

NOTA TÉCNICA N.º 01/2016/CONAMP

Assunto: PLC 78/2015 (PL 6705/2013 – Câmara dos Deputados) – altera o artigo 7º da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 – ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

A **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)**, entidade de classe que congrega mais de 16 mil membros dos Ministérios Público dos Estados, Distrito Federal e Territórios e Militar, com objetivo de preservar a autonomia da instituição, a higidez de suas funções constitucionais e adequação de sua organização estrutural, externa o seu posicionamento a respeito à aprovação do PLC 78/2015 que altera a redação do artigo 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) e, como será demonstrado, mister se faz necessário o veto ao inciso XXI e do parágrafo 12 do texto encaminhando pelo Congresso Nacional para sanção presidencial.

DO VETO AO INCISO XXI

No texto do *caput* do inciso está prevista a nulidade dos atos realizados sem à assistência de advogado, inclusive com efeitos a todas as investigações dele (ato) derivadas.

A participação de defensor do investigado é obrigatória na fase judicial onde prevalecem princípios como o contraditório e ampla defesa. Contudo, na fase de investigação, não existe tal obrigatoriedade e para sedimentar tal entendimento, traz-se à colação a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal, afirmando que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende à Constituição.

Note-se que o enunciado se refere a processo administrativo que é mais gravoso que uma investigação criminal, pois aquele pode gerar efeitos imediatos como suspensão ou até demissão do servidor público, enquanto na investigação trata-se apenas de procedimento preparatório para uma possível ação penal, ou seja, para gerar efeitos deverá passar obrigatoriamente pelo crivo do Poder Judiciário e dos já mencionados princípios do contraditório e ampla defesa, dentre outros.

Por isso, a defesa técnica (feita por advogado ou defensor público) é opcional, ainda que recomendável. Se é opcional, não há que se falar em nulidade pela falta de assistência do advogado aos atos de investigação.

A respeito do contraditório e ampla defesa na fase inquisitorial, a jurisprudência é uníssona nos Tribunais Superiores para que não se aplicam por se tratar de procedimento de natureza preliminar (STF – AP 560) e de peça meramente informativa (STJ – RHC 10.841).

Mas além dos aspectos formais, devem ser ressaltados aspectos práticos da medida ora discutida.

Apenas a título ilustrativo, a prevalecer o texto aprovado pelo Congresso Nacional, a Administração Pública estaria vinculada, por exemplo, a agenda dos profissionais liberais, ou seja, se não puderem comparecer (qualquer que seja o motivo), os atos não poderiam ser realizados sob pena de nulidade. Além disso, os procedimentos de investigação se tornariam ainda mais burocratizados e morosos pois, para evitar a nulidade, deveria haver a intimação dos advogados para a realização de todos os atos de investigação nos moldes do que já ocorre nos procedimentos judiciais, sendo que, neste caso já existe toda uma estrutura preparada para tal, como oficiais de justiça, diários oficiais impressos e eletrônicos e que se tornam assim, incompatíveis com os órgãos de investigação.

Ressalta-se ainda, que a pena de nulidade dos atos pela falta da presença de advogados é incompatível com a já mencionada natureza inquisitorial, precária da investigação pelos órgãos da administração pública. Não poderiam, portanto, as possíveis nulidades provocar efeitos a outros atos posteriores.

A "Teoria dos frutos da árvore envenenada", a qual, imagina-se, foi a inspiradora da redação do inciso XXI do artigo 7º, só deve ser aplicada quando o fato que causou a nulidade for, por si só, fato típico. Assim, uma confissão ou testemunho obtida por tortura ou uma gravação telefônica ilegal, podem gerar a nulidade do ato em si e também de atos posteriores, deles derivados.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal são acordes com o acima citado, ou seja, de que os vícios no inquérito policial não alcançam a ação penal, até porque não se tratam de atos processuais (ARE 868516, Rcl 8279, ambos deste ano).

Ademais, os atuais regulamentos já garantem aos advogados as disposições pretendidas na norma ora atacada. Ou seja, se os advogados podem ter acesso, examinar todos os inquéritos, processos administrativos ou judiciais e se podem ingressar livremente a todos os locais onde possam desenvolver a advocacia (como uma delegacia de polícia) é certo que, já podem participar de todos os atos investigatórios além de requerer diligências nesta fase, conforme previsão no artigo 14 do Código de Processo Penal.

Acrescente-se, por exemplo, que o Conselho Nacional do Ministério Público ao regulamentar a investigação criminal no âmbito do Ministério Público, previu expressamente que o investigado pode ser acompanhado de advogado e apresentar informações que achar necessárias (Resolução 12/2006).

Por fim, mas não menos importante, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 14 que dispõe ser direito de defesa, 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.

Deste modo, nenhum prejuízo à advocacia ou aos direitos dos investigados serão restringidos caso haja o devido veto presidencial, apenas se corrigirá os excessos que não se coadunam com o sistema de investigação pré-processual vigente e que, repete-se, tornaram o já excessivamente moroso inquérito policial em uma peça praticamente impossível de ser concluída.

DO VETO À ALÍNEA "B" DO INCISO XXI

Merece destaque no já malfadado inciso XXI, a alínea "b" que prevê que os advogados poderão Requisitar diligências. Tal previsão é completamente desprovida de razão jurídica ou fática.

A requisição, em seu sentido técnico, é ato privativo da Administração Pública em relação ao particular, ou em relação a outro agente, ou órgão da Administração a quem se tem obrigação de cumprir as determinações, quase sempre hierarquicamente inferiores às determinantes da ordem.

Requisição, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém, de modo unilateral e auto-executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe transitoriamente o uso de uma coisa *in natura*, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida efetivamente acarretar ao obrigado.

O Ministério Público tem, por exemplo, poder requisitório no Inquérito Civil Público, para que o particular ou órgão da Administração Pública forneça documentos ou informações necessárias para a instrução do procedimento que tem natureza e interesse público.

Também detém o poder requisitório, o Poder Judiciário e o Conselho Tutelar, ou seja, sempre a autoridade pública para fazer valer as próprias determinações, interesses do Estado. Em suma, uma afirmação do próprio poder estatal.

No âmbito do Inquérito Policial, somente o Poder Judiciário e o Ministério Público possuem o poder requisitório de instauração e realização de diligências. O Judiciário, em decorrência de sua própria potestade relativa aos julgamentos criminais e o Ministério Público por previsão constitucional insculpida no artigo 129, VIII, em razão de ser o detentor da *opinio delict* sobre o fato penal que eventualmente venha a ser apurado no processo criminal.

A previsão de requisição por advogado é totalmente incompatível com um procedimento inquisitorial, onde, de regra, prevalece a orientação da Autoridade Policial.

Conceder o poder de requisição seria trazer para as peças de informação inquisitoriais, mais do que um contraditório e uma ampla defesa – que, como já aduzido, não são aplicados nos inquéritos policiais – mas uma submissão do poder estatal à vontade do particular, já que a requisição obriga o seu cumprimento.

No próprio processo judicial, o advogado pode fazer requerimentos, ou seja, pedidos para que o magistrado analise a necessidade ou não da realização da diligência requerida e, ainda assim, dá margem à excessivas manobras protelatórias, como a oitiva de testemunhas em diversos locais distintos, sem que estas necessitem, obrigatoriamente, esclarecer os fatos objeto do processo.

Trazar isso para o Inquérito Policial, com o gravame de não haver a análise da utilidade ou não da diligência para o esclarecimento dos fatos é torná-lo, na prática, imóvel pela possibilidade de excessivas e dispendiosas diligências. O sistema de segurança pública está quase parado pela falta de investimentos, por falta de recursos humanos e de equipamentos, acrescente-se a isso, a uma duplicação, triplicação de diligências desprovidas de razão.

Como já aduzido, atualmente, já existem disposições legais que garantem o acesso do advogado ao inquérito, a possibilidade de requerer diligências, despendendo qualquer outro tipo de previsão, ainda mais quando incompatível com o próprio instituto da requisição – que é eminentemente público – e com o caráter inquisitorial da investigação pré-processual.

DO VETO AO PARÁGRAFO 12

Prevê a norma aprovada pelo Congresso Nacional que constitui infração criminal e funcional de abuso de autoridade diversas condutas relacionadas a não permissão do acesso dos advogados a procedimentos de investigação.

Por deficiência na redação, o texto legal deve ser vetado, pois ao que pode se depreender do texto aprovado, a conduta de impedir o acesso de advogado aos procedimentos investigatórios com o intuito de prejudicar a defesa seria abuso de autoridade e, também, o fornecimento incompleto dos autos.

Mas a redação nos moldes em que consta no texto ora apreciado, mais confunde que esclarece e, como hoje já existe a previsão de abuso de autoridade o atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional no artigo 3º, alínea J, da Lei nº 4.898/1965, há de se considerar que a tutela pretendida já está devidamente regulamentada.

Por fim, considerando que a nova formatação da Defensoria Pública deixou de ser advocacia pública para os hipossuficientes para órgão distinto, tanto que não filiada à Ordem dos Advogados do Brasil, ter-se-ia o fato de uma mesma conduta ser abuso de autoridade para a negativa aos advogados e não haver a mesma caracterização para a defensoria pública.

Conclusão

Ante o exposto, requer a CONAMP, que sejam vetados os parágrafos XXI e o 12 da nova redação pretendida à Lei 8.906/94.

Brasília, 04 de janeiro de 2016



NORMA ANGÉLICA REIS CARDOSO CAVALCANTI
Presidente da CONAMP