tem prazo de duração: réu preso (flagrante ou preventiva): prazo de 10 (dez) dias, contado a partir do dia em que se executar a ordem de prisão. Se o inquérito não for concluído dentro do prazo legal e o réu estiver preso, cabe habeas corpus, nos termos do art. 648, II, do CPP; réu solto (com ou sem fiança): no prazo de 30 (trinta) dias. Caso o inquérito não seja concluído dentro do prazo legal, pode solicitar o juiz a sua dilação, nos termos do art. 10, § 3º, do CPP;
- o) Incomunicabilidade do indiciado: impede a comunicação do indiciado com terceiros, salvo com as autoridades incumbidas das investigações e com seu advogado. A incomunicabilidade será permitida quando houver exigência por interesse da sociedade ou conveniência da investigação. A incomunicabilidade depende sempre de despacho judicial fundamentado nos autos. A incomunicabilidade não excederá de 3 (três) dias e depende de requerimento da autoridade policial ou do órgão do Ministério Público;
- p) Obrigatoriedade: a autoridade policial tem o dever legal de instaurar o inquérito policial ao tomar conhecimento da ocorrência de um crime de ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 5º, caput, do CPP;
- q) Autoexecutoriedade: em regra, os atos realizados pela Polícia Judiciária não dependem de ordem judicial. Tal característica depende de previsão legal ou da ocorrência de motivo de urgência;
- r) Procedimento: é uma reunião de elementos, atos, diligências, informações, que visam a apuração da infração penal e sua respectiva autoria.

Ocorre que em que pese o inquérito policial seja dotado de características próprias e, além disso, responsável pela apuração do fato criminoso, coletando-se provas e provando-se a autoria, fato é que seu valor probatório é limitado e sua eficácia, por si só, não é apta a ensejar condenação criminal.

Isto porque, para que o réu seja condenado em ação penal, é necessário que os elementos probatórios colhidos durante o procedimento inquisitorial estejam respaldados por provas que deverão ser colhidas durante a persecução penal, mais precisamente diante do Juiz, na audiência de instrução e julgamento, conforme dicção do art. 155 do Código de Processo Penal. Veja-se:

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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil (BRASIL, 1940).

Nessa esteira, vê-se que o magistrado não pode condenar o acusado fundamentando-se exclusivamente em provas produzidas na fase inquisitorial, caso contrário, a sentença condenatória será considerada nula diante da ausência de provas jurisdionalizadas para a condenação do réu.

Em linhas derradeiras, cabe ressaltar que o inquérito policial encerra com a conclusão das investigações, do qual a autoridade policial competente realizará o indiciamento ou não do investigado no relatório final, de acordo com as provas colhidas, e, na sequência, remeterá ao poder judiciário que, em seguida, encaminhará ao Ministério Público para o oferecimento da *opinio delicti* ministerial ou, caso seja necessário, solicitar o retorno do procedimento inquisitorial à Delegacia de Polícia responsável requerendo a tomada de outras providências que entender pertinentes.

Diante de todo o exposto, foi possível perceber que, ao longo da história, a investigação criminal teve relevância por produzir provas que apontassem a autoria do fato, possibilitando sua punição. Atualmente, o inquérito policial não é diferente. De fato, trata-se de procedimento investigatório que tem como objetivo primordial a coleta de elementos probatórios que indiquem a autoria e comprovem a materialidade do fato delituoso, o qual possui características próprias como a incomunicabilidade do indiciado e procedimento inquisitorial, cujas relevâncias para este estudo são maiores, razão pela qual serão abordadas de modo profundo nos próximos capítulos.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Primeiramente, cumpre registrar que se tem por sistema processual penal, segundo Messa (2014, p. 89), o “conjunto ordenado de características do processo penal extraídas de um determinado período histórico, relacionadas por um alicerce unificador”. Para Marcão (2014, p. 299):

Considera-se sistema de processo penal o modelo político-jurídico adotado pelo legislador para o início e desenvolvimento da persecução penal em juízo; do oferecimento da inicial acusatória até o resultado final da prestação jurisdicional.

Assim, vê-se que o sistema processual penal é a soma da estrutura política estatal de uma sociedade que respeita os direitos e premissas fundamentais previstos legalmente aos seus cidadãos. Acerca desse tema, Messa (2014, p. 89) destaca que “a doutrina é uníssona em proclamar que não existem sistemas processuais puros, pois há a adoção de características acusatórias e inquisitórias nos vários modelos processuais”.

Nesse rumo, Nucci (2014, p. 425) dispõe que para realizar investigação criminal que dará azo à investigação criminal e, provavelmente, condenação, “pode-se utilizar variados sistemas. Historicamente, há, como regra, três sistemas regentes do processo penal: a) inquisitivo; b) acusatório; c) misto”.

Com efeito, este capítulo tem como objetivo apresentar os sistemas processuais penais e sobre eles discorrer, apontando o conceito de cada, seus requisitos jurídicos e sua aplicação, sendo tal estudo relevante para este trabalho pois auxiliará a compreender qual o sistema adotado pelo inquérito policial e, em razão disso, os motivos da determinação da incomunicabilidade do réu preso no referido procedimento.

De igual modo ao capítulo anterior, neste também será utilizado o método compilativo de dados bibliográficos de renomados doutrinadores e juristas que entendem sobre o tema, tais como Almeida (2012), Barga (2006), Marcão (2014), Mehmeri (1992), Messa (2014), Nucci (2014), Picolin (2007), Santin (2001) e Mossim (1998).

3.1 SISTEMA INQUISITIVO

Explica Marcão (2014, p. 300) que o sistema inquisitivo é resultado dos regimes totalitários ou absolutistas, “que tem sua origem atrelada ao Direito Romano, são desconsiderados os princípios e garantias fundamentais, tão caros a toda e qualquer democracia”.

Inicialmente, o sistema inquisitivo foi adotado pela Igreja Católica Apostólica Romana, e, mais tarde, tal sistema se disseminou pelos países europeus, como ensina Prado (2001, p. 108):

A jurisdição eclesiástica a princípio destinava-se ao julgamento dos membros da igreja, porém, conforme acentuou-se o poder temporal desta última, resvalou para a sua competência uma enorme gama de infrações penais contrárias, mesmo que distantemente, aos interesses da Igreja.

Contudo, os reis absolutistas ganharam força no início do século XV, resultando na redução do poder inquisitivo da Igreja Católica e, com isso, reduz também sua jurisdição, segundo afirma Gonzaga (1994, p. 60):

[...] sob o palio que deveria prevalecer o fórum *delicti commissi* (o foro é o lugar onde o ilícito aconteceu). Registre-se que esse poder julgador pertencia ao monarca, que tinha a prerrogativa de delegar a algum subordinado de sua confiança.

Como se vê, o sistema inquisitivo surge com a reforma religiosa de XVI, ínterim que a Igreja Católica, preocupada com o surgimento de novas religiões à época, utilizou de métodos desumanos para conseguir a “verdade” ou confissão dos que julgavam “hereges”, tudo em nome dos ideais sustentados pelo dogmatismo religioso, como acentua Khaled Júnior (2010, p. 295):

O sistema inquisitório remonta à Inquisição, como a própria nomenclatura claramente indica. Curiosamente, a Inquisição não tinha relação direta com a criminalidade – portanto com a defesa ou retribuição perante o dano ao patrimônio, ou à vida –, mas sim ao desvio em relação aos dogmas estabelecidos pela Igreja, que se viam ameaçados pela proliferação das novas crenças heréticas, no contexto da Reforma religiosa do século XVI. O aparato de repressão inquisitorial apresentava características muito específicas e tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas, que giravam em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época. Sem dúvida, tratava-se de um campo de saber de envergadura considerável, o que pode ser percebido pela existência de um conjunto de técnicas para atingir os fins a que se propunha, reunidas no Manual dos Inquisidores, de Eymerich.

De fato, o sistema inquisitivo concentrava-se em trazer às mãos do Estado, à época representado pela Igreja Católica, a punição dos delitos, retirando essa faculdade dos particulares, nos moldes do que dispõe Rangel (2013, p. 47), ao dizer que “o cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares”.

No Brasil, a Santa Inquisição, dirigida pela Igreja Católica Apostólica Romana, teve atuação primeiramente na Bahia, com a fundação da cidade de Salvador, em 1549, consoante apregoa Mott (2010, p. 11):

Apenas treze anos separam a fundação da Santa Inquisição em Portugal (1536), da fundação da cidade de Salvador (1549). Ambas tiveram sua infância no século XVI, adolescência conturbada na metade inicial do Século XVII e idade adulta e apogeu nas décadas finais dos seiscentos e inícios do Século XVIII, decadência a partir de 1750. A inquisição teve suas portas fechadas em 1821, enquanto a Bahia confirmou, definitivamente, a independência do Brasil em 1823.

Sobre esse sistema no século XVI, Foucault (2007, p. 32) diz que era secreto desde a investigação criminal até a sentença, ou seja, “o processo se desenrola sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas”.

Diante disso, observa-se que a defesa do acusado se encontra prejudicado, principalmente porque nesse sistema o poder investigatório e julgador está unificado nas mãos de uma só pessoa. Nesse diapasão, cita-se Espíndola Filho (2000, p. 04):

Como o próprio órgão julgador é o responsável também pelas funções de acusação e defesa, compromete-se a imparcialidade que se espera de todo julgamento. Entende-se que ao realizar a acusação, o julgador já está, de certa forma, apresentando um juízo de valor quanto à questão.

Vislumbra-se, portanto, que o sistema inquisitivo é secreto, parcial, sem ampla defesa, contraditório e o devido processo legal, tendo a confissão aqui poder absoluto, como explica Marcão (2014, p. 301):

É caracterizado pela concentração de poderes em mãos de um só órgão, de maneira que o próprio juiz é quem detém o poder de acusar, de defender e de julgar, em verdadeiro monopólio do *actum trium personarum*, o que traduz flagrante violação ao princípio da imparcialidade do juiz, dentre

outros. O processo de modelo inquisitivo normalmente é secreto, alheio às garantias da ampla defesa, do contraditório, igualdade de partes e devido processo legal. Contenta-se com o sistema de provas tarifadas, em que a confissão tem valor absoluto (é considerada a rainha das provas) sobre qualquer outro meio de prova e não raras vezes é obtida mediante emprego de violência física ou psicológica, daí admitir a tortura como meio para sua obtenção. Nele, o processo não é visto como um instrumento para alcançar a verdade e fazer justiça, mas tão somente como um meio para fazer atuar o Direito Penal, e o imputado é considerado simples objeto de persecução na qual se desconhece sua dignidade.

Ainda sobre as características do sistema inquisitório, Rangel (2013, pp. 47-48) menciona quatro pontos:

- a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, ex officio, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
- b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;
- c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direito, não se lhe conferindo nenhuma garantia;
- d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.

Já Messa (2014, p. 90), destaca mais características:

- a) posição do Juiz: não tinha imparcialidade, tinha iniciativa probatória na busca da verdade material dos fatos; investigava, acusava e julgava (dominus do processo); julgava com base no que constava dos autos e nas provas por ele coletadas; os juízes eram permanentes e irrecusáveis;
- b) distribuição de funções: reuniam-se na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar;
- c) garantias processuais: o processo corria em segredo (sigiloso para o público e para o réu), sem contraditório e ampla defesa; o réu era mero objeto de persecução; não havia igualdade jurídica entre acusador e acusado; era possível apelação contra a sentença;
- d) iniciativa do processo: era feita de ofício pelo juiz; havia possibilidade de denúncias anônimas e secretas;
- e) formalidades: procedimento escrito, com a documentação de todos os atos;
- f) prova: a coleta de provas cabia ao juiz, sendo adotado o sistema tarifado; a confissão era a “rainha das provas” e o testemunho a “prostituta das provas”; a confissão era elemento suficiente para condenação; a tortura era válida para obter confissão; as provas eram apreciadas com regras mais aritméticas do que processuais.

Ressalta que, como característica mais marcante, o sistema inquisitivo tem a gestão de provas pelo inquisidor, mormente considerando que ele tem acesso livre, direto e exclusivo nas provas produzidas ao longo da investigação criminal, como bem registra Coutinho (2006, p. 24):

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que “a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases”.

À vista de todas essas características, é certa a afirmação de Carvalho (2003, pp. 21-22), que diz que “o processo inquisitivo é infalível, visto ser o resultado previamente determinado pelo próprio juiz”.

Isto porque, quando o investigado era acusado pelo inquisidor, conseqüentemente seria condenado, principalmente porque, como já dito, o poder de investigação, acusação e julgamento concentrava-se em suas mãos, além do fato da ampla defesa e contraditório serem negados ao suposto infrator.

Destarte, denota-se que o sistema processual inquisitivo, a *prima facie*, afronta os direitos fundamentais previstos ao acusado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que não lhes permite o contraditório e a ampla defesa. Contudo, ainda é adotado pelo ordenamento jurídico penal brasileiro exclusivamente no inquérito policial, cujo fundamento concentra-se na possibilidade de a investigação produzir resultados mais satisfatórios no decorrer da investigação policial.

3.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

Por sua vez, o sistema processual acusatório, segundo leciona Messa (2014, p. 91), teve origem na “Antiguidade Grega, onde se desenvolveu a participação popular no direito de punir; existiu na Antiguidade Romana, onde perdurou até o fim da República; foi também adotado na França, após as invasões bárbaras”.

Tal modelo consistia na proibição da condenação do qualquer indivíduo sem o devido processo legal, contudo, Lima (2015, p. 40) ressalta que a partir do Século XIII, o sistema acusatório “entra em declínio, passando a ter prevalência o sistema inquisitivo. Atualmente, o processo penal inglês é aquele que mais se aproxima de um sistema acusatório puro”.

De qualquer modo, impende anotar que cabia à parte que acusava provar a existência do crime para que fosse deflagrada investigação e, por conseguinte, o infrator fosse levado a julgamento, como apregoa Tornaghi (1998, p. 09):

O Processo Acusatório, como a própria palavra determina, inicia-se pela acusação. Este sistema possui suas raízes na Grécia e em Roma, onde a acusação era feita pela própria vítima, ou parentes próximos, perante um Magistrado, denominado Arconte em Atenas e Pretor em Roma. O juiz não possuía nenhuma iniciativa na Ação Penal. O acusador formulava a denúncia e o Arconte ou Pretor exigia as provas. A acusação era proibida às mulheres, menores, magistrados, caluniadores condenados e estrangeiros, embora estas pessoas não estarem proibidas de acusar enquanto vítimas.

À vista disso é que Prado (2006, p. 104) dispõe que o sistema acusatório se destaca pela “defesa dos direitos fundamentais do acusado contra a possibilidade de arbítrio do poder de punir”, razão pela qual possui inúmeras características próprias, consoante ensina Messa (2014, p. 92), ao afirmar que o aludido sistema:

[...] tinha início com a acusação; em seguida, era feita uma investigação pelo acusador, na presença facultativa do acusado para apuração da verdade material da existência do crime e sua respectiva autoria. O encargo da prova da acusação era do acusador. Tanto o acusador como o acusado se faziam acompanhar de comites, amigos que funcionavam como fiscalizadores na tramitação processual. No modelo acusatório, havia o predomínio do contraditório, da publicidade e da oralidade. Em relação à oralidade, havia a predominância da palavra falada. O processo era baseado no princípio do contraditório, e a disponibilidade de seu conteúdo pertencia às partes.

Lopes Júnior (2008, p. 57) também enumera algumas características:

- a) clara distinção entre as atividades acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta de prova, tanto de impugnação como de desencargo;
- d) tratamento igualitário entre as partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominante);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou em sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Diante de tais características, vê-se que o sistema acusatório distingue o órgão acusador do julgador, tudo no intuito de oferecer ao acusado direito de defesa e paridade de armas processuais, como expõe Nucci (2014, p. 427):

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

De fato, o sistema acusatório confere autonomia às partes processuais, uma vez que a defesa e a acusação são realizadas por órgãos distintos sobre a ótica de um magistrado que deve ser imparcial a ambos. Nesse sentido, adverte Prado (2001, p. 132) que:

[...] todo conflito penal tem que chegar ao magistrado em paridade de condições entre acusação e defesa, o magistrado deve ser regido pela inércia [...] Em verdade, para o modelo acusatório, a ausência da imparcialidade judicial promove uma brusca inversão do ônus da prova, em que ao invés da acusação ter que atestar, processualmente, a culpa do réu é o inverso que irá se estabelecer: o acusado é que terá de provar sua inocência.

Nesse sistema processual vigora, portanto, a iniciativa probatória das partes e a inércia do juiz, que não deve agir de ofício para determinar a produção de provas, cabendo tal função às partes. Todavia, registra-se que a inércia probatória do magistrado é fundamental para preservar sua imparcialidade, salvo nos casos que a investigação criminal depender de autorização judicial para ser realizada (como, à guisa de exemplo interceptação telefônica, quebra de sigilo e dados telefônicos, busca e apreensão, etc), íterim que ele também deverá atuar de forma subsidiária às partes.

Corroborando o exposto, cita-se Rangel (2013, p. 48):

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial da aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.

Nitidamente, o sistema processual penal brasileiro vigente é acusatório, uma vez que, como explica Capez (2008, p. 45), pressupõe as seguintes garantias constitucionais:

- 1) Da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV);
- 2) Do devido processo legal (art. 5º, LIV);
- 3) Da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV);
- 4) Da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII);
- 5) Do tratamento paritário das partes (art. 5º, *caput* e I);
- 6) Da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII);
- 7) Da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX);
- 8) Da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

No ponto, impende ressaltar que, embora a Constituição Federal de 1988, ao garantir à presunção de inocência, o devido processo legal, a publicidade dos atos processuais, a ampla defesa e o contraditório ao réu tenha, por óbvio, adotado sistema processual acusatório, ele não é puro, haja vista os resquícios autoritários oriundos da Itália Fascista de Mussolini que inspirou à edição do citado código, como assevera Lima (2015, p. 41):

De fato, há de se ter em mente que o Código de Processo Penal tem nítida inspiração no modelo fascista italiano. Torna-se imperioso, portanto, que a legislação infraconstitucional seja relida diante da nova ordem constitucional. Dito de outro modo, não se pode admitir que se procure delimitar o sistema brasileiro a partir do Código de Processo Penal. Pelo contrário. São as leis que devem ser interpretadas à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988.

Logo, em que pese o sistema acusatório tenha sido adotado na fase processual penal, o sistema inquisitório é predominante na fase investigatória (inquérito policial), como acentua Prado (2001, p. 137):

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio do acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo, pelo menos como regra para as infrações de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema

acusatório. Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não exclusivamente no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, o Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório são implementados todo dia.

Desta feita, percebe-se que no sistema acusatório o legislador buscou impor igualdades de armas, poderes e oportunidades entre a acusação e a defesa na atuação processual, mas em nada interviu no procedimento investigatório, razão pela qual ainda há divergência doutrinária sobre o sistema adotado pelo processo penal brasileiro.

De qualquer forma, pode-se dizer que o que diferencia o sistema acusatório do sistema inquisitório é a posição de sujeitos processuais e a gestão das provas, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, onde o juiz não é, por excelência, gestor da prova, mas sim autor subsidiários das partes interessadas.

3.3 SISTEMA MISTO

O sistema processual penal misto (acusatório formal ou francês) tem influência do sistema acusatório privado romano, do sistema inquisitivo canônico e da formação dos Estados nacionais integrantes do regime da monarquia absolutista, o qual adota os sistemas inquisitorial e acusatório em um só, como explica Nucci (2014, p. 427):

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

Como se vê, no sistema processual misto existe a soma de dois procedimentos – o investigatório e o acusatório –, os quais são divididos da seguinte forma: na fase da investigação preliminar há a prevalência do sistema inquisitório, enquanto na fase processual, que ocorre após o oferecimento da denúncia, vigora o procedimento acusatório, com a possibilidade de defesa do réu.

No mesmo rumo, colhe-se os ensinamentos de Lima (2015, p. 41):

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade.

Igualmente é o que apregoa Lopes Júnior (2008, p. 130):

[...] à prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

À vista disso, tem-se que o direito processual penal brasileiro adotou como sistema processual o misto, pois primeiramente há o procedimento inquisitório na fase investigatória e, por conseguinte, o procedimento acusatório na fase processual, formando uma verdadeira mitigação de sistemas que resultam nesse misto atualmente adotado, como diz Nucci (2014, p. 25):

Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto. [...] Nesse procedimento administrativo, colhem-se provas a serem utilizadas, posteriormente, no contraditório judicial, com força probatória definitiva (laudos, medidas cautelares etc.). Durante o referido procedimento, há a atuação de um magistrado, não raras vezes o mesmo que irá receber futura denúncia ou queixa e julgará o réu. Esse juiz, fiscalizador do inquérito, pode decretar uma prisão preventiva ou uma busca e apreensão. Posteriormente, recebe a peça acusatória, instrui o feito e, de maneira imparcial, julga a causa. Esta é a realidade contra a qual doutrina alguma pode opor-se. Este é o sistema *existente*, que é misto. Há laços inquisitivos e toques acusatórios.

Para Coutinho (2006, p. 02), o sistema misto é assim tomado como acusatório “somente enquanto discurso porque não há, por definição, um sistema com tal natureza, de modo que o dizer misto, aqui, é o reconhecer como um sistema

inquisitório que foi recheado com elementos da estrutura do sistema acusatório”, que, segundo Rangel (2013, p. 52), também possui suas particularidades:

- a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “juizado de instrução” (v.g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);
- b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto da investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;
- c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;
- d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe apresenta o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
- e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.

Efetivamente, o sistema acusatório é bifásico, pois como preleciona Capez (2008, p. 83), possui “uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”.

Em razão da celeuma doutrinária oriunda da adoção do sistema processual que persiste este estudo, principalmente considerando que se o sistema adotado for o acusatório, a fase investigatória também deve facultar ao réu preso direito à ampla defesa e contraditório, fator que, na prática, não é o que ocorre atualmente, e que, inclusive, se ao contrário fosse, também não poderia, *a priori*, impedir a comunicabilidade do réu preso no inquérito policial, sob pena de afronta aos princípios fundamentais constitucionalmente garantidos ao preso.

Logo, o próximo capítulo tem por objetivo discorrer acerca do sistema processual adotado, principalmente no inquérito policial quanto à incomunicabilidade do réu preso frente à promulgação da Lei 13.245/2016.

4 INCOMUNICABILIDADE DO PRESO NO INQUÉRITO POLICIAL VERSUS A LEI N. 13.245/2016

Como dito anteriormente, o art. 21 do Código de Processo Penal, em seu *caput* e no parágrafo único, diz que a incomunicabilidade do preso no inquérito policial deve ser requerido pelo Ministério Público ou pela autoridade responsável e sempre dependerá de autorização do juiz competente quando for interessante à comunidade ou à conveniência da investigação preliminar exigir no prazo máximo de 03 (três) dias, observando, em qualquer hipótese, o disposto no art. 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Vide:

Art. 21. A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir.

Parágrafo único. A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no artigo 89, inciso III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963) (BRASIL, 1941)

Ocorre que, também como já salientado em linhas pretéritas, a promulgação da Lei 13.245/2016 alterou a redação do art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, passando a dispor sobre direitos do advogado em assistir o réu preso mesmo durante a investigação preliminar, fato que diverge do determinado no dispositivo legal acima citado, como será demonstrado ao longo deste capítulo.

Igualmente aos demais capítulos deste estudo, neste também será utilizado o método compilativo de dados bibliográficos de renomados doutrinadores e juristas que entendem sobre o tema, tais como Torinho Filho (2002), Barga (2006), Marcão (2014), Nucci (2009 e 2014), Cabette (2016), Espíndola Filho (2000) e Mossim (1998).

4.1 INCOMUNICABILIDADE DO PRESO NO INQUÉRITO POLICIAL

Como pontuado em linhas volvidas, o Código de Processo Penal dispõe que o preso é incomunicável durante a investigação preliminar, salvo nas hipóteses

de relevante valor para a comunidade ou conveniência da instrução criminal, os quais sempre dependerão de autorização do magistrado competente.

Sobre a incomunicabilidade, Tourinho Filho (2002, p. 200) explica que é:

[...] qualidade de incomunicável. Incomunicável significa: que não tem comunicação, que não deve comunicar-se. Quando se diz que o indiciado está incomunicável, quer dizer-se: indiciado que não pode comunicar-se com quem quer que seja, salvo, é evidente, com as próprias autoridades incumbidas das investigações.

Logo, tem-se por preso incomunicável aquele que não pode se comunicar que nenhuma outra pessoa, independentemente de quem seja. Acontece que, ao dispor sobre a incomunicabilidade do indiciado preso, o direito processual penal é subjetivo, ou seja, não relaciona quais situações ela deve ocorrer.

Não obstante isso, Barga (2006, p. 43) ressalta que:

O instituto da incomunicabilidade do indiciado tem por escopo impedir que todos os atos investigatórios, realizados pela Polícia Judiciária, sejam prejudicados por condutas praticadas intencionalmente pelo investigado, com a finalidade de destruir provas ou ocultar vestígios preciosos deixados pela infração penal, dificultando, deste modo, a elucidação do crime e deixar o inquérito policial inócuo, sem atingir seu objetivo principal. Sendo assim, tal medida visa proibir que o indiciado mantenha contato com seus parentes, amigos, comparsas ou cúmplices do crime ou com qualquer pessoa que esteja intimamente com ele relacionado, para que estas, sob sua orientação, desfaçam provas ou vestígios cabais que demonstram realmente a existência de um fato criminoso e que ele a cometeu. Nada obstante, a medida faz com que se frustre os planos do indiciado com que, com sua comunicação com terceiros, estes o ajude colaborando com o desaparecimento dos sinais de rastro deixados pelo delito.

De modo semelhante é o que ensina Espíndola Filho (2000, p. 364):

A incomunicabilidade obsta que o autor do crime se entenda com seus cúmplices, parentes e amigos, e os instrua, já acerca do modo por que se devem haver nas respostas que são obrigadas a dar à justiça, se esta os chamar, e já acerca das providências que devem por em prática, a fim de ocultar vestígios, destruir provas e iludir as pesquisas da autoridade.

Lado outro, tem-se parte da doutrina que assevera que a incomunicabilidade do indiciado preso foi revogada com o advento da Constituição Federal vigente, principalmente porque suas garantias individuais devem ser observadas, sendo admitido, nesses casos, o contato do réu com o seu advogado.

Perceba-se que, desde aí, a incomunicabilidade do investigado já foi “quebrada”, eis que houve a realização de contato com terceira pessoa (advogado).

Corroborando o exposto cita-se Nucci (2009, p. 40):

Incomunicabilidade do indiciado: cremos estar revogada essa possibilidade pela Constituição Federal de 1988. Note-se que, durante a vigência do Estado de Defesa, quando inúmeras garantias individuais estão suspensas, não pode o preso ficar incomunicável (art. 136, § 3º, IV CF), razão pela qual, em estado de absoluta normalidade, quando todos os direitos e garantias devem ser fielmente respeitados, não há motivo plausível para se manter alguém incomunicável. Além disso, do advogado jamais se poderá isolar o preso (Lei 8.906/94, art. 7º, III). Logo ainda que se pudesse, em tese, admitir a incomunicabilidade da pessoa detida, no máximo, seria evitar o seu contato com outros presos ou parentes e amigos. Há outra posição na doutrina admitindo a vigência da incomunicabilidade e justificando que o art 136, § 3º, IV, da Constituição, voltou-se unicamente a presos políticos e não a criminosos comuns. Aliás, como é o caso da previsão feita pelo Código de Processo Penal. Preferimos a primeira posição, aliás a incomunicabilidade somente teria sentido, para garantir efetivamente uma investigação sem qualquer contaminação exterior, se o detido pudesse ficar em completo isolamento. Ora, não sendo possível fazê-lo no que concerne ao advogado, fenece o interesse para outras pessoas, pois o contato será, de algum modo, mantido.

Todavia, Nucci (2014, p. 674) explica que do advogado jamais se poderá “isolar o preso. Logo, ainda que se pudesse, em tese, admitir a incomunicabilidade da pessoa detida, no máximo, seria evitar o seu contato com outros presos ou com parentes e amigos”.

Não obstante isso, mister destacar que parte da doutrina brasileira admite a incomunicabilidade do réu preso, justificando, ainda segundo Nucci (2014, p. 675), que “o art. 136, § 3.º, IV, da Constituição, voltou-se unicamente a presos políticos e não a criminosos comuns. Aliás, como é o caso da previsão feita pelo Código de Processo Penal (art. 21)”.

Sobre o Estado de Defesa e Estado de Sítio, importante mencionar que a incomunicabilidade do réu preso, em qualquer das citadas hipóteses, é vedada, consoante previsão do art. 136, § 3º, inciso IV, da Carta Magna de 1988. Confira:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. [...]

§ 3º - Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a

relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;
 II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;
 III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;
 IV - é vedada a incomunicabilidade do preso. (BRASIL, 1988)

No mesmo sentido, Marcão (2014, pp. 693-694) apregoa:

Incomunicabilidade é restrição que se impõe com vistas a impedir que determinada pessoa se comunique com outra. Prevista no art. 21 do CPP, antes da Constituição Federal, que é de 5 de outubro de 1988, atendendo a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, era permitido ao juiz decretar a incomunicabilidade do preso por até 3 (três) dias, quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação assim exigisse. [...] Com efeito, ao regular o estado de defesa, situação excepcional que impõe restrições ao exercício de direitos fundamentais, a Constituição Federal proíbe expressamente a incomunicabilidade do preso (CF, art. 136, § 3º, IV), daí não se admitir que em condições normais, de estabilidade jurídica, política e social, seja Constitucional impor restrição de tal ordem.

Ora, tem-se que ter em mente que se em hipóteses excepcionais o legislador proíbe a incomunicabilidade do preso durante a investigação criminal, bem verdade que ele também pode fazê-lo em outras situações, inclusive durante o inquérito policial, que não interfiram na conclusão exitosa da investigação preliminar, como bem ensina Tourinho Filho (2002, p. 210):

Ora, se durante o estado de defesa, quando o Governo deve tomar medidas enérgicas para preservar a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, podendo determinar medidas coercitivas, destacando-se restrições aos direitos de reunião, ainda que exercida no seio das associações, o sigilo da correspondência e o sigilo da comunicação telegráfica e telefônica, havendo até prisão sem determinação judicial, tal como disciplinado no art. 136 da CF, não pode decretar a incomunicabilidade do preso (CF, art. 136, § 3º IV), com muito mais razão não há que se falar em incomunicabilidade na fase do inquérito policial.

De qualquer forma, impende anotar que a incomunicabilidade absoluta do preso no inquérito policial pode ser decretada por ordem fundamentada do juiz competente quando for de relevante interesse social ou interessante à investigação criminal, como possibilita o art. 21 do Código de Processo Penal, e como explica Barga (2006, pp. 45-46):

Dado o caráter de excepcionalidade da incomunicabilidade do indiciado, deve a medida se embasar e ter por fundamento certos motivos válidos que

levem à necessidade da decretação da medida e que importem em sua legalidade e na sua capacidade de produzir efeitos na órbita investigatória, que dêem auxílio ao inquérito policial para que sua finalidade primordial seja conquistada. Conforme se denota da própria redação do artigo 21, caput, a incomunicabilidade apenas é admissível “quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”. Vislumbra-se claramente que a decretação da medida não tem por critério o surgimento de qualquer tipo de motivo no decorrer do inquérito ou está ao bel prazer da autoridade policial que decide por adotá-la, é mister que realmente haja necessidade e justa causa. Assim sendo, o legislador enumerou apenas duas hipóteses eminentemente taxativas que autorizam o indiciado a permanecer sem contato com qualquer pessoa durante um curto prazo. Observa-se que da mesma forma e sob os mesmos fundamentos do sigilo nos autos do inquérito, a incomunicabilidade do indiciado apenas será permitida e imposta somente nestes dois casos: interesse da sociedade ou conveniência da investigação. Pela própria natureza da existência do inquérito policial, o interesse social é relevante neste aspecto, pois uma vez que a medida visa dar auxílio nas investigações, afim de que seja o ilícito penal categoricamente apurado, a incomunicabilidade também abraça a causa social. É de total interesse da sociedade que a infração penal e todas suas circunstâncias sejam totalmente apuradas e, neste cenário, com a adoção da incomunicabilidade como medida auxiliar do procedimento policial, os vestígios e provas do delito são mantidos e protegidos e a autoridade policial pode colhê-los, aproveitando-os em favor do interesse e da causa social. Portanto, é de fundamental importância que ao ser autorizada a incomunicabilidade do investigado, esteja ela apoiada sob a égide do interesse da sociedade. Poderá também ser utilizada tal medida quando a conveniência da investigação assim exigir. Neste aspecto, entende-se por todo ato ou medida que é conveniente e aceitável, no ponto de vista legal, tornando o decorrer da investigação o mais eficaz e ágil possível que colabora com o a tendência de ser atingido o fim que se é buscado com a instauração do inquérito policial. Com efeito, a incomunicabilidade do indiciado é medida de total conveniência para a investigação, que encontra-se à disposição da autoridade policial que optará se a mesma é ou não necessária no trâmite policial no caso em concreto, podendo utiliza-la com fulcro neste requisito. Analisa-se que, com a decretação da incomunicabilidade pautada pela conveniência da investigação, indiretamente também se atende e é tutelado o interesse da sociedade, pois o êxito das investigações com a devida apuração detalhada da infração penal é, inegavelmente, de grande interesse de todos. Salienta-se que nestes dois motivos específicos em que a incomunicabilidade é permitida, os mesmos não são cumulativos, não há necessidade da presença dos dois ao mesmo tempo, mas sim o legislador utilizou a conjunção alternativa “ou”, exprimindo a idéia de que basta a existência de um ou outro motivo para que a medida possa ser levada a efeito. Todavia, entendemos que se a medida se pautar por um ou outro motivo, estará tacitamente adotando e visando ambos, pois um está intrinsecamente relacionado e ligado ao outro.

Em verdade, se é relevante o interesse social em ver o indiciado preso incomunicável, por óbvio tal restrição também será necessária para a investigação criminal, razão pela qual não são tais requisitos obrigatoriamente cumulados para a decretação da incomunicabilidade do investigado.

Registra-se, ainda, que no momento da prisão, o preso não pode ser incomunicável, sendo-lhe garantidos o direito de comunicar-se com sua família ou

pessoa indicada, assistência de familiares e de advogado e identificação da autoridade responsável por sua prisão, nos moldes delineados pelo art. 5º, incisos LXII, LXIII e LXIV da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

Art. 5º 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: [...]

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; [...] (BRASIL, 1988)

Assim, indubitável que a incomunicabilidade do réu preso está novamente contrariada pelos citados dispositivos constitucionais, principalmente porque, no momento da prisão em flagrante, o autuado tem o direito de comunicar-se com a família e/ou advogado. Sobre esse prisma, pode-se afirmar que a vedação de tais premissas violariam não só o direito de comunicar-se conferido ao preso, mas também o princípio da dignidade da pessoa humana diante da privação total de contato com o mundo exterior.

Na mesma linha do entendimento supraesboçado é o que afirma a jurisprudência pátria, consoante colhem-se das ementas abaixo colacionadas. Vide:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. USURA PECUNIÁRIA. INQUÉRITO POLICIAL. CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. [...] O sigilo do inquérito policial, diversamente da incomunicabilidade do indivíduo, foi recepcionado pela vigente Constituição da República. 3. A eventual e temporária infringência das prerrogativas do advogado de consulta aos autos reclama imediata ação corretiva, sem que se possa invocá-la para atribuir a nulidade ao feito inquisitorial. 4. Precedentes. 5. Recurso improvido (STJ - RHC: 11124 RS 2001/0026015-2, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 19/06/2001, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.09.2001 p. 344).

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. [...] DECRETO DE INCOMUNICABILIDADE. ART. 21 DO CPP. NORMA CONSIDERADA NÃO RECEPCIONADA PELA CF. SITUAÇÃO QUE EXAURIU SEUS EFEITOS HÁ 18 ANOS. IRREGULARIDADES DO INQUÉRITO. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. 7. ALEGADA INCOMUNICABILIDADE COM O ADVOGADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. [...] Mostra-se questionável a decisão que decretou a incomunicabilidade do paciente, uma vez que se considera o art. 21 do Código de Processo Penal não recepcionado pela CF. Contudo, não é possível afirmar, pelo que

consta dos autos, que o paciente foi privado de ter contato com seus advogados, tendo-se observado, portanto, seu direito à ampla defesa. Assim, eventual nulidade do ato de incomunicabilidade, depois de passados 18 (dezoito) anos, não tem qualquer utilidade, uma vez que o ato impugnado, se existente, já produziu seus efeitos concretos de tornar o paciente incomunicável e se exauriu. Outrossim, referida situação ocorreu antes do início da ação penal e, como é cediço, "eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do inquérito policial, não contaminam a ação penal" (HC 232.674/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 10/4/2013). 7. Ressalte-se, outrossim, que sequer há nos autos comprovação de que o paciente não teve acesso aos seus advogados durante o período de incomunicabilidade, não tendo o impetrante se desincumbido de comprovar referida alegação. Na verdade, a Corte de origem assentou de forma expressa que a incomunicabilidade não alcançou o direito de se entrevistar com advogado. Assim, não havendo nada nos autos que demonstre o contrário, tem-se que a falta de documento que possibilite a análise da suscitada ilegalidade inviabiliza o prosseguimento do presente mandamus, o qual pressupõe, necessariamente, a existência de prova pré-constituída. Dessa forma, fica impossibilitada, a rigor, a aferição de eventual constrangimento ilegal. [...] Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 368217 MA 2016/0219318-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 02/05/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/05/2017)

Com efeito, a incomunicabilidade do réu preso não pode ultrapassar o direito de se ver assistido por advogado durante a investigação preliminar, como determina o art. 7º, inciso II, do Estatuto da Ordem dos Advogado do Brasil, que dispõe que "é direito do causídico comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis" (BRASIL, 1994).

Nos mesmos termos, Mossin (1998, p. 169) afirma que "mesmo estando o preso incomunicável, o advogado tem o direito de comunicar-se com ele", principalmente porque, no caso da incomunicabilidade do preso, pressupõe-se que ele está preso preventivamente, razão pela qual a privação de sua comunicabilidade de forma absoluta e quando ausentes os requisitos autorizadores, torna-se verdadeira violação de direitos fundamentais.

Igualmente é o que explica Espíndola Filho (2000, p. 364):

É de toda a evidência, para tornar incomunicável o indiciado contra quem instaura inquérito, a autoridade policial necessita de que ele esteja preso. E, assim, para legitimar-se a incomunicabilidade, é preciso preexistir uma prisão legal, ordenada por autoridade competente.

Aliás, não se pode olvidar de que a incomunicabilidade do indiciado preso não pode ultrapassar 03 (três) dias, conforme determinação do art. 21, parágrafo único, do Código de Processo Penal, de modo que, nos casos em que a proibição ultrapassar o referido preso, o habeas corpus será remédio suficiente para saná-lo, como ensina Mossin (1998, p. 168):

Ainda, *contra ius* será a incomunicabilidade, também sanável pelo precitado remédio heroico constitucional, quando esta medida exceder de três dias. É que o parágrafo único enfocado permite o tempo máximo de um tríduo para a duração desta rigorosa medida.

Diante de todo o exposto, vê-se que, em que pese existir celeuma doutrinária acerca da inconstitucionalidade ou não da incomunicabilidade do réu preso, fato é que a posição que prevalece, tanto na doutrina como nos Tribunais Superiores, é que o indiciado será incomunicável somente nos casos excepcionais previstos em lei, quais sejam: quando houver interesse para a sociedade e quando for necessário para a investigação criminal, devendo, ainda, ser requisitado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial e não pode ultrapassar o prazo de 03 (três) dias, hipóteses estas em que o advogado do investigado jamais será afastado.

4.2 LEI N. 13.245/2016

De antemão, impende salientar que o advento da Lei 13.245/2016 em nada provocou mudanças quanto à legitimidade, validade e previsão da incomunicabilidade do preso, de fato, a alteração repercutiu quanto à atuação do advogado durante o inquérito policial.

Isto porque o antigo art. 7º do Estatuto da OAB trazia um rol de direitos do advogado que, entre eles, constava examinar, em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos (inciso XIV), sendo toda a atuação do causídico estritamente restrita.

Com a promulgação da Lei 13.245/2016, o art. 7º da citada legislação estatutária alterou alguns incisos e parágrafos concernentes à atuação do patrono durante a investigação criminal (incisos XIV e XXI, e parágrafos 10, 11 e 12), passando a assim dispor:

Art. 7º 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; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016) [...]

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: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

a) apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

b) (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016) [...]

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)(BRASIL, 1994).

Nessa vereda, as alterações provocadas pelo advento da Lei 13.245/2016 resumem-se, em suma, em ampliar os poderes conferidos ao advogado no inquérito policial, de modo que o causídico, atualmente, não tem somente o direito de examinar o procedimento investigativo, mas também como prerrogativa o acompanhamento de toda a fase de investigação preliminar, salvo nas hipóteses em que o sigilo for necessário para o êxito da investigação, como, por exemplo, interceptação telefônica, busca e apreensão, etc.

Além disso, a sobredita lei também trouxe a possibilidade do advogado defender seu cliente ainda no curso da investigação criminal, consoante vê-se na alínea “a”, do inciso XXI, do art. 7º, do Estatuto da OAB do Brasil, que confere ao indiciado o exercício da ampla defesa e do contraditório ao conferir ao seu patrono a possibilidade de apresentar razões e quesitos, como também explica Cabette (2016, pp. 04-06):

No mesmo art. 7º, agora no inciso XXI, vem à norma que estabelece como direito do advogado a assistência de seus clientes investigados durante a apuração de infrações. O obstáculo a essa assistência, que configura nada

menos do que um dos componentes da ampla defesa, a defesa técnica, que se acopla à autodefesa, conduz à "nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento". Assim também abraça o dispositivo a "teoria dos frutos da árvore envenenada" ou da "ilicitude por derivação" ("fruits of the poisonous tree doctrine"), estabelecendo que não somente o interrogatório ou o depoimento estará contaminado, mas também, na sequência, "todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente". A menção no dispositivo é interessante, mas essa consequência decorreria normalmente do disposto no art. 157, § 1º, do CPP, que já abraça a teoria sobredita, assim como já a defendia a doutrina dominante e o STF em várias decisões, mesmo antes da alteração promovida no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei nº 11.690/2008.

Neste ponto que se encontra a divergência legal, uma vez que a nova redação do art. 7º do Estatuto da OAB do Brasil proporcionou ao indiciado preso defesa técnica no inquérito policial que, em razão do sistema adotado pelo direito processual penal pátrio, qual seja, inquisitivo, não admite qualquer tipo de defesa ou contraditório na investigação preliminar em razão de sua natureza inquisitiva.

Inobstante isso, a principal característica do inquérito policial deve prevalecer, qual seja, o sistema processual inquisitivo adotado, mormente considerando que esta característica é essencial para que as investigações preliminares logrem êxito, ainda mais quando o indiciado foragido contrata advogado para atuar no procedimento inquisitorial com o escopo de frustrar as diligências policiais.

Consequentemente, a vigência da Lei 13.245/2016 não afasta a característica inquisitorial do inquérito policial, porquanto a concessão de ampla defesa e contraditório no bojo da investigação preliminar desaguaria em invasão de reservade jurisdição, o que é inconstitucional, segundo também preleciona Cabette (2016, pp. 04-06):

A característica inquisitorial do inquérito policial e outras investigações preliminares não pode nem deve ser afastada, mesmo porque se trata de um início de apuração no seio do qual nem sequer muitas vezes há um suspeito, muito menos um indiciado. Portanto, a aplicação do contraditório e da ampla defesa (e não de algumas manifestações parciais de defesa) no inquérito policial ou qualquer outra investigação preliminar é impossível. Ademais, não havendo no Brasil a adoção de Juizado de Instrução e não sendo o delegado de polícia Magistrado, a realização de audiências com produção de prova em contraditório e ampla defesa na Delegacia de Polícia ou no gabinete ministerial ou em outra qualquer repartição soaria inconstitucional pela invasão de reserva de jurisdição. [...] Ademais, o inciso XXI tem uma alínea a que dispõe sobre a prerrogativa do advogado de "apresentar razões e quesitos" no curso da investigação. Ora, se o inquérito policial ou outras investigações preliminares tivessem deixado de ser inquisitivos, imperando o contraditório e a ampla defesa plenos, então,

obrigatoriamente, por exemplo, antes do Relatório do Delegado de Polícia (art. 10, § 1º, do CPP), deveria ser o advogado notificado a apresentar razões. Também quando de qualquer perícia, a defesa teria de ser notificada para quesitar. Apenas agora não será dado à autoridade policial indeferir a juntada de razões elaboradas pelo causídico ou seus quesitos na perícia, porque são prerrogativas suas, legalmente determinada. Inclusive, em havendo requerimento prévio do defensor para esse fim, então deverá obrigatoriamente a autoridade responsável pela investigação notificá-lo para apresentação de razões ou quesitos quando de perícia.

Vê-se que o inquérito policial não perdeu seu caráter inquisitorial, não havendo que se falar, portanto, em ampla defesa e contraditório na investigação preliminar, mas somente defesa técnica, direito conferido a todo investigado por força de dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LXIII), o que também não causa prejuízo ao sistema processual penal adotado pelo inquérito policial.

Aliás, calha mencionar que obstar o direito do investigado de ter defesa técnica no procedimento inquisitorial ou proibir sua comunicabilidade com defensor ou família, salvo nas hipóteses previstas em lei, é causa de nulidade absoluta de todo procedimento investigativo preliminar por abuso de autoridade, nos moldes previstos no art. 3º, alínea “j”, da Lei n. 4.898/1965.

Sobre o assunto, Cabette (2016, p. 05) diz que:

Na verdade, o grande problema brasileiro é sempre o mesmo: parece que é preciso que uma lei ordinária legitime a Constituição, e não o reverso! Portanto, é patente que o que o art. 7º, XXI, do Estatuto da OAB faz é somente concretizar o direito já constitucionalmente assegurado e explicitar as consequências óbvias de sua violação. Infringir um direito constitucional em qualquer fase da *persecutio criminis* somente pode levar ao reconhecimento de nulidade absoluta. O que mais poderia ser? No entanto, não se pode afirmar que no inquérito policial passa a haver contraditório e ampla defesa. Há manifestações parciais da defesa, seja em seu aspecto técnico, seja na autodefesa (v.g., direito à assistência de advogado, direito ao silêncio e a não autoincriminação etc.). Mas jamais uma defesa tão ampla como na fase processual.

Com efeito, vê-se que o indiciado preso só pode ser colocado incomunicável nas hipóteses previstas legalmente e por determinação judicial, fora isso, ele tem direito à defesa técnica e, em decorrência disso, à ser assistido por seu advogado durante o inquérito policial, que mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.245/2016, é essencialmente inquisitorial, não sendo permitido, portanto, ampla defesa e contraditório pela partes.

Acentue-se, por fim, que diante da natureza processual da Lei 13.245/2016, sua vigência é imediata, alcançando somente fatos posteriores a sua

entrada em vigor e também em andamento, e jamais afetando inquéritos concluídos antes de sua entrada em vigor, consoante previsão de seu art. 2º.

Destarte, vê-se que a incomunicabilidade do réu preso durante o inquérito policial não persiste, tendo a Lei 13.245/2016 cunho apenas de reafirmar ao preso direitos antes negligenciados pelas autoridades, como autodefesa e dignidade humana na investigação preliminar, em nada afetando o sistema misto adotado no direito processual penal brasileiro – inquisitorial na fase investigatória brasileira e acustório na fase processual –, que permanece incólume.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, foi possível perceber que durante toda a história criminal nacional, a investigação teve relevância por produzir provas que apontassem a autoria do fato, possibilitando a punição do autor do delito. Atualmente, o inquérito policial não é diferente.

De fato, trata-se de procedimento investigatório que tem como objetivo primordial a coleta de elementos probatórios que indiquem a autoria e comprovem a materialidade do fato delituoso, o qual possui características próprias como a incomunicabilidade do indiciado e a adoção do sistema processual penal inquisitório, que não admite ampla defesa e contraditório durante na investigação preliminar.

Tratando-se da fase processual, o legislador optou por adotar o sistema acusatório, cuja presença da ampla defesa e do contraditório é essencial. Logo, diz-se que, no aspecto processual penal, tem-se a adoção do sistema misto, pois primeiramente há o procedimento inquisitório na fase investigatória e, por conseguinte, o procedimento acusatório na fase processual, formando uma verdadeira mitigação de sistemas.

Acerca da incomunicabilidade do réu preso, em que pese existir celeuma doutrinária acerca da sua (in)constitucionalidade, fato é que a posição que prevalece, tanto na doutrina como nos Tribunais Superiores, é que o indiciado será incomunicável somente nos casos excepcionais previstos em lei, quais sejam: quando houver interesse para a sociedade e quando for necessário para a investigação criminal, devendo, ainda, ser requisitado pelo Ministério Público ou pela autoridade policial e não pode ultrapassar o prazo de 03 (três) dias, hipóteses estas em que o advogado do investigado jamais será afastado, e, ainda, situações que demandam autorização judicial.

Além disso, percebe-se que a intenção do legislador em promulgar a Lei 13.245/2016 foi apenas de reafirmar ao preso direitos antes negligenciados pelas autoridades, como autodefesa e dignidade humana na investigação preliminar, em nada afetando o sistema misto adotado no direito processual penal brasileiro – inquisitorial na fase investigatória brasileira e acusatório na fase processual –, que permanece incólume.

Em suma, o indiciado preso só pode ser colocado incomunicável nas hipóteses previstas legalmente e por determinação judicial, como acima citado, fora isso, ele tem direito à defesa técnica e, em decorrência disso, à ser assistido por seu advogado durante o inquérito policial, que mesmo após a entrada em vigor da Lei 13.245/2016, é essencialmente inquisitorial, não sendo permitido, portanto, ampla defesa e contraditório pela partes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Mazella de. Histórico do inquérito policial no Brasil. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37218&seo=1>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

BARGA, Diego Antônio Moraes. A incomunicabilidade do preso no inquérito policial. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Presidente Prudente, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Senado: Brasília/DF.

_____. Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Rio de Janeiro, 07 de dezembro de 1940.

_____. Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, 1941.

_____. Lei n. 7.210, 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984.

_____. Lei n. 8.906, 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 1994.

_____. Lei n. 13.245, 12 de janeiro de 2016. Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Senado: Brasília/DF.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiros Comentários à Lei nº 13.245/2016, que Altera o Estatuto da OAB e Regras da Investigação Criminal. 2016.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Salo de. Pena e garantias. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, 2006.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 1 v. Campinas: Bookseller, 2000.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: história da violência nas prisões. Trad. Raquel Ramalhe. 34. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GONZAGA, João Bernadino. A inquisição em seu mundo. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro Lima. Manual de Processo Penal. 3ª Ed. Jus PODIVM. Salvador, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

KHALED JÚNIOR. Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro – Acusatório, misto ou inquisitório? Ed. Civitas. Porto Alegre, 2010.

MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. Saraiva. São Paulo: 2014.

MEHMERI, Adilson. Inquérito Policial: dinâmica. São Paulo: Saraiva, 1992.

MESSA, Ana Flávia Curso de direito processual penal. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTT, Luiz. Bahia, Inquisição e Sociedade. Salvador: Edufba, 2010.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Curso de processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1 v. 1998.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 8ª Ed, atual e ampl. 4ª tir. – São Paulo: RT, 2009.

_____. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 11º ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. Surgimento do inquérito policial. In: Jurisway, janeiro de 2007. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=156>. Acesso em: 25 ago. 2017.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 21ª Ed. Atlas S.A. São Paulo, 2013.

SANTIN, Valter Foletto. O Ministério Público na investigação criminal. Bauru: EDIPRO, 2001.

TORNAGHI, Hélio. Compêndio de Processo Penal. Rio de Janeiro: José Konfino, 1998.