

ACESSO A AUTOS SIGILOSOS

A necessidade de prévio conhecimento de elementos indispensáveis ao efetivo exercício da advocacia

Carlos Kauffmann

Advogado, Professor de Processo Penal da PUC/SP – Graduação e Pós Graduação *Latu Sensu* (Especialização) –, mestre e doutorando em Processo Penal pela PUC/SP, autor do livro *prisão temporária*.

I – INTRODUÇÃO – EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Longe vai o tempo em que a advocacia era considerada profissão privada e exercida com ampla liberdade, sujeitando-se apenas ao controle individual do próprio advogado, quando o Poder Judiciário – então encarregado desta fiscalização – mantinha restrita atuação. Com a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, funções inerentes ao poder público foram delegadas à própria classe que passou a disciplinar-se, a fiscalizar-se e, acima de tudo, regulamentar-se.

Desde então, a advocacia, que tem assento constitucional e estratifica função pública – exercida, embora, em ministério privado –, tornou-se essencial à execução da tarefa jurisdicional do Estado: “sem a intervenção do advogado, não há

justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescindível para que funcione a *justiça*”¹.

Mas “para que funcione a justiça” é essencial que o advogado disponha de condições para desenvolver a defesa que lhe é confiada, seja durante o processo, seja durante a fase que o antecede.

Principalmente na esfera penal, em que, muitas vezes, a prestação jurisdicional – cautelar ou definitiva – implica cerceamento da liberdade de locomoção, a função do advogado mostra-se indispensável para equilibrar conflito que contrapõe interesses individuais a sociais. Conflito esse que jamais poderá ser solucionado com inobservância de preceitos que cercam o cidadão de garantias.

Por este motivo, a legislação vigente – constitucional e infraconstitucional – assegurou ao advogado – e, por conseqüência, a toda sociedade –, garantias que lhe permitem exercer a advocacia em toda sua plenitude. A violação dessas normas cerceia a advocacia e acaba por fenestar a justiça, o ordenamento jurídico e as condições de vida para a pessoa humana, pois atingem o sagrado direito de defesa.

II – INVESTIGAÇÃO POLICIAL E DEFESA

¹ Rui de Azevedo Sodré. *A ética profissional e o estatuto do advogado*, p. 282.

A Constituição Federal de 1988, invertendo a tradicional ordem das Constituições anteriores, cuidou dos “direitos e garantias fundamentais antes da organização dos Estados e da organização dos Poderes. Sem dúvida, com isso se quis enfatizar a importância de tais direitos e garantias fundamentais. São eles postos como básicos para o Estado brasileiro. Refletem, com efeito, a dignidade da pessoa humana que já foi apontada como fundamento da República brasileira no art. 1º, III”².

Entre os direitos e garantias fundamentais destacam-se: ampla defesa e contraditório, defesa técnica (indeclinável durante o processo e facultativa durante o inquérito policial) e autodefesa (exercida pessoalmente pelo investigado ou réu em momentos específicos, tais como no interrogatório policial e judicial).

Não cabe, no estreito âmbito deste estudo sobre prerrogativas profissionais, avaliarmos a existência de ampla defesa durante o inquérito policial, pois, para a larga maioria dos doutrinadores, ela restringe-se à fase processual.

Inegável, porém, que defesa técnica, ainda que não seja exercida em toda sua amplitude, é garantida bem antes de iniciado o processo: ao preso (inclusive em virtude de custódia cautelar), ao indiciado e ao investigado, é facultada – e não pode ser negada – assistência de advogado. Não se trata de assistência meramente figurativa, pois, conforme já tivemos oportunidade de salientar, “O advogado deve assistir o preso, orientando-o sobre o

² Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 23

que dizer durante o interrogatório ou, até mesmo, a silenciar caso não se encontre tranqüilo para prestar as informações que a autoridade julgar necessárias. Não é só. Cabe ao advogado zelar pelo efetivo cumprimento de todos os direitos do preso, tanto no momento da prisão como nos dias subseqüentes, quando empreenderá a maior batalha para dirimir o conflito *entre o indivíduo e o poder*³.

Também fica evidente a existência de defesa técnica durante o inquérito policial por força do art. 14 do Código de Processo Penal, que permite ao indiciado – via de regra por intermédio de seu advogado – requerer a realização de qualquer diligência.

Assim, mesmo sem considerar todas as demais garantias constitucionais e dispositivos legais – inclusive oriundos de tratados internacionais que desobrigam qualquer pessoa de fazer prova contra si – **é inegável, hoje, que o investigado, preso ou não, pode defender-se durante o inquérito policial.** E, desejando fazê-lo, isso não lhe pode ser negado.

Porém, mesmo diante do caminho constitucionalmente sacramentado no sentido de reconhecer, com a garantia da defesa, que a dignidade da pessoa humana é dotada de valor que “não pode ser sacrificado a qualquer interesse coletivo”⁴, ainda existem resquícios – e fortes – da concepção autoritária do Estado⁵, facilmente perceptíveis pela subversão da exegese de

³ Carlos Kauffmann. *Prisão temporária*, p. 95/96.

⁴ Monoel Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição*, p. 19.

⁵ Antonio Scarance Fernandes. *Processo penal constitucional*, p. 18: “Numa concepção autoritária do Estado, o processo penal é então dominado,

preceitos que acabam sendo utilizados em procedimentos que, suplantando o poder investigatório, tornam-se inquisitoriais. Inquéritos são instaurados, investigados ouvidos, prisões decretadas, conversas telefônicas reveladas pela imprensa e, nesse contexto, veda-se que advogados, devidamente constituídos, tenham conhecimento daquilo que foi apurado sob o pretexto de que as investigações policiais poderão ficar comprometidas, deixando-os, com isso, impossibilitados de defender seus constituintes.

Apesar da distância – inclusive legislativa – da incessante busca da confissão, ainda parece que ela continua sendo o norte de investigações cujo conteúdo é mantido inacessível ao advogado. Esse tipo de procedimento serve, apenas, para manter sempre atual a ácida advertência deixada por Serrano Neves, para quem “o mal do processo penal é o irritante detetivismo que o envolve, desde a ‘escolha’ do indiciado, até, não raro, a sua condenação (...). A habilidade policial – estacionária e audaciosa – é sempre a pinça milagrosa da escolha comodista. E, a escolha à confissão, vai um passo... de mágica”⁶. Mágica que, na atualidade, oculta do advogado tudo aquilo que seria indispensável para o desenvolvimento da defesa que lhe é confiada, pois **não há falar-se em efetivo exercício de defesa sem acesso aos autos.**

III – DEFESA TÉCNICA E NECESSIDADE DE ACESSO AOS AUTOS

exclusivamente, pelo interesse do Estado, que não concede ao interesse das pessoas qualquer consideração autônoma”.

⁶ Serrano Neves. *O direito de calar*, p. 16.

A participação da defesa durante o inquérito policial “é ponto incontroverso. A dificuldade está em delimitar o âmbito desta participação, não nos parecendo que se trata de participação em contraditório, mas que proporciona ao advogado ampla ciência das atividades de investigação, podendo efetuar requerimentos e usar de todos os mecanismos que o sistema lhe outorgue em favor do investigado”⁷.

Por isso mesmo, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – que é Lei Federal – assegura ao advogado o direito de examinar autos de qualquer procedimento em qualquer órgão do Poder Judiciário ou repartição policial, deles podendo extrair cópias, conforme fica evidente pela exegese dos incisos XIII, XIV e XV, do art. 7º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), *verbis*:

“Art. 7º. São direitos do advogado:

.....

XIII – examinar, em qualquer órgão do Poder Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV – 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;

⁷ Scarance. Op. cit., p. 298.

XV – ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais”.

Mesmo com a prévia decretação de sigilo, seja em inquérito policial, procedimento criminal diverso ou processo, a verdade legal e inarredável é que não se poderá negar acesso aos autos aos advogados constituídos pelas pessoas que ali figurarem como investigadas, indiciadas ou denunciadas, independentemente da fase em que se encontre o procedimento, por tratar-se de conduta indispensável ao exercício da defesa técnica constitucionalmente assegurada, conforme emblemática decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão Relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence:

“EMENTA: (...) II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

.....

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento da prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluam os inquéritos que correm em sigilo: a

irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações⁸.

No mesmo sentido ainda podem ser citadas, entre outras, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: HC 90232/AM; HC 88.190/RJ⁹; HC 82.354/PR¹⁰ e MS 23.576-4/DF¹¹.

⁸ STF. 1ª. Turma. HC 82.354-8/PR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 10/08/2004, v.u.

⁹ “Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituínte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituínte”.

¹⁰ “1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente. (...) 3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe

* * *

“(...) a advocacia é disciplina de liberdade dentro da ordem. Os conflitos entre o real e o ideal, entre a liberdade e a autoridade, entre o indivíduo e o poder, constituem tema de cada dia. Envolvidos por esses conflitos, cada vez mais dramáticos, o advogado não é uma simples folha na tempestade. Ao contrário, investido da autoridade que cria o direito, ou da defesa que pugna pela sua justa aplicação, o advogado é quem desencadeia, muitas vezes, a tempestade, e pode contê-la”¹².

Para desencadear ou conter uma tempestade é preciso poder. Não um poder imposto por autoridade ilegítima, mas poder conquistado, ao longo da história, que permita ao advogado ficar em igualdade de armas com o poder maior advindo do Estado. Poder que não será utilizado em seu benefício, mas em favor de toda

faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. 4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em consequência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório”.

¹¹ “A Comissão Parlamentar de Inquérito, como qualquer outro órgão do Estado, não pode, sob pena de grave transgressão à Constituição e às leis da República, impedir, dificultar ou frustrar o exercício, pelo Advogado, das prerrogativas de ordem profissional que lhe foram outorgadas pela Lei nº 8.906/94.

O desrespeito às prerrogativas – que asseguram, ao Advogado, o exercício livre e independente de sua atividade profissional – constitui inaceitável ofensa ao estatuto jurídico da Advocacia, pois representa, na perspectiva de nosso sistema normativo, um ato de inadmissível afronta ao próprio texto constitucional e ao regime das liberdades públicas nele consagrado. Medida liminar deferida”.

¹² Eduardo Couture, *Os mandamentos do advogado*, p. 11.

a sociedade, ainda que se exprima, em cada oportunidade, na defesa de indivíduos isolados. Poder que se encontra garantido por suas prerrogativas constitucionais e infraconstitucionais. Impedir o advogado de acessar autos sigilosos implica atentar contra este poder, contra as prerrogativas e, conseqüentemente, contra o Estado Democrático de Direito.

BIBLIOGRAFIA:

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. Porto Alegre: Fabris, 1987, p. 11.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Paulo Sérgio. *Na defesa das prerrogativas do advogado*. São Paulo: OAB/SP, 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

KAUFFMANN, Carlos. *Prisão temporária*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11^a.
Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SODRÉ, Rui de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do
advogado*. São Paulo: LTr, 1975, p. 282.

NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos,
1960.