

VIVIANE AMORIM MARQUES

**O SIGILO NO INQUÉRITO POLICIAL E O ACESSO AOS
AUTOS PELO ADVOGADO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Professor Marcus Vinícius Reis
Bastos

Brasília

2011

Dedico este trabalho a Valdivina e João, meus pais, ao Dione, meu irmão, pelo apoio incondicional e pela paciência.

Á Deus sempre presente em minha vida.

AGRADECIMENTOS

Em especial, agradeço ao professor Marcus Vinícius, meu orientador, pelos seus ensinamentos transmitidos com sabedoria, generosidade e simplicidade.

Às servidoras, Helen Barbosa e Jurema da Silva Assunção, da Biblioteca Desembargador Antônio Mello Martins, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pela colaboração valiosa durante a realização da pesquisa.

RESUMO

Este trabalho tem por escopo estudar o sigilo na investigação policial e o acesso aos autos pelo advogado. Analisando as nuances do inquérito policial, seu conceito, regime jurídico e a incidência ou não do princípio da publicidade, nessa fase pré-processual. Especial atenção é voltada para a pessoa do indiciado, diante dos termos legais, pelos quais possibilitam o acesso aos autos. Coloca-se em confronto a norma do art. 20 do Código de Processo Penal com a do art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94. Tendo como preceito para dirimir a questão a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Inquérito policial. Acesso do advogado. Princípio da publicidade. Normas constitucionais. Normas do Estatuto da OAB. Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 INQUÉRITO POLICIAL: REGIME JURÍDICO.....	8
1.1 Conceito.....	8
1.2 Atores que intervêm na feitura do inquérito policial	9
1.3 Características do inquérito policial.....	10
1.4 Normas constitucionais e legais aplicáveis ao inquérito policial	12
2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE	18
2.1 Noções preliminares dos princípios do processo penal.....	18
2.2 Princípio da publicidade	18
2.3 Fundamento Jurídico	20
2.4 Princípio da publicidade relacionado a outras garantias constitucionais	21
2.5 Princípio da publicidade relacionado à cláusula do devido processo legal.....	23
3 PUBLICIDADE E INQUÉRITO POLICIAL	27
3.1 O alcance ou não do princípio da publicidade no inquérito policial.....	27
3.2 Direito ao acesso pelo advogado aos autos é sinônimo de adoção do princípio da publicidade?.....	30
3.3 Súmula Vinculante nº. 14 do Supremo Tribunal Federal.....	33
3.4 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	36
3.5 Ressalvas estipuladas pelo próprio Supremo Tribunal Federal quanto à súmula vinculante nº. 14.....	37
CONCLUSÃO.....	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal o inquérito policial é considerado como instrução provisória anterior à propositura da ação penal. Nesse ministério, adquire a importância de evitar apressados e errôneos juízos.

O inquérito é o instrumento hábil para a elucidação de um fato criminoso. Tal descoberta fica a cargo da autoridade policial, que o preside e de forma discricionária pode manter o sigilo constante nos autos do inquérito policial, para que assim seja possível a descoberta de todas as nuances da infração penal, como por exemplo, apontar a autoria e a materialidade do crime, e, conforme for o caso, servir de subsídio para que o Ministério Público ofereça a ação penal.

O presente trabalho almeja mostrar que o inquérito policial pode dar alcance para que a defesa atue sem quaisquer amarras, conquanto se caracterize como procedimento sigiloso.

Não se pretende sustentar que o inquérito policial deva assumir a feição de um processo, mas sim admitir que até na fase pré-processual, mesmo de forma precária, contraditório e ampla defesa possam fazer-se presentes, sem ameaçar o sucesso da investigação.

A propósito, suscitaram-se a controvérsia em torno do sigilo no inquérito policial e o acesso aos autos pelo advogado, sem olvidar a divergência existente na doutrina e jurisprudência.

Frente às discussões surgidas quanto ao acesso do advogado aos autos do inquérito policial, a preocupação maior centra-se em garantir direitos fundamentais, ainda que de forma mitigada, nessa fase pré-processual. Sendo que, conquistar direitos fundamentais na fase investigativa tem por significado elevar o indivíduo, objeto da investigação, a condição de sujeito de direitos.

Tendo em vista, a busca pelo acesso do advogado aos autos do inquérito policial, o estudo se firmará sobre bases principiológicas e entendimento jurisprudencial. Destarte, no primeiro capítulo haverá a introdução de noções gerais no que diz respeito ao inquérito policial, tais como conceito, regime jurídico, características, princípios que informam a sua

realização, atores que intervêm em sua feitura e normas constitucionais e legais aplicáveis ao inquérito policial.

No segundo capítulo, será examinado o princípio constitucional da publicidade, com previsão legal no art.5º, inciso LX, da Constituição Federal. Esse mesmo princípio será esmiuçado no tocante à sua descrição, ao seu significado e fundamento. Além disso, se relacionará a exigência da publicidade com outras garantias constitucionais, assim como situará a publicidade dentro da cláusula do devido processo legal.

A partir desse estudo preliminar, no terceiro capítulo, a atenção se voltará ao exame do sigilo no inquérito policial, em contrapartida ao direito de defesa e de acesso do advogado aos autos do inquérito policial. O dilema será dirimido pela jurisprudência, instrumento importante para garantia da atuação da defesa, ainda que, em sede pré-processual.

Nesse último capítulo, será discutida se a regra da publicidade alcança o inquérito policial. Refletir-se-á ao debate gerado quanto ao acesso, ou não, aos autos sigilosos pelo advogado do indiciado, ao ensejo da edição da Súmula Vinculante nº. 14 do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, salienta-se a extrema importância de examinar a jurisprudência concatenada ao estudo do art.7º, inc. XIV, da Lei nº 8.906/94 e também do art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, para que trilhe outros rumos o acesso aos autos sigilosos pelo advogado, prestigiando-se os direitos fundamentais.

1 INQUÉRITO POLICIAL: REGIME JURÍDICO

1.1 Conceito

O Estado é o titular do direito de punir e quando alguém transgredir a norma penal incriminadora, deverá aquele, para fazer valer o seu direito, procurar os elementos comprobatórios do fato infringente da norma e os de quem tenha sido o seu autor, entregando-os, a seguir, ao órgão do Ministério Público para promover a competente ação penal.¹

O órgão do Ministério Público incumbe-se de ajuizar a ação penal e acompanhar o desenrolar até o final. É o que se chama *persecutio criminis in iudicio*. Mas compete a Polícia Civil a atribuição de levar ao conhecimento do Juiz a notícia sobre um fato infringente da norma, como denomina o § 4º do art. 144 da Carta Política (mais conhecida como Polícia Judiciária), cuja finalidade é investigar o fato criminoso e quem tenha sido o seu autor, colhendo os necessários elementos probatórios a respeito.²

A propósito disso é feito por meio de inquérito policial que, pode ser definido como um conjunto de atos investigatórios, realizados pela autoridade policial, visando apurar o fato criminoso e sua autoria.³

Quanto ao instituto do inquérito policial ele pode ser de vários tipos, a depender da natureza do crime, tais como o Inquérito Policial Militar, nos crimes militares, que a investigação é da competência dos próprios militares. Como também há os inquéritos parlamentares, no caso de escândalos de proporções consideráveis, se os parlamentares deliberarem por investigá-lo, devem eleger a comissão, a quem cabe a empreitada de elucidá-lo. Nenhum impedimento existe para que determinadas autoridades administrativas, não integrantes da Polícia, em algumas infrações, instaurem às necessárias investigações, para assim fazer todas as descobertas da atividade criminosa.⁴

¹ TOURINHO FILHO, **Processo penal**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 194-195.

² Idem, p. 195.

³ MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 53.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34.

A autoridade policial somente inicia a investigação criminal, isto é, a apuração penal e de sua autoria, quando tem a *notitia criminis*, que é o conhecimento seja ele espontâneo ou provocado, de um fato aparentemente criminoso para a autoridade judiciária.⁵

1.2 Atores que intervêm na feitura do inquérito policial

A Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, §4º). A eles cabem, como regra, a atividade de investigação. De outro modo, o art.129, VII, permitiu o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça, e o art. 129, VIII, da Constituição Federal possibilitou ao Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.”⁶

Nesse liame, do instante em que chega ao conhecimento do Juiz, do Promotor de Justiça ou do Procurador da República a notícia sobre um crime de ação penal pública incondicionada, poderá ele encaminhar à Autoridade Policial por meio de ofício, relatando-lhe o que soube e requisitando a instauração de inquérito policial. Faz-se a única ressalva de que nesse ofício é preciso que a Autoridade requisitante forneça à Autoridade Policial o mínimo de elementos para que assim viabilize a investigação.⁷

Por sua vez, também, pode o ofendido, ou quem legalmente o representa provocar a Autoridade Policial para que ele proceda à instauração de inquérito. Através desse requerimento, de acordo com o § 1º do art.5º do Código de Processo Penal, deve o ofendido, ou quem figurar como tal, sempre que possível, narrar o fato descrevendo todas as suas circunstâncias, fazer a individualização do indiciado, com a indicação de seu prenome, nome, endereço, profissão e outros dados que o ofendido convir pertinente para identificá-lo.⁸

Não só os ora supramencionados atores podem intervir na feitura do inquérito policial como a própria autoridade policial tem por dever instaurar de ofício, ou seja, independe de provocação de quem quer que seja, o inquérito policial quando tratar-se de crime de ação penal pública incondicionada. E é por meio de Portaria, que a autoridade

⁵ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. rev. e atual. com a Emenda Constitucional da “Reforma do Judiciário”. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p.168.

⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 238.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 44.

⁸ Idem, p. 42- 43.

consigna ter chegado ao seu conhecimento à notícia sobre determinada infração penal, e daí ordena a realização das primeiras diligências.⁹

Pertinente ressaltar que, além, desses atores que intervêm na feitura do inquérito policial, há ainda as Comissões Parlamentares de Inquérito. A elas permitem-se a apuração indireta de crimes através de sindicâncias e processos administrativos.¹⁰ Tendo por finalidade essas mesmas Comissões à obtenção de elementos úteis à atividade parlamentar, não diretamente vinculado a ilícitos penais. No entanto, se no curso de seus trabalhos constatarem eventuais ilícitos, deverá esse fato ser comunicado ao Ministério Público para as providências cabíveis.¹¹

Portanto as Comissões Parlamentares de Inquérito, de previsão constitucional (art.58), destinam-se a apurar fato determinado e em prazo certo. E as conclusões feitas por elas serão “se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil e criminal dos infratores”.¹²

Apresentados os atores que intervêm na feitura do inquérito policial passa-se a examinar as características dele.

1.3 Características do inquérito policial

As características do inquérito policial, assim podem ser enumeradas: como um procedimento escrito, inquisitivo e sigiloso.

Primeira característica, o inquérito é considerado um procedimento escrito, conforme preceitua o art. 9º do Código de Processo Penal, ou seja, reduzido a escrito ou datilografado (hoje digitado por computador).¹³ Quer dizer que, a forma do inquérito policial sempre será escrita, pois todos os atos praticados no âmbito dele precisam ser documentados em termos, laudos, autos etc., que são as denominadas peças do inquérito.¹⁴

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

¹⁰ Idem, p. 235.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 163.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 243.

¹³ ISHIDA, Valter Kenji. **Processo penal: de acordo com a reforma processual penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 47-48.

¹⁴ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 57.

Essa característica atende a finalidade do inquérito policial, que nada mais é senão prestar as devidas informações ao titular da ação penal, com isso inconcebível a existência de inquérito oral.¹⁵

Segunda característica, o inquérito é considerado um procedimento inquisitivo, pois não se aplicam os princípios do contraditório nem a ampla defesa, haja vista não ser processo judicial ou administrativo (art.5º, LV, Constituição Federal).¹⁶

Essa natureza inquisitiva desse procedimento policial revela-se também no que se refere ao desenvolvimento dele, que ocorre de forma centralizada pela autoridade que o preside, ou seja, o delegado de polícia, o qual detém a atribuição para instaurá-lo e conduzi-lo sob a sua presidência até chegar ao desfecho das investigações. É por força da própria natureza inquisitiva a centralização de funções e a execução de atos sob a direção de uma mesma autoridade.¹⁷

Mas o que consta no art. 5º, LV, da Constituição Federal não obsta o contraditório no inquérito, assim apenas o assegura nos processos judiciais e administrativos. Tendo em vista que determinados atos, todavia, são propriamente provas no futuro processo penal, como é o caso de perícias, sendo assim, seria pertinente reconhecer a possibilidade do contraditório no que diz respeito a tais atos.¹⁸

Além do mais, se não entender coerente a existência de contraditório e ampla defesa, só por ser esse procedimento de natureza inquisitiva, não deve tê-lo como de caráter absoluto, pois deve-se reconhecer, a grosso modo, alguma espécie de defesa sempre será cabível no tocante ao inquérito, ainda que seja defender ao menos os direitos fundamentais do indiciado.¹⁹

¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 31. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210.

¹⁶ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 171.

¹⁷ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 56-57.

¹⁸ PACHECO, op. cit. p. 171.

¹⁹ MACHADO, op. cit. p. 57.

Terceira característica, o inquérito é tido um procedimento sigiloso, porque o seu trâmite se faz sem a publicidade inerente ao processo penal, ou seja, não se permite o acesso de qualquer pessoa do povo ao procedimento administrativo investigatório.²⁰

No que se refere ao sigilo no inquérito policial, dispõe o art.20 do Código de Processo Penal o seguinte:

A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.²¹

Essa possibilidade de sigilo no inquérito policial decorre da própria natureza inquisitiva que pressupõe ausência de contraditório e, em certa medida, de publicidade.²²

1.4 Normas constitucionais e legais aplicáveis ao inquérito policial

Nesse momento faz-se necessário suscitar normas constitucionais e legais aplicáveis ao inquérito policial, conforme aduz a seguir.

Na Constituição Federal de 1988, mais precisamente, no art.5º pode-se encontrar a norma do inc. LX, prevendo a publicidade dos atos processuais, mas encontra exceções nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselharem que não sejam divulgados.²³ Ainda que o inquérito policial tenha norma expressa a respeito, esta deve ser enfocada em cotejo com o texto político e isto não apenas ao item indicado, mas também levando em conta o inc. X, que dispõe acerca da inviolabilidade da intimidade, vida privada e honra.²⁴

Esse princípio é mitigado na fase do inquérito policial, tendo em vista que deve a autoridade policial assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (art.20 do CPP).²⁵ Tal princípio deve ser devidamente esmiuçado no próximo capítulo do presente estudo.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática forense penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 27.

²¹ LIMA, Polastri Marcellus. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 86.

²² MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2010. p. 71.

²³ ARAÚJO, Cintra, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 76.

²⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 76.

²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

Não só no art. 5º, mas em outros dispositivos da Constituição há princípios igualmente fundamentais para a etapa investigativa. Como a que consta no capítulo do Ministério Público, no art. 129, I, que prevê a exclusividade da ação penal pública ao MP e, no mesmo artigo, no inc. VI, a criação do controle externo da atividade policial.²⁶

Tendo em vista que a polícia judiciária desponta como essencial peça na atividade prévia à ação penal, mas figura-se auxiliar do titular da ação. Pertinente aclarar que o controle, para a sua efetivação, traz consigo o redimensionamento global da estrutura policial. Essa parcela do corpo policial, especialmente voltada para este fim, recairá a subordinação funcional para com o Ministério Público.²⁷

Cabe, por outro lado, suscitar o princípio da motivação das decisões investigativas. Não obstante, entre todas as garantias colocadas a disposição da etapa pré-processual a da motivação é a que se encontra em crise aparente, consubstanciada no manifesto desrespeito e no virtual descumprimento de sua função, ao passo que não consegue cristalizar uma identidade para a noção de segurança pública.²⁸

Consoante ao aspecto político no que se refere à investigação criminal, a motivação, pode ser tida como a fonte controladora a nível interno e também a nível externo. Tem-se de ponderar que no aspecto técnico os atos por excelência deveriam ser motivados, mas quase nunca o são (notadamente a instauração da investigação e o indiciamento), mas mesmo diante do menosprezo à norma constitucional, continuam plenamente válidos e eficazes.²⁹

Data vênia cita-se a Lei nº. 6.368/76, de forma inovadora, em seu art.34, obriga a autoridade policial a fundamentar a capitulação legal aplicada ao caso concreto. Por conseguinte, tal medida impõe à autoridade que efetua a prisão em flagrante a necessidade de fundamentar a decisão tomada, haja vista que dela dependerá a possibilidade ou não de concessão de benefícios contra- cautelares.³⁰

²⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 77.

²⁷ CHOUKR, op. cit. p. 182.

²⁸ Idem, p. 157.

²⁹ Ibidem, p. 156-158.

³⁰ Ibidem, p. 159-160.

Consonante a isso, uma situação que se apresenta sensível é a lei criadora da prisão temporária (Lei nº. 7.960/89), esta sim, de pura incidência durante a fase de investigação, desde a sua instauração.³¹

Não é de menos importância lembrar o que dispõe o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, que diretamente relaciona-se com as medidas cautelares firmadas em sede pré-processual como as prisões temporária, preventiva entre outras. Essa norma constitucional merece destaque, porque se aplica ao inquérito policial os seus efeitos, quais seja a defesa das liberdades públicas.

Conforme preceitua o art. 5º, inc. LXIII, o preso deve ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado, tal dispositivo consagra a assistência de advogado, de modo homenagear o princípio da ampla defesa. Como também garante ao acusado o direito ao silêncio, ou seja, o exercício da autodefesa, bem como a assistência da família.

É salutar que possui dois destinatários a norma constitucional ora supramencionada. Primeiro, o juiz competente que, na falta de outra definição e estipulação legal, é o juiz natural para a causa. Segundo destinatário, é a família do preso, ou a pessoa por ele apontada. Ressalva-se que o influxo democrático que inspirou a atual Constituição Federal buscou tornar o mais transparente possível o ato de prisão em flagrante, como forma de repúdio ao período ditatorial anterior, erigiu normas que oportunizasse ao máximo da medida cautelar pessoal, aí insurgindo a comunicação aventada.³²

Resta claro que a disposição do art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal demonstra a nítida preocupação em proteger o indivíduo preso das arbitrariedades cometidas pelo Estado quanto a uma detenção ilegal, ou mesmo o que esteja em liberdade, assim como vislumbra o direito à informação como direito fundamental na ordem constitucional pátria, firmando-se no mesmo sentido dos Documentos internacionais de proteção do Homem.³³ Lamenta-se que essa garantia constitucional ainda não tem a necessária atenção, para fazer com que se respeite a dignidade da pessoa humana, do instante em que assegura ao indiciado, no mínimo, ser assistido por um advogado.

³¹CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.160.

³² Idem, p. 33.

³³ Ibidem, p. 34.

Não esgotado os princípios informadores do inquérito, que podem ser reconhecidos como essenciais às garantias dos direitos fundamentais abarcadas na Constituição Federal, destaca-se entre eles o princípio da legalidade.³⁴

Esse princípio vem insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, que assim preceitua: Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – redação semelhante aquela contida no art. 1º do Código Penal.³⁵

Tal princípio tem caráter biforme. Por um lado, dirige-se à autoridade policial obrigando-o a instauração do inquérito policial sempre que for informado da ocorrência de crime apurável mediante ação penal pública. Por outro lado, o princípio ora mencionado, dirige-se ao Ministério Público obrigando-o a promover a ação penal em crimes de ação pública, todas as vezes que tiver os elementos mínimos necessários para tanto.³⁶ Atenção especial será dada ao primeiro caráter do princípio da legalidade ou da obrigatoriedade.

Nesse sentido a obrigatoriedade do inquérito policial pode ser examinada sob dois aspectos. Primeiro, quando oferecida a *notitia criminis* – isto é, a autoridade policial, por qualquer meio, tenha conhecimento da potencial prática de infração penal objeto de ação penal pública incondicionada - ficará essa autoridade obrigada a instaurar, de ofício, inquérito policial para sua investigação. A mesma obrigatoriedade decorre da redação do art.5º do Código de Processo Penal, que preceitua o seguinte: “Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado”. Com isso tem-se a supressão da discricionariedade da autoridade policial.³⁷

Segundo, refere-se à instauração do inquérito policial, de modo que ele não pode ser arquivado, tão somente, por iniciativa da autoridade policial. No art. 17 do Código de Processo Penal esta consagrada a indisponibilidade do inquérito policial. Quanto a isso, tem-se que uma vez instaurado o inquérito deve o mesmo ser conduzido até o seu encerramento, assim representado formalmente na peça do minucioso relatório final, da lavra da autoridade que o presidiu.³⁸

³⁴ OLIVEIRA, Joel Bino de; LOPES, Rogério Antônio. **Teoria e prática da polícia à luz do princípio da legalidade**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 18.

³⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 94.

³⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n.11.900, 12.037 de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

³⁷ Idem, p. 137.

³⁸ Ibidem, p. 137.

Considerando que o Inquérito Policial se coloca em momento, imediatamente, anterior à ação penal. É considerada sua fase primária e preparatória. Como visto vários dos princípios informativos do processo penal atingem-no, assim como o princípio da legalidade. Destarte tratar o Inquérito Policial de “mera” investigação, deverá pautar-se na justa causa para sua elaboração. É nesse ponto que é atingido pelo princípio da legalidade, sem justa causa. O Inquérito Policial não poderá ser instaurado, e se for, o remédio adequado é o Habeas Corpus, para que assim os tribunais determinem o trancamento de inquéritos, por falta de justa causa.³⁹

Assenta a jurisprudência sobre o tema o seguinte:

EMENDA: HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE TRANCAR INQUÉRITO POLICIAL MILITAR, INSTAURADO PARA APURAR A PRÁTICA DE CALÚNIA E INJÚRIA CONTRA MILITARES DE ACADEMIA DA FORÇA AÉREA, CONSISTENTE EM DECLARAÇÕES DO ADVOGADO DO INDICIADO, CONTIDAS EM PETIÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA COM O INTUITO DE REINTEGRAR O PACIENTE NA ESCOLA DE CADETES DA FORÇA AÉREA BRASILEIRA. 1. Hipótese em que a leitura da petição inicial da medida cautelar revela, de forma incontestante, que não foi utilizada nenhuma expressão que atentasse contra a honra dos militares da Academia da Força Aérea e nem, tampouco, se atribuiu a alegada coação a um agente específico, integrante da referida instituição, limitando-se aludida peça a narrar os fatos sob a ótica de seu subscritor, e as razões pelas quais o paciente deveria ser readmitido. 2. De qualquer sorte, se ofensa houvesse, não poderia ser atribuída ao paciente, cuja responsabilidade não se confunde com a de seu advogado, no exercício profissional. 3. Habeas Corpus deferido para determinar o trancamento do inquérito policial por falta de justa causa. (STF – HC 81.482-4. 1ª Turma. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Data da Publicação: 16/04/2002)

EMENTA: HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE HONORÁRIOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. TRANCAMENTO POR FALTA DE JUSTA CAUSA. CONDUTA ATÍPICA. 1. Para se caracterizar o delito em tese, é necessário haver a apropriação da coisa alheia móvel, de que o agente tem a posse ou detenção do objeto. 2. Não houve apropriação indébita de honorários, mas sim eventual descumprimento de obrigação contratual por parte do Banco do Brasil. 3. Conduta atípica do advogado e do agente de contas e, portanto, falta de justa causa para o inquérito policial. 4. Habeas corpus concedido e deferido. (STF – HC 83.166-4. 2ª Turma. Relator: Ministro: Nelson Jobim. Data da Publicação: 28/10/2003)

Complementar ao que anteriormente foi posto a doutrina, por sua vez, assim define justa causa: “é o lastro probatório mínimo que dê suporte aos fatos narrados na peça da inicial de acusação”.⁴⁰

³⁹ OLIVEIRA, Joel Bino de; LOPES, Rogério Antônio. **Teoria e prática da polícia à luz do princípio da legalidade**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 80.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 694.

Sublinha-se que, uma vez instaurado o Inquérito Policial e este prescindir de justa causa, haverá flagrante afronta ao princípio da legalidade, pois não existe razão que justifique a instauração daquele procedimento preparatório da ação penal. Mesmo que seja de forma genérica e indireta, o procedimento reluz patente ilegalidade.⁴¹

O princípio em tela conduz ao entendimento de que se durante a tramitação do feito, uma vez que vislumbrar a Autoridade Policial a atipicidade do fato em apuração, deverá suspender as investigações e encaminhar o feito ao Juízo, circunstanciando as razões do seu entendimento.⁴² Esse modo de atuar dessa autoridade judiciária esta estritamente vinculada ao que dita o princípio da legalidade.

Por fim, tem-se nesse primeiro momento do presente estudo o Inquérito Policial como mera peça informativa capaz de lastrear a ação penal. Um instituto que desde que pautado pelos princípios informadores a que o envolve pode ser tido como confiável e prudente a que mostra nortes e evita injustiças, talvez esta sua maior e mais grandiosa função. Como é evidente, não é atingido pelos princípios que dizem respeito estritamente ao processo, mas, sem questionamento, se vê na linha daqueles que, em nível constitucional, pode dar aos indivíduos as garantias maiores.⁴³

Diante desse quadro não é forçoso provocar reflexão quanto ao reconhecimento de que o inquérito policial pode sim ser permeado pelas garantias dos direitos fundamentais que inerentes ao processo em sua inteireza também tem alcance no inquérito policial. Se o Estado é o titular do direito de punir, o cidadão objeto de investigação pode ser considerado, sem muita dificuldade, titular de direitos a que não lhe deve ser negado. E mais, surgem questionamentos que no decorrer do presente estudo buscará respostas, como até que ponto o princípio da publicidade alcança ou não o inquérito policial, o direito do advogado do investigado a ter acesso aos autos do inquérito policial pode ou não ser sinônimo de adoção do princípio da publicidade.

⁴¹ OLIVEIRA, Joel Bino de; LOPES, Rogério Antônio. **Teoria e prática da polícia à luz do princípio da legalidade**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 80-81.

⁴² Idem, p. 81.

⁴³ Ibidem, p. 21.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PUBLICIDADE

2.1 Noções preliminares dos princípios do processo penal

No Direito, princípio jurídico pode ser traduzido como postulado que irradia por todo o sistema de normas, permitindo assim um padrão de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo, definindo uma meta a perseguir. Desse modo, pode-se contextualizar o processo penal como um dos ramos do Direito que se orienta por princípios sejam eles expressamente previstos em lei ou apresenta-se implícitos, isto é, resulta da conjugação de vários dispositivos legais, de acordo com a cultura jurídica criada com o decorrer de anos de estudos de determinadas matéria.⁴⁴

Os principais princípios do processo penal são o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência, a motivação dos atos judiciais, a oficialidade, a obrigatoriedade ou a legalidade, a publicidade entre outros. O último princípio ora supramencionado será objeto de especial atenção no presente capítulo.

2.2 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade estabelece que os atos processuais sejam públicos.⁴⁵ Trata-se de princípio que se dirige a toda a Administração Pública (CF, art.37) e também à Administração da justiça de modo geral, em especial à penal, prevista expressamente no art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal, que assim preceitua: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.⁴⁶

A publicidade surgiu como uma conquista histórica e se contrapõe aos modelos processuais que perduraram durante grande parte da história da humanidade, com destaque para o período da Baixa Idade Média, onde vigorou com primazia o sistema inquisitivo e secreto. Esse mesmo princípio pode ser tido como garantia individual para que os processos sejam, via de regra, públicos para evitar possíveis abusos dos órgãos julgadores, assim como

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.76.

⁴⁵ TOURINHO FILHO. **Processo penal**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46.

⁴⁶ SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós- reforma de 2008**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010. p. 14-15.

limitar formas opressivas de atuação da justiça criminal e facilitar o controle da sociedade e das partes sobre a atuação do Poder Judiciário.⁴⁷

A atividade jurisdicional é de natureza pública e de interesse público. A prática de atos pautados pelo sigilo nenhum bem traz à sociedade. De modo que a Constituição veda o desenvolver sigiloso dos atos processuais, só com a ressalva para os casos nos quais estejam envolvidos a defesa da intimidade ou do interesse social.⁴⁸

Por sua vez, na relação processual penal, não se admite interpretação extensiva das ressalvas. O sigilo pelo interesse social é cabível sempre a situações nas quais o perseguido pode sofrer prejuízos em decorrência da publicidade. Não se deve esquecer que a garantia da publicidade e suas ressalvas constam no capítulo a que se refere aos direitos e garantias do cidadão e não da sociedade.⁴⁹

Importante fazer a observação de que o princípio da publicidade é a maior das garantias contra juízes que não estão desempenhando o objetivo da proteção social, sempre sustentando seus atos nas garantias constitucionais.⁵⁰

Ainda que o princípio da publicidade dos atos processuais se direcione à segunda fase da persecução penal (fase judicial), questiona-se o entendimento em voga que trata a fase investigativa como se fosse algo intransponível. Por esse entendimento há violação do sistema constitucional.⁵¹

Tendo em vista que nem mesmo as garantias em geral são absolutas, o princípio da publicidade não destoa disso e pode sofrer restrições, com vistas a amparar no caso concreto valores de maior monta, possibilidade essa prevista em várias situações, como a que consta no art. 217 do CPP, que permite a retirada do réu da sala de audiência, para garantir a tranquilidade e a segurança da testemunha ou da vítima, com o fito de obter um depoimento seguro e sem pressões; art. 20 do CPP, que permite restringir as informações contidas no inquérito policial, com vistas a proteger a honra do investigado ou do ofendido e de certa

⁴⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós- reforma de 2008**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010. p. 15.

⁴⁸ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Processo penal garantista**. Goiânia: AB, 1998. p. 31.

⁴⁹ BIZZOTTO, op.cit. p. 32.

⁵⁰ Idem, p. 32.

⁵¹ Ibidem, p. 33.

forma impedir vazamentos que dificultem as investigações, dentre outras situações (art.792, §1º, do CPP; arts. 485 e 487 do CPP etc).⁵²

2.3 Fundamento Jurídico

Cabe salientar que o princípio da publicidade encontra previsão constitucional nos art. 5º, LX, XXXIII, e art. 93, IX, da Constituição Federal. Significa dizer que os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-los, sem segredos e sem sigilo. Por conseguinte, haverá com isso o controle social dos atos e decisões do Poder Judiciário.⁵³

Uma vez que há o reconhecimento de que a publicidade não é absoluta, vale sustentar a divisão entre publicidade geral e publicidade específica. Esta se refere ao acesso restrito aos atos processuais e aos autos do processo às partes envolvidas, ou seja, o representante do Ministério Público (se houver, o advogado do assistente de acusação) e o defensor. Aquela, por outro lado, refere-se ao acesso aos atos processuais e aos autos do processo a qualquer pessoa, que é a regra no direito brasileiro. Destaca-se o que se pode restringir é a publicidade geral, nunca a específica.⁵⁴

Um das balizas do Estado Democrático de Direito é a publicidade dos atos processuais, haja vista a possibilidade de tanto as partes quanto a sociedade poderem exercer controle sobre os atos praticados em juízo. Desse modo pode a publicidade ser imediata ou mediata.⁵⁵

Pela publicidade imediata tem-se que as partes estão presentes e têm contato direcionado com os atos processuais. Por outro lado, a publicidade mediata é resultante da divulgação de tais atos pelos meios de comunicação.⁵⁶

Frisa-se que a Constituição de 1988 instituiu uma ordem democrática fundada no valor da publicidade, a que deve pautar toda a atividade do Poder Judiciário. Assim, resta como marco, no Estado Democrático de Direito, que a publicidade é a regra, o sigilo a

⁵² SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós- reforma de 2008**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010. p. 15.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 82.

⁵⁴ Idem, p. 82.

⁵⁵ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n.11.900, 12.037 de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83.

⁵⁶ Idem, p. 83.

exceção, que somente se faz presente, como determina a própria Constituição, quando seja indispensável à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII) e quando não prejudique o interesse público à informação (art. 93, IX).⁵⁷

2.4 Princípio da publicidade relacionado a outras garantias constitucionais

O princípio da publicidade pode estar relacionado a outras garantias constitucionais como do contraditório e da ampla defesa, da motivação, da legalidade, como também do devido processo legal. Quanto a essa interligação de tais princípios, anteriormente enumerados, com o princípio da publicidade, disso decorre a efetiva garantia do devido processo legal, imprescindível a prestação jurisdicional na forma mais justa almejada.

Cumprido anotar que a publicidade como elemento comum e permanente do processo nos conduz a conclusão de que, o próprio processo pode ser definido como procedimento público em contraditório restrito a publicidade, apenas aos casos expressamente previstos na Constituição Federal, os atos processuais não estarão aptos a produzir efeitos jurídicos, sendo assim inválidos.⁵⁸

O que assegura o contraditório é a oportunidade das partes envolvidas no processo se oporem aos atos processuais, estes realizados com base no princípio da publicidade. Mais uma vez cabe lembrar-se da publicidade mediata, em que todos os atos processuais das partes, do juiz e dos demais sujeitos deverão ser sabidos na totalidade e em tempo hábil pela parte adversa, motivo por que esse modelo de publicidade está relacionado ao princípio do contraditório.⁵⁹

Contraditório e ampla defesa coadunam mesma garantia processual, pois não existe ampla defesa sem contraditório e vice - versa. A publicidade relaciona-se com eles no sentido em que só há a aplicação de ambos direitos constitucionais quando os atos processuais tornam-se públicos.⁶⁰

Por sua vez, o princípio da motivação visa proporcionar às partes conhecimento da fundamentação para impugnar a decisão, ou mesmo, permitir aos órgãos judiciários de

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 449.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed.- Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006. p. 159.

⁵⁹ Idem, p. 159.

⁶⁰ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 131.

segundo grau o exame da legalidade e da justiça da decisão. A fundamentação tem implicação substancial e não, tão somente, formal, de modo que é cabível concluir que o juiz deve analisar as questões a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.⁶¹ Salienta-se a motivação da decisão judicial consolida-se com a publicação do ato processual, que permitirá as partes manifestarem e assim poder exercer a ampla defesa e o contraditório.

Quanto aos destinatários da motivação, ressalta-se não se reduzem, apenas, as partes e os juízes de segundo grau, como também a comunidade que, através da motivação, pode verificar se o juiz decide com imparcialidade e com conhecimento da causa.⁶²

Desse modo, para que a motivação cumpra à finalidade de sua exigência constitucional, precisa ser clara, coerente e completa⁶³ e isso pode ser conferido quando houver a publicidade do ato processual, que de certa forma está relacionado ao princípio ora supramencionado.

Sendo assim, o princípio da motivação está ligado ao da publicidade, uma vez que não se admite julgamento público sem motivação, bem porque é o momento em que as razões da decisão são explicitadas, salvo nos casos excepcionais, como, por exemplo, no júri, em que a decisão dos jurados não se apresenta motivada e segue o sistema do livre convencimento para a avaliação da prova.⁶⁴

O princípio da motivação não só para as partes, mas também para a sociedade pode ser vislumbrado por meio da publicidade. Ambos os princípios quando interligados só podem garantir a devida prestação jurisdicional.

Pode-se suscitar outro princípio, sendo ele o da igualdade das partes. Quando se refere ao processo acaba-se invocando o princípio da igualdade das partes, ao menos, se almeja a existência de tal princípio que de certa forma integra o processo desde o seu surgimento.

Há de ter em vista que, no processo, as partes, ainda que estejam em pólos opostos, encontram-se no mesmo plano, com iguais direitos, ônus, obrigações e faculdades.

⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 236.

⁶² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 125.

⁶³ Idem, p. 130.

⁶⁴ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 131.

Isso decorre do próprio princípio do contraditório. A preocupação do legislador foi permitir equilíbrio das partes diante do juiz.⁶⁵ E a publicidade tem sua importância para garantir a igualdade entre as partes que figuram em um processo.

2.5 Princípio da publicidade relacionado à cláusula do devido processo legal

O último princípio a ser suscitado é o do devido processo legal, este está ligado a todos os princípios anteriormente explanados, por isso merece devida atenção e estudo mais aprofundado dele.

O devido processo legal representa o conjunto das normas constitucionais processuais penais, que figura como regras que devem ser observadas pelo Estado no exercício do direito de punir, de modo que assume feição de garantias aos direitos mais importantes do cidadão, como o direito à vida, à liberdade, à intimidade e à honra, quer seja nas relações com o poder público ou nas relações interpessoais.⁶⁶

Assim a garantia do devido processo legal confere uma das mais amplas e proeminentes garantias constitucionais, ao considerar a sua aplicação nas relações de caráter processuais e nas relações de caráter material. Contudo, na seara das garantias processuais é que o devido processo legal adquire amplitude não igualável e significado ímpar como postulado que pode traduzir em uma série de garantias devidas, no sentido em que são especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas. Atinente a isso, pressupõe-se a existência do devido processo legal quando se fala de: direito ao contraditório e à ampla defesa, direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica e etc.⁶⁷

Ainda que sem expressa disposição legal, o princípio do devido processo legal foi observado, a tal ponto de ser erigido como dogma constitucional. De modo que assim preceitua o art.5º. , LIV, da Constituição Federal de 1988: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁶⁸

⁶⁵ TOURINHO FILHO. **Processo penal**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

⁶⁶ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 287.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 592.

⁶⁸ TOURINHO FILHO, op. cit. p. 58.

Por esse princípio, ora supramencionado, tem-se que o significado processual refere-se a um processo estritamente legal em que se dão às partes as oportunidades amplas de alegar e de provar.⁶⁹ Complementar a isso, a garantia constitucional do devido processo legal, no contexto do processo penal, invoca para sua efetivação que o procedimento em que este se materializa atenda, rigorosamente, todas as formalidades previstas em lei, para que atinja a finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, entre as quais o punitivo e o de liberdade.⁷⁰

Ademais, o devido processo legal pode ser considerado um superprincípio de conteúdo aberto, que alça a exigência do exercício do direito de punir do Estado, para que seja válido, permeia-se no processo nos quais sejam atendidas todas as garantias processuais inclusas na Constituição, em especial a da categoria de direitos fundamentais.⁷¹

Por decorrência do princípio do devido processo legal, no exercício do direito de punir, o Estado tem de basear-se nas normas do processo penal, sendo este uma garantia do cidadão que, na manutenção do seu *jus libertatis*, opõe-se contra o *jus puniendi*. Ao passo em que o processo penal, de acordo com esse preceito, antes de ser tido por instrumento apto para a repressão, é a garantia ao acusado a resistir à pretensão punitiva. Nesse quadro, nota-se que o devido processo legal regula o conflito entre o poder político do Estado e a defesa do direito de liberdade do acusado, de modo que o aparecimento dele ocorreu para limitar o primeiro.⁷²

A persecução criminal ante o princípio do devido processo legal norteia-se por função administrativa marcada pela auto-executoriedade, que se tornou condicionada ao consentimento judicial, firmado dentro de um processo no qual sejam garantidos os direitos da pessoa a quem atribui à prática da conduta ilícita. Desse modo, para que haja a responsabilização penal de alguém, é necessário que a administração, por meio de órgão competente, reúna os elementos probatórios imprescindíveis para a propositura da ação, só então poderá postular ao Judiciário a medida ou sanção concernente ao caso.⁷³

⁶⁹ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 126.

⁷⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 83.

⁷¹ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 417.

⁷² Idem, p. 417.

⁷³ Ibidem, p. 420.

Importa ressaltar que a preocupação com a liberdade e a honra das pessoas na esfera criminal faz-se de tal magnitude que, mais uma vez, a cláusula do devido processo legal determina para o reconhecimento da responsabilidade penal a adequada elucidação do fato através de um processo.⁷⁴

Mas, a tutela seja da liberdade ou da honra, só é possível com o respeito aos direitos fundamentais, que são o norte do presente trabalho, por isso pertinente o estudo dos princípios constitucionais para dar embasamento ao presente estudo.

Falar em direitos fundamentais nos remete ao próprio princípio do devido processo legal, um dos mais amplos princípios constitucionais, que ganha transparência com a devida publicidade dos atos processuais. Sem, contudo, colocar os demais princípios como de importância menor.

Desse modo, pode-se situar o princípio da publicidade contextualizado ao devido processo legal, como se verá adiante.

O princípio da publicidade tem estreita ligação com o princípio do devido processo legal, haja vista que qualquer ato processual tem de ser público, para que assim quem quiser acompanhar o processo, possa o fazer sem impedimentos, salvos aqueles definidos em lei.

O que de fato ocorre é que o devido processo legal comporta em si mesmo, os demais princípios, entre eles o contraditório, a ampla defesa, a motivação, a legalidade e, em destaque, a publicidade. Juntos tais princípios, ora enumerados, constituem aspectos complementares ao devido processo legal.⁷⁵

Na concepção processual o devido processo legal vai impor a obediência estrita das normas processuais de forma que o processo penal seja sim concretizado conforme os mandamentos legais e um deles, consta no art.5º, LX e XXXIII e art.93, IX, ambos da Constituição Federal, é de que todos os atos processuais devem ser realizados à vista de quem

⁷⁴ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 420.

⁷⁵ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 125.

queira acompanhá-los. A única restrição é que pode haver sigilo em casos excepcionais⁷⁶, como em linhas pretéritas já foram mencionadas.

Com isso, significa dizer que o devido processo legal consolida-se com a publicidade do ato processual. Tendo em vista que ao dar publicidade aos atos processuais, por consequência traduz iguais oportunidades as partes, a nível processual, de exercerem a ampla defesa com todos os recursos inerentes, o contraditório, a motivação dos atos judiciais.⁷⁷

Se o objetivo do princípio do devido processo legal é garantir limites de atuação do Estado⁷⁸, nada mais coerente e imprescindível a publicidade dos atos processuais, porque caso seja mantido o processo em segredo, só poderá incorrer em abusos inaceitáveis ou intoleráveis ao Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o devido processo legal pode ser considerado instrumento de proteção, a que vincula e limita a persecução criminal.

Por derradeiro, a aplicação prática do devido processo legal pode ser observada à luz da proporcionalidade ou da razoabilidade, pois a necessidade das custódias corporais cautelares, tais como as prisões temporária, preventiva, provisória, são consequência de flagrante e de sentença condenatória.⁷⁹ A regularidade ou não das referidas medidas cautelares pode ser visto por meio da publicidade do ato processual, em que promove a transparência da prestação jurisdicional na exata medida.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática forense penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 75.

⁷⁷ CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 129.

⁷⁸ Idem, p. 76.

⁷⁹ Ibidem, p. 129.

3 PUBLICIDADE E INQUÉRITO POLICIAL

3.1 O alcance ou não do princípio da publicidade no inquérito policial

No Estado Democrático de Direito não se pode dar guarida às pretensões inquisitoriais que comungam da proteção no segredo e no sigilo das atuações estatais. O Estado ainda que seja o titular do direito de punir não deve deixar de atentar para a organização política gestada para tornar viável a coexistência humana, segundo as regras de um Direito que possa legitimar-se no interesse (possível) de todos.⁸⁰

Nesse contexto encontra-se o inquérito policial que visa à descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, em que a atuação da autoridade judiciária baseia-se no necessário sigilo durante a sua realização. Disso cabe invocar o princípio da publicidade, que predomina no processo, mas não se harmoniza, nem se afina com o inquérito policial.⁸¹

Salienta-se que se em juízo o princípio da publicidade sofre restrições, não é estranho que deve haver, também, sigilo na fase do inquérito policial, na fase em que se colhem as primeiras informações, os primeiros elementos de convicção a respeito da existência da infração penal e sua autoria.⁸²

Frente ao princípio da publicidade torna-se pertinente trazer à luz suas várias classificações, algumas já estudadas - a nível processual - no capítulo anterior, como a publicidade geral, específica, imediata ou mediata, sem esquecer, que a nível pré-processual, ela pode ser classificada em publicidade interna ou externa, estas serão estudadas adiante.

Por publicidade interna entende-se que é aquela garantida às partes, a seus defensores e demais operadores do direito que atuam na persecução penal (policiais, servidores judiciais, peritos – particulares ou públicos etc.). Por sua vez, publicidade externa é a que se garante aos terceiros estranhos à persecução.⁸³

Sendo assim, a publicidade externa sempre é restringida quando se pretende a proteção da intimidade das pessoas envolvidas na persecução (investigado/acusado, vítima,

⁸⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 49.

⁸¹ TOURINHO FILHO. **Processo penal**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 211.

⁸² Idem, p. 211.

⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, Jose Raul Galvão de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 43.

testemunha, parentes e seus representantes) ou da utilidade dessa atividade estatal, não tendo, com sua restrição, qualquer prejuízo para qualquer dos interessados em juízo, seja partes ou representantes.⁸⁴

Posto isso, merece ressaltar que a limitação da publicidade interna, ainda que por período definido, tem o efeito imediato de criar desigualdade na persecução, portanto somente ocorre para uma parte da persecução, ou seja, o sujeito investigado/acusado, remanescendo irrestrita a publicidade interna para os demais sujeitos atuantes (Polícia Judiciária e Ministério Público).⁸⁵

De certa forma, além desse efeito imediato, ainda há limitações ao exercício de outros direitos fundamentais do cidadão que se sujeita a restrições, como a diminuição de seus direitos, entre eles estão: (i) a defesa técnica e a autodefesa; (ii) ao contraditório pleno e eficaz; (iii) a recorrer de eventual medida constritiva; (iv) ao exercício efetivo do *habeas corpus* e etc.⁸⁶

E mais, diante de um caso concreto, demonstradas a conveniência para o interesse público da investigação ou a necessidade de se proteger a intimidade dos envolvidos (vítima, testemunha, investigado etc.) – caso de exceção constitucional –, poderá a autoridade policial determinar a restrição da publicidade externa.⁸⁷

Em síntese, o inquérito é secreto no plano externo e assim dispõe o art. 20 do Código de Processo Penal (CPP), devendo a polícia judiciária assegurar o sigilo necessário para esclarecer o fato. Ao passo em que no plano interno, pode ser determinado o segredo interno parcial, obstando que o sujeito presencie determinado ato.⁸⁸

Por conseqüência, o sigilo das investigações pode ser necessário tanto para que a autoridade policial localize o suspeito quanto para que, quando conhecido, a medida

⁸⁴ FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, Jose Raul Galvão de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 43.

⁸⁵ FERNANDES, op. cit. p. 43.

⁸⁶ Idem, p. 43.

⁸⁷ Ibidem, p. 45.

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 293.

determinada não torne inservível, como, por exemplo, a busca e apreensão ou interceptação de linhas telefônicas.⁸⁹

A razão para o dever de sigilo no inquérito policial justifica-se sob duas perspectivas. A primeira, diz respeito, à divulgação da investigação, que pode colocar em risco o conjunto de elementos comprobatórios do fato em apuração e até mesmo a tutela da imagem do investigado, em homenagem ao princípio da não culpabilidade (inocência).⁹⁰

A segunda perspectiva refere-se ao sigilo específico e de natureza constitucional, que também pode estar presente em determinadas investigações preliminares. Ela se direciona as inviolabilidades pessoais previstas na Constituição Federal, tais como o sigilo de dados, telefônicos, fiscais, bancários, das comunicações telefônicas, correspondência, domicílio etc. (art. 5º, X, XI e XII, CF).⁹¹

Para tais situações deverá o juiz determinar a tramitação sigilosa do feito, tendo por finalidade preservar seja a idoneidade e a qualidade da investigação, como também, à imagem do(s) investigado(s).⁹²

Ademais, a importância do sigilo está em reconhecer que sem ele o indiciado poderia criar embaraços as investigações, por exemplo, na possibilidade de esconder produtos ou instrumentos do crime, afugentar testemunhas ou mesmo fugir à ação policial.⁹³

Ao tratar de sigilo no inquérito policial, o seu fundamento se encontra no art. 20 do CPP, que assim preceitua: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”

Mas, o artigo ora supramencionado não pode ser considerado regra absoluta, pois não havendo interesse na sigilação, a autoridade policial pode autorizar a publicação, no jornal, do retrato falado do provável autor do fato e, até, revelar o fato, indicar algumas provas, buscar, com isso, o auxílio dos bons cidadãos.⁹⁴

⁸⁹ FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, Jose Raul Galvão de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 48.

⁹¹ Idem, p. 48.

⁹² Ibidem, p. 48.

⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 115.

⁹⁴ Idem, p. 115.

A partir de então, o art. 20 do CPP perpassará todo o presente capítulo. Nesse primeiro momento ele é o argumento que justifica o não alcance do princípio da publicidade no inquérito policial. Mais a frente, esse mesmo artigo não impedirá nem mesmo o acesso do advogado do investigado aos autos do inquérito. Daí surge o questionamento: o direito do advogado do investigado a ter acesso aos autos do inquérito policial é sinônimo de adoção do princípio da publicidade? A jurisprudência do STF será esmiuçada para compreender qual a interpretação e ressalvas feitas pela própria suprema corte no que se refere ao direito de vista no inquérito policial, que faz ligação estreita com a prerrogativa profissional do advogado, assim como no coerente reconhecimento de que o investigado além de objeto das investigações, também, pode sem sombra de dúvida ser sujeito de direitos, em especial, de direitos fundamentais, como bem reafirmou a jurisprudência.

3.2 Direito ao acesso pelo advogado aos autos é sinônimo de adoção do princípio da publicidade?

É sabido que a exigência de sigilo das investigações não impede, de modo absoluto, o acesso aos autos pelo advogado devidamente habilitado.⁹⁵ Quer dizer que, quando houver imputação decorrente do indiciamento ou de medida cautelar, deve ficar assegurado ao defensor do imputado o acesso aos autos de investigação e o direito de se comunicar, se for o caso, com o cliente preso.⁹⁶

Quanto a isso cabe invocar o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal em que se reconhece a assistência do advogado ao acusado esteja preso ou em liberdade. Tal dispositivo é corolário do direito de defesa contemplado no art. 5º, inc. LV, da Constituição⁹⁷. Ambos os dispositivos devem ser vistos em conjunto de modo a fornecer argumento contundente para garantir acesso pelo advogado aos autos do inquérito policial.

Torna-se pertinente, mais uma vez, suscitar que o sigilo do art. 20 do Código de Processo Penal não prevalece para o defensor do indiciado. Tem este, de acordo com o que preceitua o art.7º, inc. XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 49.

⁹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130.

⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 629.

inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.⁹⁸

Sendo assim, pode-se afirmar que o direito do advogado do investigado de ter acesso aos autos é sinônimo de adoção do princípio da publicidade, pois o direito de defesa se impõe, ainda que de forma precária, isto é, o contraditório não se manifesta em sua forma plena, mas se faz presente, no inquérito por meio da garantia de acesso aos autos do inquérito.⁹⁹

Tanto é verdade que, com a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados) houve revogação tácita do art. 20 do Código de Processo Penal. Essas duas normas são incompatíveis, porque não há como assegurar sigilo ao inquérito policial se o Estatuto dos Advogados autoriza que qualquer um de seus membros, mesmo sem procuração, pode consultar os autos e copiar as peças, a qualquer instante.¹⁰⁰

Portanto, tem-se que o direito do advogado do investigado a ter acesso aos autos do inquérito é sinônimo do acatamento não só do princípio da publicidade, como também do princípio da legalidade, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, entre outros.¹⁰¹ Apesar de que a ênfase nesse momento do estudo se direciona, tão somente, para o princípio da publicidade contextualizado ao inquérito.

Oportuno a observação de que não há pena sem anterior processo, por conseguinte não se admite procedimentos secretos, intangíveis para o advogado. Seja chamado de procedimentos ou processos - pouco importa o nome, pois a persecução penal é uma só e cominará nos registros de fatos. Tais registros da investigação criminal têm por importância vir a documentar a acusação e fundamentar o recebimento de denúncia.¹⁰²

Se a lei assegura aos advogados o direito de poder ver os autos e copiar o que for importante, disso nasce a garantia maior que é a ampla defesa. Essa garantia constitucional

⁹⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 130-131.

⁹⁹ LOPES Junior, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 240.

¹⁰⁰ HOLANDA, Jeovania Maria Cavalcante. Da natureza Jurídica do Inquérito Policial. **Revista Opinião Jurídica**, [S.l.], v. 3 n. 6, p. 177, jun. / dez. 2005.

¹⁰¹ Idem, p. 177.

¹⁰² COSTA, Paula Bajer F. Martins da. Publicidade na investigação criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 84, p. 13, nov. 1999.

não pode ser exercida sem que se conheçam os autos.¹⁰³ Além do mais, a presença do advogado no inquérito e, sobretudo, no flagrante não é de caráter afetivo ou emocional. Mas, de caráter profissional e efetivo.¹⁰⁴

O texto constitucional é abrangente o bastante para proteger não só os litigantes em processo judicial, como também em procedimento administrativo. Quanto ao sujeito passivo da investigação será que ele merece ter renegado o direito de defesa? Acredita-se que não. Pois o direito de defesa sob a ótica da ampla defesa, consagrada no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, estende o alcance da proteção, de modo a ser exercida com todos os meios e recursos a ela inerentes.¹⁰⁵

Esse direito de defesa significa um direito-réplica, que surge com a agressão contra o sujeito passivo submetido a uma imputação, por consequência a vigilância policial e tido como objeto de diligências. Daí destaca-se um dos maiores equívocos de uma parcela da doutrina brasileira, como a do Frederico Marques e também do Tourinho Filho, que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da Constituição Federal, ao inquérito policial, com o simples argumento de que não existem acusados nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa.¹⁰⁶

Com isso, o que importa é que qualquer notícia-crime ao imputar um fato supostamente delituoso a uma pessoa constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. No mesmo sentido, quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia judiciária surgem indícios suficientes contra uma pessoa, de modo a torná-la alvo principal da investigação, ou seja, imputado de fato, devem ser feitos a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial.¹⁰⁷

¹⁰³ TORON, Alberto Zacharias; RIBEIRO, Maurides de Melo. Quem tem medo da publicidade no inquérito policial? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.7, n. 84, p.13, nov.1999.

¹⁰⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 108.

¹⁰⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 240.

¹⁰⁶ Idem, p. 240.

¹⁰⁷ LOPES Junior, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 240.

Para ambos os casos, em tela, é inegável a existência de atuação de caráter coercitivo contra uma pessoa determinada, configurando “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual.¹⁰⁸

3.3 Súmula Vinculante nº. 14 do Supremo Tribunal Federal

Sob outro aspecto, ao tratar do contraditório e direito de defesa faz-se necessário retomar a discussão do direito do advogado de ter acesso aos autos do inquérito policial.¹⁰⁹

O defensor para realizar sua atividade com plena eficácia deve atuar amparado por diversas garantias que lhe permitam completa independência e autonomia em relação ao juiz, ao promotor e à autoridade policial. Isso está em consonância com a Constituição brasileira, que preceitua no art. 133, que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.¹¹⁰

A própria constituição afirma que não pode ser vedado acesso do advogado ao inquérito sob pena de violação do contraditório (direito de informação) e do direito de defesa técnica, assegurados no art. 5º, inc. LV. Mas, até pouco tempo, os Tribunais não observavam com a atenção necessária a Constituição e o Estatuto da Ordem dos Advogados.¹¹¹

No entanto, com a discussão gerada pelo HC 82.534-8/PR, STF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, veio o esperado argumento de autoridade, quando o STF reconheceu o direito do advogado ter acesso aos autos do inquérito. Essa decisão representou um grande avanço.¹¹²

Assim asseverou o julgador que: (i) é perfeitamente possível manejar o habeas corpus para decidir a matéria, pois “o cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em juízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação à pena privativa de liberdade ou na manutenção desta”; (ii) malgrado não se apliquem as garantias do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, existem, não obstante, direitos do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio”; (iii) do plexo de direitos dos

¹⁰⁸ LOPES Junior, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 240.

¹⁰⁹ Idem, p. 241.

¹¹⁰ Ibidem, p. 241.

¹¹¹ Ibidem, p. 242.

¹¹² Ibidem, p. 242.

quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial – é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgado pelo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV).¹¹³

No mesmo sentido, na busca de garantir efetividade a prerrogativa profissional de acesso aos autos, elementar ao exercício da defesa de qualquer cidadão, o Conselho Federal da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), propôs e foi aprovada, no dia 2 de fevereiro de 2009, a Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal¹¹⁴, com o seguinte teor:

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.

Daí extrai-se, os seguintes, aspectos interessantes:

(i) É direito do defensor: logo, pode ser mantido o sigilo externo (para os meios de comunicação, por exemplo).

(ii) No interesse do representado: quer dizer que, pode ser exigida procuração para comprovação da outorga de poderes e também justificar a restrição de acesso aos elementos que sejam do interesse de outros investigados não representados por aquele defensor (sublinha-se que isso pode ter relevância na restrição de acesso aos dados bancários ou fiscais de outros investigados que não são representados por aquele advogado constituído). Oportuno frisar que o interesse é jurídico e associado à plenitude do direito de defesa.

(iii) Ter acesso amplo aos elementos de prova já documentados: o acesso é irrestrito aos atos de investigação, desde que já documentados. Sendo assim, resguarda-se o necessário sigilo aos atos de investigação não realizados ou em andamento, por exemplo, no caso de escuta telefônica em andamento ou um mandato de prisão ou busca e apreensão ainda não cumpridos.

(iv) Procedimento Investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária: portanto o mandamento encaminha-se à autoridade judiciária e os atos

¹¹³ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 109.

¹¹⁴ BELO, Warley. Segredos, advocacia criminal, súmula vinculante nº. 14 e o abuso de autoridade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.16, n.197, abr. 2009.

realizados no curso do inquérito policial. Não obstante, vislumbra-se plena aplicação, também, nas eventuais investigações realizadas pelo Ministério Público ou ainda no âmbito de CPIs ou sindicâncias administrativas. Com isso reconhece-se que o acesso deve ser assegurado a qualquer procedimento investigatório, ainda que realizado por outras autoridades, mas que naquele ato equiparam-se à polícia judiciária no que se refere ao conteúdo e à finalidade dos atos praticados.¹¹⁵

A ora supramencionada súmula tem por propósito cessar as violações dos direitos constitucionais dos cidadãos, por parte das pessoas que detém certa parcela de autoridade.¹¹⁶

A súmula vinculante nº 14 vislumbra a defesa dos direitos fundamentais e assegura a prerrogativa profissional do advogado. Disso tem-se que ao considerar a relevância dos aspectos constitucionais, é reluzente que desde a investigação os direitos e garantias devem ser aplicados, e, do instante do cometimento do delito, o delinqüente deve, também, estar amparado pela Constituição.¹¹⁷

Considera-se que o conflito de interesses (lide penal) se inicia com a prática da infração, por conseqüência o Estado tem o direito-dever de punir. Todavia o infrator, na busca da manutenção de sua liberdade, tem o direito de se defender. Sendo assim, ainda que o Estado tenha o papel imprescindível de regular as relações sociais, não pode deixar de observar as liberdades públicas, inclusive desde o início da apuração da infração penal. O significado que isso assume está representado no limite de atuação, a fim de que não se legitime um Estado autoritário ou até arbitrário.¹¹⁸

Uma das formas do direito de defesa se manifesta no acesso aos autos do inquérito policial garantido pelo exercício profissional do advogado e esse exercício nunca deve submeter-se a nenhum tipo de segredo, do que se depreende da Súmula Vinculante nº 14.¹¹⁹

¹¹⁵ LOPES Junior, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 243.

¹¹⁶ BELO, Warley. Segredos, advocacia criminal, súmula vinculante nº. 14 e o abuso de autoridade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.16, n.197, abr. 2009.

¹¹⁷ CASTRO, Ivan Nascimento de. A aplicação dos direitos e garantias constitucionais na investigação criminal. **Revista jurídica da Universidade de Franca**, ano 8, n.14, p. 120, 121, 1 sem. 2005.

¹¹⁸ Idem, p. 121.

¹¹⁹ Belo, op. cit. p. 7.

3.4 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em consonância ao que foi afirmado em linhas pretéritas está à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que melhor pode ilustrar o atual entendimento no que se refere ao direito de vista pelo advogado, assim como facultá-lo o exercício do direito de defesa garantido pela Constituição. Nessa linha estão os seguintes precedentes: HC 82.354/PR; HC 88.190/RJ; HC 90.232/AM e HC 92.331/PB; MS nº. 23.576/DF. Segue a transcrição de alguns supramencionados julgados:

EMENTA: ADOGADO. 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 constituinte. 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 CP, art. 7º, XIV, da Lei nº. 8.906/94, art. 16 do CPM, 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 constituinte. (STF, HC 88.190, 2ª Turma, rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 6.10.2006).

Cabe citar, ainda, a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Marco Aurélio:

EMENTA: HABEAS CORPUS – IMPETRAÇÕES SUCESSIVAS – LIMINAR – JULGAMENTO DEFINITIVO – VERBETE Nº 691 DA SÚMULA DO SUPREMO – INADEQUAÇÃO. Uma vez verificado o julgamento de fundo da impetração formalizada na origem, considerada a dinâmica do processo, imprópria é a evocação do óbice revelado pelo Verbetes nº 691 da Súmula do Supremo. **INQUÉRITO – ELEMENTOS COLIGIDOS E JUNTADOS – ACESSO DA DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL.** Descabe indeferir o acesso da defesa aos autos do inquérito, ainda que deles constem dados protegidos pelo sigilo. (STF, HC 92.331-3/PB, 1º Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j.18.03.2008, DJU de 2.8.2008)”.¹²⁰

Quanto ao julgamento do HC 92.331 observa-se a amplitude do acesso aos autos do inquérito, ainda que se esteja diante do delicado tema de acesso ao conteúdo de interceptações telefônicas pleiteada pela defesa para que, assim, se reitere da acusação que recai sobre os seus clientes. O que, por unanimidade, os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reafirmaram o entendimento de que a defesa deve ter acesso amplo aos autos de um inquérito policial, incluindo os dados obtidos a partir da interceptação telefônica.¹²⁰

¹²⁰ MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e o sigilo no inquérito policial**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrina/16100>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

Em resumo o HC foi impetrado na suprema corte pela defesa de duas pessoas acusadas pela Polícia Federal, na denominada “Operação 274”, por suposta prática de formação de cartel no mercado varejista de combustíveis, em João Pessoa, na Paraíba¹²¹. A defesa alegava que não teve acesso a autos que conteriam a degravação do que foi levantado em interceptação telefônica¹²², o que implicava prejuízo a plenitude do direito de defesa.

Destaca-se o voto do Ministro Marco Aurélio com o entendimento de que: “o sigilo pode estar ligado a investigações em andamento, mas, a partir do momento em que existe interrogatório dos envolvidos, indispensável dar-se à defesa o acesso ao que se contém no próprio inquérito. Impossibilitar a atuação da defesa é ferir de morte o devido processo legal.”¹²³

Esses julgados reafirmam o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que se refere ao acesso da defesa aos autos do inquérito. Mas, é oportuno lembrar que há ressalvas estipuladas pelo próprio STF quanto à matéria objeto do presente estudo.

3.5 Ressalvas estipuladas pelo próprio Supremo Tribunal Federal quanto à súmula vinculante nº. 14

Mais uma vez faz-se menção a súmula vinculante nº 14 e ao que parece óbvio ela não reconhece como direito absoluto dos advogados o acesso aos dados do Inquérito Policial. Pois várias são as restrições, tendo em vista o interesse público, dentre elas estão: (i) o advogado somente acessará os autos no interesse do seu cliente; (ii) os elementos de prova devem dizer respeito ao direito de defesa; (iii) o exame restringe-se as provas já documentadas.¹²⁴

Não é forçoso reconhecer que a súmula vinculante nº. 14, assim como as decisões pontuais dos tribunais superiores em matérias similares, determinam mudanças de

¹²¹ Moreira, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e o Sigilo no Inquérito Policial**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrina/16100>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

¹²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 92331/PB**. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ de 2.8.2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 92331/PB**. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ de 2.8.2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

¹²⁴ LAGE, Ricardo Abdalla. O contraditório no inquérito policial e a súmula vinculante nº 14. **Revista jurídica consulex**, Brasília, ano 13, n. 298, p.11, jun. 2009.

interpretação quanto ao alcance de prerrogativas constitucionais com relação aos inquéritos policiais.¹²⁵

Por derradeiro, tem-se que o norte do presente trabalho desde o seu início foi à busca pela aplicação dos direitos fundamentais - ao vislumbrar a garantia da ampla defesa e do contraditório - ainda que na fase pré- processual, ou seja, no inquérito policial. A doutrina em sua maioria nega caber o contraditório e a ampla defesa em procedimento administrativo como o inquérito policial. Contudo, a jurisprudência fez-se entender que as garantias fundamentais e a prerrogativa profissional do advogado de acesso aos autos de inquérito devem ser respeitadas.

¹²⁵ LAGE, Ricardo Abdalla. O contraditório no inquérito policial e a súmula vinculante nº 14. **Revista jurídica consulex**, Brasília, ano 13, n. 298, p.11, jun. 2009.

CONCLUSÃO

Em virtude de todo o exposto, conclui-se que o inquérito policial, ainda, que esteja sob sigilo não deve ser inacessível ao advogado do investigado. Nesse sentido, entende-se que o sigilo no inquérito policial, de acordo com o que preceitua o art. 20 do Código de Processo Penal, é imprescindível para a elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Contudo, esse sigilo não prevalece diante da necessidade de acesso do advogado aos autos, que lhe é assegurado pelo art. 7º, inciso XIV, da Lei nº. 8.906/94, ou seja, o Estatuto da Ordem dos Advogados. Assim como, no art. 5º, inciso LV, da própria Constituição Federal.

Além disso, o argumento que se impõe para permitir ao advogado o acesso aos autos do inquérito é a garantia prevista no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal, que confere ao preso ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. As garantias constitucionais em apreço, isto é, da autodefesa representada no direito ao silêncio e o direito do investigado esteja ele preso ou em liberdade, de se fazer representar por advogado só terá razão de ser quando do acesso aos autos.

Em verdade, o sigilo do inquérito policial e acesso aos autos pelo advogado é tema controvertido entre doutrina e jurisprudência. Por um lado, a doutrina mantém-se resistente no posicionamento de que o inquérito policial, sendo procedimento administrativo, com caráter inquisitivo e sigiloso, não admite que garantias do contraditório e da ampla defesa sejam, desde logo, observadas. Por outro, a jurisprudência atenta às garantias dos direitos fundamentais, reconhece a observância, ainda que mitigada, de tais postulados.

Se me afigura acertado, no que se refere ao sigilo no inquérito e o acesso aos autos pelo advogado, o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ora cristalizado na súmula vinculante nº. 14, que diz: “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.”

Diante da súmula vinculante nº. 14, acaso não se concretize o acesso da defesa aos autos, abre-se ao prejudicado a via da reclamação constitucional, um instrumento a mais para assegurar o direito do investigado em, desde logo, ser eficazmente assistido pelo advogado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cintra, Antônio Carlos de; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros.

BELO, Warley. Segredos, advocacia criminal, súmula vinculante nº. 14 e o abuso de autoridade. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.16, n.197, abr. 2009.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. **Processo penal garantista**. Goiânia: AB, 1998.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n.11.900, 12.037 de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CASTRO, Ivan Nascimento de. A aplicação dos direitos e garantias constitucionais na investigação criminal. **Revista jurídica da Universidade de Franca**, ano 8, n.14, p. 120, 121, 1 sem. 2005.

COSTA, Paula Bajer F. Martins da. Publicidade na investigação criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 7, n. 84, p. 13, nov. 1999.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. _____. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, Jose Raul Galvão de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HOLANDA, Jeovania Maria Cavalcante. Da natureza Jurídica do Inquérito Policial. **Revista Opinião Jurídica**, [S.l.], v. 3 n. 6, p. 177, jun. / dez. 2005.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo penal: de acordo com a reforma processual penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LAGE, Ricardo Abdalla. O contraditório no inquérito policial e a súmula vinculante nº 14. **Revista jurídica consulex**, Brasília, ano 13, n. 298, p.11, jun. 2009.

LIMA, Polastri Marcellus. **Manual de processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES Junior, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O Supremo Tribunal Federal e o sigilo no inquérito policial**. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrina/16100>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza; NUCCI, Náila Cristina Ferreira. **Prática forense penal**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Joel Bino de; LOPES, Rogério Antônio. **Teoria e prática da polícia à luz do princípio da legalidade**. Curitiba: Juruá, 1999.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed.- Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós- reforma de 2008**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 92331/PB**. Relator Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ de 2.8.2008, p. 5. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 fev. 2011.

TORON, Alberto Zacharias; RIBEIRO, Maurides de Melo. Quem tem medo da publicidade no inquérito policial? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v.7, n. 84, p.13, nov.1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Processo penal**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.