

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO V, Nº IX, 2º SEM. 2019



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2019

Instruções aos Autores

Revista Internacional CONSINTER de Direito

1. DAS PUBLICAÇÕES

Para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.

O enquadramento dos textos avaliados e aprovados para fins de publicação na Europa pelo Editorial Juruá Lda., e no Brasil pela Juruá Editora Ltda., obedecerão aos seguintes critérios:

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO

Conforme as exigências das agências e instituições nacionais e internacionais de investigação e docência que avaliam a atividade acadêmica e investigadora das Pós-Graduações, a Coordenação Executiva do CONSINTER, ao seu melhor juízo, selecionará uma determinada quantidade de artigos aprovados que serão agraciados com a Publicação no Periódico “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, com ISSN de Portugal. Ainda:

- a) Para cada artigo selecionado para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, será atribuído um número de registro específico e único no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*);
- b) Também será atribuído um registro no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*) para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

OBS. 1: Em face das normas técnicas, para fins de qualificação do periódico, somente poderão ser selecionados para a Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos aprovados nos quais pelo menos um dos autores e/ou autor tenha a titulação de Doutor.

OBS. 2: Ficará a critério do Comitê Organizador a indicação e o número da Revista em que o artigo aprovado será liberado para publicação.

2. PERIODICIDADE

Semestral.

3. CONDIÇÕES

- a) A submissão do trabalho científico para análise está condicionada à confirmação da inscrição de todos os autores e coautores;
- b) Somente serão publicados os artigos aprovados pelo Corpo de Pareceristas/Conselho Editorial do CONSINTER.

4. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS PARA SUBMISSÃO

- a) Inscrição;
- b) Comprovante de pagamento da submissão/inscrição;
- c) Cessão de direitos autorais assinada;
- d) Artigo completo seguindo as orientações do item 5;
- e) O artigo deverá ser encaminhado por um dos autores ao e-mail contato@consinter.org.

5. NORMAS — OS ARTIGOS ENVIADOS DEVEM CUMPRIR OS SEGUINTE CRITÉRIOS:

- a) Ser inédito (não publicado em livros, revistas especializadas ou na imprensa em geral) e apresentar propriedade técnico-jurídica; relevância nacional e internacional do tema abordado, fluência redacional, correção gramatical e respeito a aspectos éticos e científicos;
Obs.: Textos inseridos em documentos de circulação restrita nas universidades serão considerados inéditos.
- b) Ter sido produzido por Estudantes e/ou Professores de Pós-graduação *Lato Sensu* e/ou *Stricto Sensu* ou por Mestres, Doutores e Pós-Doutores;
- c) Serão aceitos trabalhos em coautoria, com limitação máxima de 03 (três) participantes devidamente inscritos;
- d) O artigo deverá estar identificado com um dos critérios de classificação conforme edital;
- e) O(s) autor(es) que submeter(em) o mesmo artigo científico (com o mesmo título e conteúdo ou apenas mudando o título) para mais de um dos ramos do Direito acima indicados terão ambos os artigos científicos automaticamente eliminados da avaliação;
- f) Conter no mínimo 15 páginas, e no máximo 25 páginas;
- g) Ser redigido em formato Word em dois arquivos distintos, um com e outro sem identificação, ambos completos, contendo: Título em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa; Sumário; Resumo e Palavras-chave em língua portuguesa ou espanhola e inglesa, respeitando as normas técnicas;
- h) Para o arquivo sem identificação é importante o autor certificar-se que no conteúdo do artigo a ser avaliado não conste nenhuma informação que possibilite a identificação do autor ou o Instituto ao qual esteja vinculado direta ou indiretamente;
- i) O artigo poderá ser apresentado em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa, observando que o título, resumo e palavras-chave precisam, obrigatoriamente, estar indicados em dois idiomas, sendo peremptoriamente uma indicação no idioma inglês;
- j) O texto deve estar salvo em arquivo Word, em versão recente, com as seguintes características: fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaço de 1,5 entrelinhas; parágrafo de 1,5 cm; não colocar espaçamentos especiais antes ou após cada parágrafo; margens superior e esquerda com 3 cm, inferior e direita com 2 cm; em papel tamanho A4; notas de rodapé explicativas na mesma página em que for citada a referência, sendo que as Referências deverão seguir as Normas Técnicas;
- k) As páginas deverão estar numeradas;
- l) Para cada título, subtítulos, todos alinhados à esquerda, deverá haver um texto correspondente;
- m) Devem ser escritos de forma clara e objetiva, evitando-se parágrafos prolixos ou extenuantes e privilegiando as orações na ordem direta como: sujeito – predicado – complemento;
- n) Não serão aceitos textos com figuras, ilustrações e/ou fotografias, à exceção de gráficos e tabelas que sejam imprescindíveis para a compreensão do trabalho e compatíveis com a impressão em preto e branco, sendo vedada a utilização de gráficos e tabelas se originarem de terceiros;

- o) Conter Resumo (entre 100 e 250 palavras) em língua portuguesa ou espanhola e em inglês, assim como a indicação de Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras) também em português ou espanhol e inglês;
- p) Conter: Sumário a ser indicado na sequência da apresentação do Título, Resumo (entre 100 e 250 palavras – peremptoriamente com 02 idiomas), sendo um em Língua portuguesa ou espanhola e outro necessariamente em inglês, assim como a indicação das Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras), obedecendo o mesmo critério de apresentação do Resumo;
- q) O texto deve obrigatoriamente vir acompanhado do termo de autorização para publicação – cessão de Direitos Autorais/Patrimoniais – conforme modelo anexo e/ou disponível no *site*;
- r) A qualificação do autor deverá ter no máximo 4 linhas, em nota especial de rodapé, indicando obrigatoriamente a formação acadêmica e citando a Instituição de Ensino Superior à qual esteja vinculado, quando for o caso;
- s) A taxa de inscrição é individual e única para cada autor. Assim, cada autor deverá efetuar a sua inscrição e o pagamento da respectiva taxa;
- t) Um autor poderá enviar quantos artigos desejar, no entanto, para cada artigo submetido deve haver o pagamento da taxa de inscrição/submissão;
- u) Observando as normas de qualificação, somente poderá ser liberado para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito um artigo por autor. Em caso de aprovação de dois ou mais artigos do mesmo autor para a Revista, ao melhor juízo da comissão avaliadora, os demais artigos serão direcionados para publicação no Livro Direito e Justiça ou para o(s) próximo(s) número(s) da Revista.

6. DOS SISTEMAS PARA A INDICAÇÃO DAS FONTES DAS CITAÇÕES

Para a indicação das fontes das citações, os artigos deverão adotar os sistemas:

I) Trabalhos Estrangeiros:

Trabalhos estrangeiros poderão utilizar as normas técnicas compatíveis com o seu país de origem, respeitando as normas de publicação dispostas nesse edital, inclusive o Estilo Chicago se assim o autor entender cabível e adequado.

Estilo Chicago:

Último nome do autor, primeiro nome, título do livro. (Cidade: editora, ano), versão. Por exemplo: Ninguém, José, Livro Exemplo. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) Trabalhos Brasileiros:

Para artigos brasileiros recomenda-se seguir as Regras da ABNT (NBR 10.520/2002) para as citações, as quais podem ser diretas ou indiretas.

Para a indicação da fonte das citações, o autor poderá optar pelo sistema numérico (notas de rodapé) ou pelo sistema autor-data, não podendo, portanto, utilizar os dois sistemas concomitantemente.

A – Sistema Autor-Data

As Referências deverão seguir a NBR 6.023/2002.

No sistema autor-data, a fonte da citação é indicada junto à mesma e de forma sucinta. Devem ser evidenciados apenas: a autoria, o ano de publicação e a página do trecho citado.

Obs.: Se a opção for pelo sistema Autor-Data, pode-se utilizar o rodapé para as notas explicativas, conforme assim autoriza a NBR 6.022/2003.

B – Sistema em Notas de Rodapé

Ainda, adotando o sistema brasileiro de referênciação, se a opção de citação das referências for pelo sistema numérico, ou seja, **em notas de rodapé**, estas deverão seguir a NBR 10.520/2002.

7. DA AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Os artigos científicos serão analisados pelo Corpo de Pareceristas do CONSINTER, formado somente por renomados juristas Doutores e Pós-Doutores, nacionais e estrangeiros especialmente convidados.

Os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria. A apreciação inominada dos artigos científicos afiança a imparcialidade do seu julgamento, diminui a subjetividade e as preferências ideológicas. Dessa forma, o autor deverá evitar referências diretas a si mesmo e citações que possibilitem extrair da leitura do texto a sua autoria.

Em caso de admissão do artigo científico por um dos Pareceristas do CONSINTER e reprovação por outro, o texto, ao melhor alvitre do conselho diretivo, poderá ser submetido à apreciação de um terceiro Parecerista.

- a) O conteúdo dos artigos científicos é de inteira responsabilidade dos autores e após submetido para avaliação não poderá sofrer qualquer substituição ou alteração, salvo solicitação do Corpo de Pareceristas;
- b) Não é permitido plágio ou inserção de cópias literais.

CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Coordenação Executiva contato@consinter.org

www.consinter.org

INDEXADORES DA REVISTA:

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

Instructions To Authors

1. ABOUT THE PUBLICATIONS

For publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito, the scientific articles shall be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER Referees shall evaluate the papers without any author identification.

The framework of the evaluated and accepted articles for the purpose of publication in Europe by the Editorial Juruá Lda., and in Brazil by Juruá Ltda, will follow the following criteria:

1. FOR THE JOURNAL “REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO”

According to the requirements of national and international agencies of investigation and teaching that evaluate the investigative and academic activity of Post-Graduation, the CONSINTER Executive Coordination, at the best of their judgment, will select a certain amount of articles approved that will be awarded with the Publication in the Journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, with ISSN from Portugal. Also:

- a) For each article selected for the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, a number of the specific and unique register in the DOI (Digital Object Identifier) system will be assigned;
- b) A register in the DOI (Digital Object Identifier) system will also be assigned to the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

NOTE 1: In the face of the technical rules, for the purpose of qualification of the journal, only the articles approved in which a least one of the authors and/or author has a doctorate degree will be selected for the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito”. The articles properly approved that do not fulfill this requirement will be published in the Book of CONSINTER.

NOTE 2: The Organizing Committee will be in charge of the nomination and the issue of the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito” in which the approved article will be authorized for publication.

2. PERIODICITY

Half-yearly

3. REQUIREMENTS

- a) The submission of the scientific work for analysis is conditioned to the confirmation of subscriptions of all authors and co-authors;
- b) Only articles approved by CONSINTER Referees Board/Editorial Board will be published.

4. REQUIRED DOCUMENTS FOR SUBMISSION

- a) Registration;
- b) Proof of payment of the Submission/registration;
- c) Assignment of copyrights signed;
- d) Full Article following the guidelines of item 5;
- e) The articles must be forwarded by one of the authors by e-mail contato@consinter.org

5. RULES — THE ARTICLES SENT MUST FULFILL THE FOLLOWING CRITERIA:

- a) Be original (not published in books, specialized journals or in the press in general) and present technical-legal property; national and international relevance of the theme approached, wording fluency, grammar correction, and respect to the ethical and scientific aspects;

Note: The texts inserted in documents of restrict circulation at universities will be considered original.

- b) Have been produced by students and/or professors of Lato Sensu and/or Stricto Sensu Post Graduation courses, or by Masters, Doctors, and Post-Doctors;
- c) Works in co-authorship will be accepted, up to the maximum of 3 participants properly registered;
- d) Be identified with one of the criteria of classification to be informed in public notice;
- e) The author (s) that submit the same scientific article (with the same title and content or only having the title changed) for more than one of the fields of Law above mentioned, will have both scientific articles automatically eliminated from the evaluation;
- f) Have a minimum of 15 pages, and a maximum of 25 pages;
- g) Be submitted in Word format in two distinct files, one with and the other without identification, both complete, containing: Title, Summary, Abstract and Keywords in Portuguese, Spanish, English, Italian or French; in Portuguese or Spanish and in English, respecting the technical rules;
- h) For the file without identification it is important for the author to make sure that, in the content of the article to be evaluated, there is no information that makes it possible to identify the author or the Institution they are directly or indirectly bound to;
- i) The article can be presented in Portuguese, Spanish, English, Italian, or French, observing that the title, abstract and keywords have to be written in two languages compulsorily, being one of them, peremptorily, English;
- j) The text must be saved in a word file, in a recent version, with the following characteristics: Times New Roman font, size 12; justified alignment, without hyphenation; 1.5 spacing between lines; 1.5 cm paragraph spacing; do not insert special spacing before or after each paragraph; top and left margins with 3 cm, bottom and right margins with 2 cm; A4 size document; explanatory footnotes on the same page the reference is cited, and the references must follow the technical rules;
- k) The pages must be numbered;
- l) For every title, subtitle, all of them aligned on the left, there must be a corresponding text;
- m) The text must be written in a clear and objective way, avoiding long-winded and strenuous paragraphs, giving priority to sentences in the direct order, such as subject-predicate – complement;
- n) Texts with figures, illustrations and/or photographs will not be accepted, except for graphs and tables which are indispensable for the understanding of the work, and compatible with black and white printing, being prohibited the use of graphs and tables if originated from a third party;

- o) It must contain an Abstract (between 100 and 250 words in Portuguese or Spanish and in English, as well as the Keywords (between 3 and 10 words), also in Portuguese or Spanish and in English;
- p) It must contain: a Summary to be indicated in the sequence of the presentation of the title, Abstract (between 100 and 250 words, peremptorily in 02 languages, being one of them in Portuguese or Spanish and the other in English, just as the Keywords (between 3 and 10 words), in accordance with the same criterion of the presentation of the Abstract;
- q) The text must be accompanied by the copyright form – according to the model attachment and/or available on the site;
- r) The author's qualification must have a maximum of 4 lines, in a special footnote, indicating their academic background and citing the Higher Education Institution which they are bound to if that is the case;
- s) Observing that CONSINTER is a non-profit organization, the submission/registration rate subsidize the articles' publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito. Submission/registration fee is individual and unique to each author. Therefore, each author must achieve the registration and make the payment of the respective fee. For example: For article submission in co-authorship with 02 authors – it will be mandatory the registration of the two authors and payment of 02 submission fees;
- t) An author may submit as many articles as he pleases, however, for each submitted article there must be made the respective submission/registration fee payment;
- u) Observing the qualification standards, only one article per author will be authorized for publication on the Revista Internacional CONSINTER de Direito. In case of one or more articles of the same author have been approved for publication on the Journal, to the better judgment of the evaluation commission, the other papers will be guided for publication on the Book Direito e Justiça or for future edition(s) of the Journal.

6. ABOUT THE SYSTEMS TO INDICATE THE SOURCES OF CITATIONS

To indicate the sources of citations, the articles must adopt the systems:

I) For Foreign Work:

Foreign works can use the same technical rules compatible with their country of origin, respecting the publication rules displayed in this notice, including the Chicago style, if the author finds it applicable and appropriate.

Chicago Style:

Author's last name, first name, title of the book. (City: Publisher, year), version. Example: Someone, José, book example. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) For Brazilian Works

For Brazilian articles, it is recommended to follow the ABNT rules (NBR 10520/2002) for the citations, which can be direct or indirect, by Author-Date or in Footnotes.

For citation source's indication, the author may choose the number system (footnotes) or by the author-date system, therefore he/she cannot choose to use both concomitantly.

A – Author-Date System

The references must follow NBR 6023/2002.

In the author-date system, the source of citations is indicated alongside with it and in summary form; Point out, only: authorship, publication year and page of the piece cited.

Note: If the choice is the Author-Date system, explanatory notes can be used as footnotes, as authorized by NBR 6022/2003.

B – Number System (Footnotes)

Still, adopting the Brazilian System of references, if the choice of citation of references is by the number system, or else, in footnotes, they should follow NBR 10520 /2002.

7. ABOUT THE ARTICLE REVIEW

The scientific articles are analyzed by the CONSINTER Referees Board/Editorial Board, formed only by renowned Doctors and Post-Doctors, jurists, Brazilian and foreigners, especially invited. The scientific articles will be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER members of the board will evaluate the works without any authorship identification. The assessment of scientific articles by anonymous authors guarantees the impartiality of judgment and decreases subjectivity and ideological preferences. This way, authors must avoid direct references to themselves and citations that make it possible to extract its authorship from the reading of the text.

If the scientific article is accepted by one of the CONSINTER members and failed by another, the text, at the suggestion by the Director Council, can be subjected to the assessment by a third party.

- a) The content of the scientific articles is the authors' full responsibility, and after subjected to assessment cannot go through any changes or replacements, except if requested by the Referees Board/Editorial Board;
- b) Plagiarism or the insertion of verbatim copies are not allowed.

INTERNATIONAL COUNCIL OF CONTEMPORARY IN POST-GRADUATE STUDIES CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Executive Coordination contato@consinter.org

INDEXERS

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

COLABORADORES

Adelgício de Barros Correia Sobrinho
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Adriano Fernandes Ferreira
Alcir Gursen de Miranda
Alessandra Balestieri
Alexandre de Albuquerque Sá
Almir Santos Reis Junior
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Ana Lúcia Seifriz Badia
Andrei de Oliveira Rech
Bruno Miragem
Carlos Francisco Molina del Pozo
Carlos José Cordeiro
Carlos Roberto Bacila
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho
Daniel Blume Pereira de Almeida
Daniela Carvalho Almeida da Costa
Edimur Ferreira de Faria
Edna Raquel Hogemann
Eugênio Facchini Neto
Euvaldo Leal de Melo Neto
Fabiana Oliveira Bastos de Castro
Fabiana Ricardo Molina
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Felipe Azzi Assis de Melo
Felipe Dutra Asensi
Fernanda Alves Vieira
Fernando Massardo
Fernando Rodrigues Martins
Glauca Maria de Araújo Ribeiro
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inês da Trindade Chaves de Melo
Isaac Sabbá Guimarães
Jaume Martí Miravalls

José María Lombardero Martín
José María Tovillas Morán
Josiane Becker
Judith Morales Barceló
Karina A. Denicol
Karine Silva Demoliner
Laís Alves Camargos
Leonardo David Quintiliano
Luciana Kellen Santos Pereira Guedes
Luis Bahamonde Falcón
Luiz Carlos Figueira de Melo
Marcus Elidius Michelli de Almeida
María Ángeles Pérez Marín
María Soledad Racet Morciego
Mário Luiz Ramidoff
Mayrinkellison Peres Wanderley
Miguel Horvath Júnior
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nancy de la C. Ojeda Rodríguez
Nicola Frascati Junior
Nilton Cesar da Silva Flores
Patrícia Fortes Attademo Ferreira
Paulo J. S. Bittencourt
Raphael Corrêa
Renata Martins de Carvalho
Renato Lopes Becho
Roberta Soares da Silva
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Themis Eloana Barrio Alves G. de Miranda
Theodoro Vicente Agostinho
Thiago Serrano Pinheiro de Souza
Vânia Maria do P. S. Marques Marinho
Vitor Hugo Mota de Menezes
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridad Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

**Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma
licença 3.0 Brasil.**

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

A ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: GARANTIA FUNDAMENTAL OU MERA FORMALIDADE?

THE ATTORNEY'S ASSISTANCE IN PRELIMINARY INVESTIGATION: FUNDAMENTAL WARRANTY OR FORMALITY?

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.01

Recebido 30.06.2018 / Aprovado 29.01.2019

*Daniela Carvalho Almeida da Costa*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-5331-4375>

E-mail: dancacosta@hotmail.com

*Fabiana Oliveira Bastos de Castro*² – <https://orcid.org/0000-0001-8053-873X>

E-mail: fabianacastromm@gmail.com

Resumo: O presente trabalho tem como escopo estudar se a presença do advogado na investigação preliminar constitui garantia fundamental do investigado. Para tanto, inicialmente, foram traçadas considerações acerca direito fundamental, a origem e sua evolução. Em seguida, foi analisado a importância da profissão do advogado na defesa dos direitos dos oprimidos. Logo depois, foi explicitado o que se entende pela investigação preliminar no direito brasileiro. Ao final, chegou-se à conclusão de que a presença e participação ativa do advogado na fase de investigação criminal constitui garantia fundamental da pessoa humana, sobretudo por se coadunar com os preceitos constitucionais de implementação das garantias fundamentais.

Palavras-chave: Direito Fundamental. Assistência de advogado. Investigação preliminar.

Abstract: This work has the objective to study whether the lawyer's presence during the preliminary investigation constitutes a fundamental guarantee of the investigation. For this purpose, initially, considerations were drawn on fundamental rights, the origin and evolution. Then, it was analyzed the importance of the lawyer's profession in defending the rights of the oppressed. Soon after, it was explained what is meant by the preliminary investigation in Brazilian law. In the end, we came to the conclusion that the presence and active participation of the lawyer in the criminal investigation phase is a fundamental guarantee of the human person, especially because it consistent with the constitutional principles of implementation of fundamental guarantees.

Keywords: Fundamental Right. Assistance of Counsel. Preliminary Investigation.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (1998), mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo (2001) e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2005). Advogada. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/3245592995839786>.

² Mestranda pela Universidade Federal de Sergipe – UFS, Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/4575156507563795>.

1 INTRODUÇÃO

O tema denominado “*A assistência de advogado na investigação preliminar: Garantia Fundamental ou Mera Formalidade?*” está diretamente relacionada aos direitos e garantias fundamentais, sendo o seu estudo de grande relevância social e jurídica.

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

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

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

O fundamento do estudo basear-se-á no advento da Lei 13.245/2016, que alterou o art. 7º, inc. XXI, “a” do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994), bem como o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal, que, respectivamente, estabeleceu o direito básico do advogado no acompanhamento do depoimento de seu cliente na investigação preliminar, bem como a possibilidade de formular quesitos e apresentar razões e prevê a figura da investigação criminal defensiva. Por conseguinte, tornando relevante a discussão acerca da obrigatoriedade da presença de defesa técnica na fase pré-processual como uma garantia fundamental do investigado (indiciado, suspeito ou qualquer outra denominação que se dê).

Dessa forma, por meio da revisão da literatura existente e disponível, pretende-se explorar os estudos acerca do Direito Processual Penal e Direito Constitucional no direito brasileiro, especialmente mediante consulta de livros, dissertações e monografias publicadas por autores brasileiros e estrangeiros, inicia-se explicando sobre os sistemas processuais penais, contextualizando a evolução histórica do modelo inquisitivo ao neoinquisitivo, apontando as críticas ao sistema vigente, e nortear o sistema ideal para a efetivação dos direitos.

Em seguida, averigua-se as características da investigação policial preliminar às raias da legitimidade exigida no Estado Democrático de Direito, abordando, de forma sucinta, a importância do advogado para a defesa dos direitos e garantias fundamentais, bem como seu papel de atuação na sociedade contemporânea brasileira. Por fim, é enfrentado o tema diretamente, indicando as correntes doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da obrigatoriedade da presença do advogado na investigação preliminar como direito fundamental do suspeito, a fim de assegurar o cumprimento da lei, e, sobretudo garantir a ampla defesa.

Com atenção especial para a aplicabilidade dos direitos humanos na política criminal e a proteção do acusado/indiciado como elemento intransponível da legitimidade da persecução penal no Estado Democrático de Direito foram dadas as conclusões do trabalho e do estudo realizado no sentido de ser possível a participação da defesa na produção de convencimento da investigação preliminar.

2 DESENVOLVIMENTO

O processo é uma série ou sequência de atos conjugados que se realizam e se desenvolvem no tempo, destinando-se à aplicação da lei penal no caso concreto. Feita tal premissa, cuidou a doutrina em identificar três sistemas processuais penais.

O modelo inquisitivo, que surgiu do direito canônico, durante os tempos sombrios da Idade Média, e consistia em uma espécie de tribunal religioso (Tribunal do Santo Ofício) destinado a perseguição e condenação de todos aqueles que eram contra os dogmas pregados pela Igreja Católica, na forma como alumia o historiador Vicentino (2010, p. 302):

A inquisição surgiu na Europa durante o período medieval com o objetivo de perseguir e condenar hereges. Foi oficializada em 1231, quando o Papa Gregório IX convocou uma comissão de dominicanos para apurar os casos de heresia e de bruxaria. [...] A tortura foi amplamente utilizada na inquisição desde o período medieval, juntamente com o confisco de bens, a exposição pública e, em casos mais graves em que não havia confissão e/ou arrependimento, a morte.

Partindo desses pressupostos, o sistema inquisitorial espalhou-se pelos Tribunais civis de toda a Europa (e em consequência os países por eles colonizados, a exemplo do Brasil)³, tendo como principal característica a reunião em uma só pessoa (ou órgão) as funções de acusar, defender e julgar. No modelo inquisitorial, existe ampla discricionariedade para a produção de provas com o objetivo de atingir uma pretensa verdade real absoluta, admitindo-se, pois, quaisquer métodos e meios para a descoberta dessa verdade.

Explana Lima (2011a, p. 09):

³ O sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia foi o mesmo que existia em Portugal, ou seja, as Ordenações Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, as Ordenações Filipinas.

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

Tal sistema é duramente criticado pela doutrina, visto que, a confusão de interesses reunidas em um só órgão, indubitavelmente, compromete a imparcialidade do julgador, e a defesa, a liberdade do acusado, refletindo, desse modo, na legitimidade do uso do poder estatal. Neste sentido, Lopes Jr. (2001a, p. 67):

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando com órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. O juiz é sujeito da relação processual, mas não é parte. Ademais de ser imparcial deve ser imparcial, pois na sua atuação deverá despojar-se de influências de caráter subjetivo que o impeçam de resolver com exatidão e justiça.

Inclusive, saliente-se que o modelo inquisitivo contrapõe ao axioma do garantismo penal da necessária distância do julgador da acusação, consubstanciado na máxima *nullum iudicium sine accusatione*⁴. Sob esse prisma, explica Ferrajoli (2010, p. 464-465):

Chamarei equidistância ao afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; independência à sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; naturalidade à determinação de sua designação e à determinação das suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. Esses três perfis da imparcialidade do juiz requerem garantias orgânicas que consistem do mesmo modo em separações: a imparcialidade requer a separação institucional do juiz da acusação pública; a independência requer a sua separação institucional dos outros poderes do Estado e por outro lado a difusão da função judiciária entre sujeitos não dependentes um do outro; a naturalidade requer exclusivamente a sua separação de autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e a pre-determinação exclusivamente legal das suas competências. É supérfluo acrescentar, por fim, que a imparcialidade, além das garantias institucionais que a suportam, forma um hábito intelectual e moral, não diverso do que deve presidir qualquer forma de pesquisa e conhecimento.

Sem embargo, verifica-se que a figura do *juiz inquisitor* está em desconformidade com o postulado das garantias processuais, na medida em que é severamente questionada a sua imparcialidade diante da confusão existente entre o julgador e acusador. O sistema acusatório, por sua vez, ao promover a separação das funções de acusar, defender e julgar, atribuindo um órgão diferente para cada atividade persecutória. O juiz somente julga, não participa na produção de provas nem defende o acusado⁵, bem como atua de forma desinteressada pelo resultado final do processo em julgamento.

⁴ Não há processo sem acusação.

⁵ No sistema brasileiro, nada obsta do juiz defender os direitos individuais das pessoas, à guisa de exemplo poderá declarar a nulidades absolutas ou produzir provas *ex officio*, nas hipóteses dos arts. 156 e 564 ambos do Código de Processo Penal.

Assim, a principal diferenciação do sistema inquisitório para o modelo acusatório, é que o julgador só age quando provocado (terceiro imparcial), ou seja, mantém-se distante das funções de acusar e defender. Como aponta Pacelli (2011, p. 09):

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos. A par disso, outras características do modelo inquisitório, diante de sua inteira superação no tempo, ao menos em nosso ordenamento, não oferecem maior interesse, caso do processo verbal e em segredo, sem contraditório e sem direito de defesa, no qual o acusado era tratado como objeto do processo.

Ainda, com relação às provas, no sistema acusatório puro (ou ideal), não é possível a realização de provas pelo juiz, haja vista que contradiz com os seus postulados, embora haja entendimento diverso no sentido de que o princípio da verdade real admite tal medida em casos excepcionais. Encabeça esse posicionamento Avena (2011, p. 39), para quem: “[...] o juiz possui o dever de apurar os fatos com o intuito de descobrir como estes efetivamente ocorreram, de forma a permitir que o **jus puniendi** seja exercido em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal e somente contra essa pessoa”.

Contudo, em verdade, esse entendimento coaduna-se ao conceito de sistema processo penal misto, o qual possibilita ao juiz o controle das provas em situações específicas previstas na lei, ao tempo que se destina a assegurar a imparcialidade do julgador.

O inquérito policial sendo um procedimento administrativo, meramente informativo, desenvolvido unilateralmente pela autoridade policial e destinado a fornecer elementos de indício de autoria e materialidade para fins de instrumentalizar a instauração do processo ou não.

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

O vigente Código de Processo Penal inaugurado em 1941, entretanto, ainda sob os tempos do Estado Novo, possui grande afinidade ao sistema inquisitivo, que é evidentemente contrário às garantias fundamentais previstas no Texto Maior. É dizer, apesar de a Constituição Federal estabelecer que o processo penal segue o sistema acusatório, ainda permanece o ranço da inquisitividade na persecução criminal⁶.

⁶ Outros autores (a exemplo de TOURINHO), contudo, classifica o sistema brasileiro de acusatório, baseados que a fase investigatória, inquisitiva, não é propriamente processual, pois tem caráter administrativo.

Essa dicotomia de sistemas processuais segundo Lopes Jr. (2001b, p. 181-182), perfaz-se com “*a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter ‘misto’*”. O sistema misto⁷ surgiu com o Código Napoleônico em 1808, e o seu modelo serviu como base para diversos países europeus, latinos, inclusive, depois de centenas de anos influenciou o modelo brasileiro. Duras críticas são ditas a esse sistema, principalmente porque quando as provas produzidas no inquérito acompanham o processo, contaminam (mesmo que inconscientemente) o pensamento do julgador. Neste sentido, novamente Lopes Jr. (2001c, p. 186):

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

Sob a influência de tais aspectos, vê-se que o modelo de investigação criminal adotado pelo sistema brasileiro é um procedimento administrativo, sigiloso, meramente informativo, desenvolvido unilateralmente pela autoridade policial e destinado a fornecer elementos de indício de autoria e materialidade para fins de instrumentalizar a instauração do processo criminal ou não. Nesse modelo inquisitorial, existe ampla discricionariedade para a produção de provas com o objetivo de atingir a pretensa verdade real, admitindo-se, pois, quaisquer métodos e meios para a descoberta dessa verdade, desde que, logicamente, respeitem os limites da Constituição Federal. Isso é o que se extrai dos ensinamentos de Lima (2011, p. 09): “[...] *Dotado de amplos poderes instrutórios, o magistrado pode proceder a uma completa investigação do fato delituoso. No sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca a verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida*”.

Em que pese os 31 (trinta e um) anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, ainda existem certas dificuldades na defesa do investigado, entre elas, destaca-se a presença de advogado na oitiva do eventual suspeito (por vezes chamados apenas de testemunhas) do crime investigado pela autoridade policial. Os cenários das delegacias brasileiras, especialmente àquelas mais remotas, ainda persistiam em dizer que o caráter da inquisitorialidade veda qualquer intromissão do advogado no curso do inquérito com o intuito de “não atrapalhar as investigações”.

Tanto é que foi preciso o Supremo Tribunal Federal editar a Súmula Vinculante 14⁸, estabelecendo o direito do advogado a acesso aos autos e documentos já

⁷ Aury Lopes prefere conceituar como sistema (neo)inquisitório.

⁸ “**Súmula Vinculante 14.** É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: fev. 2016)

produzidos pela investigação, como garantia do direito de defesa. Nesse cenário, com o advento da Lei 13.245/2016, que alterou o art. 7º, XXI, “a” do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994)⁹ para estabelecer o direito básico do advogado no acompanhamento do depoimento de seu cliente na investigação preliminar, bem como a possibilidade de formular quesitos e apresentar razões. E mais, previu a nulidade dos procedimentos posteriores acaso seja violada a disposição normativa.

Ao se debruçar sobre o dispositivo legal, parece-nos que a investigação preliminar brasileira passaria a ter um novo rumo a partir de então, uma vez que a garantia de que o advogado acompanharia o investigado, formulasse quesitos e apresentasse razões findaria com a inquisitorialidade da fase pré-processual devido o atendimento ao contraditório e a ampla defesa. Todavia, numa análise aprofundada não parece que o inquérito tenha perdido seu caráter inquisitório, não passando o novo dispositivo legal de ser uma das várias prerrogativas que já possuem o advogado no exercício da profissão. Nesse sentido, mais uma vez, expõe Lopes Jr. (2016):

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

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

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

Outro problema verificado na novel legislação é que aqueles que não possuem condições de custear um advogado particular – grande parte da população – não teriam acesso à defesa no procedimento investigatório, acentuando a desigualdade

⁹ **Art. 1º.** O art. 7º da Lei 8.906, de 04.07.1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), passa a vigorar com as seguintes alterações: “**Art. 7º.** [...] XXI – assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; (NR)”.

de tratamento entre as pessoas. Porém, não há como negar a importância da legislação no que se refere a mudança de paradigma da legislação brasileira, a qual está seguindo a tendência de novas garantias e direitos. A mudança trazida pela Lei 13.245/2016 apesar de não tornar a presença do advogado durante o inquérito policial obrigatória, traz uma nova garantia ao cidadão durante uma investigação, qual seja, a positivação do direito de defesa e a participação da defesa técnica, ainda que tímida, nessa fase procedimental.

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

Há um capítulo específico dentro do Título IV da Constituição Federal do Brasil, versando sobre as organizações dos Poderes, às funções que considera essenciais à Justiça Pública, dentre elas, ganha destaque que o texto constitucional preocupou-se em dizer que o advogado é indispensável à administração da justiça¹⁰, dessa forma, dentro dos fundamentos constitucionais, conclui-se que a indispensabilidade do advogado reflete no direito de defesa, do contraditório e o devido processo legal. É necessário capitular que a indispensabilidade do advogado não se restringe aos âmbitos do Poder Judiciário, mas, sobretudo fora dele, pois o que se pretende alcançar é que o imperativo da lei seja estritamente cumprido em sua universalidade. Sob esse prisma, sabe-se que o procedimento investigativo tem a natureza jurídica informativa, uma vez que se presta como fundamento para o ingresso ou não da ação penal.

A investigação preliminar pode afetar direitos e garantias individuais, ao servir, a guisa de exemplificação, como base para uma prisão cautelar, uma quebra do sigilo bancário e telefônico, sequestro ou apreensão de bens, portanto, somente pelos exemplos citados, verifica-se que está em jogo a liberdade, a intimidade e propriedade das pessoas, como destaca, mais uma vez, Lopes Jr., (2014, p. 322) no sentido de que: “[...] os atos do inquérito servem de base para restringir a **liberdade pessoas** (através das prisões cautelares) e a disponibilidade de bens (medidas cautelares reais, como arresto, sequestro etc). Ora, se com base no inquérito o juiz pode decidir sobre a liberdade e a disponibilidade de bens de uma pessoa, fica patente sua importância!”.

A realidade, entretanto, está longe do que se pode chamar de ideal, pois se avista confissões que foram obtidas a força pelas autoridades policiais, parcialidade na persecução das provas, má infraestrutura dos postos policiais, e pouco treinamento na humanização dos procedimentos. Ressalte-se que, evidentemente, essas características não se aplicam a todos, mas, tristemente, ainda fazem parte do cotidiano brasileiro. Por tratar sobre direitos fundamentais tão básicos e valiosos deve-se acautelar a investigação preliminar dos maiores cuidados, sobretudo pela força probatória que, infelizmente, ainda transborda ao processo judicial. Para tanto, as garantias fundamentais somente estarão protegidas caso a fase preliminar seja obrigatória a

¹⁰ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

presença do advogado, precisamente na oitiva do interrogado, e no acompanhamento de provas cuja repetição fica comprometida.

Nesse ponto específico, a Constituição Federal de 1988 inovou ao inserir diversas garantias no corpo de seu texto, e foi além, trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos, quais sejam, direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos. Inegavelmente uma das mais importantes garantias expressamente positivadas pela atual Constituição foi a do princípio do devido processo legal, do qual derivam os princípios do contraditório e a ampla defesa. Como salientado por Moraes (2006, p. 95), ao tratar sobre o tema:

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

E continua advertindo que:

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

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

No direito português, está assegurada a presença de advogado no ato do interrogatório. No direito francês, no procedimento de *instruction*, o sujeito, também, tem direito a assistência de advogado por toda a fase pré-processual¹¹. Esse direito reveste-se de caráter fundamental, pois compõe o próprio estatuto constitucional do

¹¹ Conclusões sobre o direito estrangeiro retirada da obra de **Investigação Preliminar no processo penal** (*Op. cit., et seq.*, p. 363-397).

direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, seja perante o Tribunal, seja na fase da investigação preliminar.

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

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

O projeto de lei que trata do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei 156/2009) prevê a investigação criminal defensiva como a possibilidade de o investigado promover, diretamente, diligências investigativas como meio de prova, reunindo subsídios à sua defesa. Significa dizer, ao indiciado seria permitida a investigação criminal, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos (detetive particular), tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Ao final, o material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

As pessoas desprovidas de recursos financeiros para a contratação de um advogado particular para que tenha habilitado o seu direito de defesa seriam socorridas pela Defensoria Pública, a qual, inclusive, já está dentre seus objetivos previstos no art. 4º, inc. XIV, da Lei Complementar 80/1994, com a redação dada pela Lei Complementar 132/2009, a qual estabelece expressamente:

Art. 4º. São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras:[...] XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado;

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

Sendo o investigado integrante de um grupo economicamente vulnerável, a Defensoria Pública, por força da nova redação do art. 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – EOAB deverá assistir o investigado conforme previsto no projeto de lei do novo Código de Processo Penal (PL 156/2009) isso porque não

há razão jurídica que justifique tratamento diferente entre pessoas de distintos níveis sociais, sob pena de violação ao princípio da igualdade que é a base do Estado Democrático de Direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

Os princípios que constituem o caráter dialético do processo judicial, equacionando o direito de punir do Estado ao tão importante direito de liberdade do acusado, pressupõe a defesa ter acesso aos autos do processo ou procedimento, a todos os documentos e informações nele contidos, a possibilidade de manifestação e, também, o direito de ver seus argumentos apreciados e analisados pelo órgão julgador, de forma a prestigiar o ordenamento constitucional brasileiro esculpido no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe acerca da observância do contraditório e a ampla defesa em todos os processos, sejam eles judiciais ou administrativos, sob pena de inobservância do devido processo legal.

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

Destarte, apesar da Lei 13.245/2016, que alterou o art. 7º, inc. XXI, “a” do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/1994) estabelecer apenas uma prerrogativa ao advogado dentre tantas outras já positivadas no ordenamento jurídico vigente, mesmo assim, verifica-se a sua importância pelo destaque que ela trouxe sobre o direito fundamental do sujeito passivo em ser assistido por advogado na fase pré-processual da persecução penal.

O Projeto de Lei 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal, vai ainda mais além, facultando ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos (detetive particular), tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Em uma interpretação sistemática da Constituição Federal do Brasil, conclui-se que a presença do advogado e o direito de participação nas provas, quando possível, na fase da investigação preliminar constitui grande avanço aos direitos fundamentais da pessoa, ao passo que constitui verdadeira efetivação dos princípios-normas da ampla defesa e do contraditório.

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

4 REFERÊNCIAS

- AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **Vade Mecun**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et al.* São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.
- HOFFMANN, Henrique. Advogado é importante no inquérito policial, mas não obrigatório. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível: em <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-14/advogado-importante-inquerito-policial-nao-obrigatorio>>. Acesso em: fev. 2016.
- LEITE SAMPAIO, José Adércio. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Del Rey, 2010.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. 1.
- LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter “inquisitório” da investigação. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>>. Acesso em: fev. de 2016.
- _____. **Sistema de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.