

5. POLÍCIA E DIREITO

O SIGILO DO INQUÉRITO POLICIAL E OS ADVOGADOS

JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO

PARECER

Protocolo 3.700

Interessado: Advogado Cássio Lisandro Telles, Presidente da Subseção da OAB de Pato Branco

Assunto: Atos de autoridades policiais impedindo advogados de acompanharem atos de inquérito policial

Senhor Presidente:

1. O ilustre advogado Cássio Lisandro Telles, Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Pato Branco, comparece perante esta Seccional solicitando orientações, em face de fatos e atos que narra: "... tem sido comum nas delegacias de polícia as autoridades policiais impedirem os advogados, regularmente constituídos, de acompanharem determinados depoimentos, no inquérito policial, sob a alegação de que o inquérito é um procedimento investigatório, de caráter sigiloso. Sob o mesmo pretexto, quando se permite o ingresso do advogado, na sala, para acompanhamento do depoimento, tem sido negado o direito a perguntas. No caso do colega Dr. Janio, o mesmo foi até a DEPOL local, representando o indiciado, para presenciar o depoimento da vítima, porém não lhe foi dado o direito de efetuar tal acompanhamento, argumentando-se que depois da inquirição seria dada uma cópia para o mesmo. Em nosso entender, a Lei 8.906/94, permite tal acompanhamento por parte

do advogado; entretanto, para reforçar a posição e afastar qualquer dúvida, pedimos o pronunciamento desta Seccional, informando se existem limitações à atuação do advogado na fase do inquérito policial e se há impedimento a perguntas, nesta fase".

2. Nesta Seccional, designou-me relator o *bâtonnier* Alfredo de Assis Gonçalves Neto, para inclusão na pauta da reunião do Conselho Pleno do dia 26.04.1996.

3. O tema merece profunda reflexão e uma longa pesquisa, mas o tempo é impiedoso. De qualquer sorte, é fundamental, o c. Conselho Pleno posicionar-se, de modo a balizar a atuação dos advogados nos casos concretos, não fosse o fato de poder servir de suporte às próprias autoridades policiais.

É o relatório. Passo a opinar.

1. A consulta sugere uma dupla ordem de questionamentos, sendo a segunda diretamente vinculada à primeira. Poder-se-ia, para abrir e fixar o campo de discussão, apresentá-las na seguinte or-

dem: 1.^a — sob o fundamento de que o inquérito policial é sigiloso, pode a autoridade policial, hoje, impedir os advogados regularmente constituídos de acompanharem determinados depoimentos?; 2.^a — sob o mesmo fundamento, em admitindo o acompanhamento pelo advogado, pode negar o direito a reperguntas?

2. Antes de tudo, faz-se mister tentar entender, diante da ordem constitucional de 88 e do Código de Processo Penal, o significado que tem o precitado *sigilo* do inquérito policial.

3. Seguindo a tradição da nossa legislação, o CPP de 1941 sufragou o *sistema inquisitório*. A persecução penal tem duas fases, de regra, sendo a primeira de investigação, preliminar, buscando a “formação da culpa” (como se referia anteriormente), isto é, preparar o exercício da ação penal. A segunda fase é processual e, embora essencialmente inquisitória (a *gestão da prova* continua nas mãos, primeiramente, do juiz: CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, Torino : UTET, 1986, p. 47; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. O papel do novo juiz no processo penal, in *Direito Alternativo*, Rio de Janeiro : IAB/ADV/COAD, 1994, p. 33 *et seq.*), vem marcada por elementos importados do sistema acusatório como, por exemplo, a existência de partes (embora com as dúvidas que possam daí surgir) e a separação entre a acusação e o julgamento.

4. Na esteira do modelo napoleônico, admitiu-se esse aparente monstro de duas cabeças. Na protocélula estavam intenções autoritárias, sabem todos. Napoleão não era ingênuo e sabia que o espírito revolucionário tinha superado o orgulho revulsos para aceitar os fundamentos do sistema inglês, onde o cidadão contava alguma coisa desde antes da Magna Carta. Basta ver o teor do Decreto de 16 — 24.08.1790, a Constituição de 03.09.1791 e o Decreto de 16 — 29.09.1791, onde há efetivo enterro do *ancien régime*: *formação da culpa perante um Júri de Acusa-*

ção, que decide s'il y a lieu ou se s'il n'y a pas lieu, cabendo o acerto do caso a um segundo colegiado, o Júri de Julgamento. O que sucumbe, em verdade, é um modelo fundado em uma lógica deforme, onde o inquisidor fixava tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum* (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra : Coimbra, 1981, p. 62), ou seja, “*ele constitua, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado*.” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, 6.^a ed., trad. de Ligia M. Pondé Vassallo, Petrópolis : Vozes, 1988, p. 36). O grande risco era — e é — traír-se pelo imaginário, pela crença na aparência, na primeira imagem. Afinal, a *verdade* não é linear e mostra-se, sempre, multifacetada: acreditar na primeira delas, em geral a mais evidente, é mais fácil, mas ofende a inteligência humana. Seria, metaforicamente, conhecer um imenso palácio pela sua cintilante fotografia. O castelo da verdade, quando em jogo está a própria vida dos seres humanos, não pode ser banalizado pelos senhores das fórmulas fáceis, das aparências, muito a gosto daqueles que, hoje, tomam-se por *politicamente corretos*. Em suma, é preciso grandeza para não ser traído por aquilo que Cordero, da sua genialidade, chamou de *primato dell'ipotesi sui fatti*, até porque *La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi*. (CORDERO, F. *Guida... cit.*, p. 51). Napoleão, como qualquer outro tirano que não legisla contra si mesmo, quis acabar, passados os ventos de liberdade, com toda a estrutura importada dos ingleses, máxime, o *Júri de Julgamento* (o *Júri de Acusação* já começava a cair pela *Lei 18 Pluviôse/ano IX* e sucumbe integralmente no novo Código), isto é, a fase dos debates contraditórios, mas foi impedido pelo *Conseil d'Etat* (BARREIROS, José Antônio. *Processo*

penal, Coimbra : Almedina, 1981, p. 38), ainda não esquecido das razões pelas quais tantos haviam morrido. Desse jogo político nasce, em 17.11.1808 (em vigor desde 01.01.1811), o *Code d'Instruction criminelle*, o grande modelo processual penal do mundo moderno de direito europeu continental, inclusive do nosso, embora, aqui, a situação seja pior ainda. O equívoco do processo reformado, dito misto, está nesta tentativa de conjugação do impossível: uma primeira fase inquisitória e uma segunda (aparentemente, pretensamente) acusatória. Deu no que deu; no que se conhece do cotidiano: uma farsa – ou quase – de um processo penal de garantia do cidadão. Na análise da matriz, salta aos olhos, está a sentença ditada pelo resultado dos sistemas processuais penais atuais, nos diversos países que a seguiram. Por isto, não há que discordar de Cordero: “*nei labirinti bui dell'instruction regna Luigi XIV; segue una scena disputata coram populo. A qualcuno sembra un capolavoro: secondo gli eufemisti, “l'information préliminaire” quale appare nell'ordonnance 1670, “est une des plus précieuses conquêtes de la législation; abilmente condotta, “elle prépare le jugement; elle en assure la sagesse”; insomma, è il lascito “le plus fécond” del Quattrocento di moderni. Jean Constantin, Charles Dumoulin, Pierre Ayrault, la giudicavano meno bene: c'è un abisso, nota l'ultimo, dall'instruction secrète” alla palese; “il est facile à huis clos d'adjouter ou de diminuer, de faire brigues ou impressions”; l'udienza pubblica garantisce lavoro pulito; “il y aura toujours quelque chose à redire” sui giudizi non allestiti in pubblico, da capo a fondo; “cette face composée de plus d'yeux, de plus d'oreilles, de plus de testes que celle de tous les monstres et géants des poètes, a plus de force... pour pénétrer jusques aux consciences et y faire lire de quel côté gît le bon droit, que nostre instruction si secrète.” (...) Intonato al clima grave dell'Impero, liquida gli*

entusiasmi fioriti all'Assemblea costituente. Le corti lo intendono nel senso più autoritario. (CORDERO, F. Guida... cit., p. 73-4).

5. Para nós, a situação acabou ainda mais complicada porque, do gênio tupiniquim saiu a superação, para pior, do modelo napoleônico. Com efeito, até depois da independência vigia o regime ordenatório (nele estavam imperando as Ordenações Filipinas, de 1603, com algumas alterações, tendo por base um sistema com *devassa geral, devassa especial e julgamento*), mas o espaço de liberdade criado, então, não poderia continuar convivendo com um sistema que havia legado ao mundo não só a possibilidade mas a efetiva *arbitrariedade estatal*, dada a inoperância comprovada das regras reguladoras dos mecanismos de controle. Veja-se, por exemplo, o que se passou com a tortura. *quella vergogna del genere umano* (CORDERO, F.. La riforma dell'istruzione penale. In *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano : Giuffrè, 1963, p. 716), tão bem dissecada pelos iluministas, que descreviam e criticavam a realidade em que viviam, mormente por aquele que, quicá, foi o maior deles, no campo penal: VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, trad. de Frederico Carotti, São Paulo : Martins Fontes, 1992. Tal aberração penetrou, na forma em que se encontra, com a Inquisição, por elementar que em nome de um deus/verdade jamais concebido(a) pelo próprio filho do Senhor; e foi ficando, passando pelos tempos (já são quase oito séculos), para restar como solução fácil àqueles que não têm capacidade para fazer da perquirição a exaltação da racionalidade humana e assumem, pelo seu ato, a sua própria derrota diante dos fatos e seus autores, em geral, no Brasil, ignaros das práticas criminosas, para sorte de uma sociedade consciente da sua incapacidade para combater uma criminalidade altamente sofisticada.

6. Faz-se a superação, assim, com a Lei de 29.11.1832, que dá à luz o *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, o conhecido Código de Processo Penal do Império. O relator, Manuel Alves Branco, importa, para ele, *não a base providencialmente deturpada do Code d'Instruction Criminelle*, já em vigor, na França, como referido, desde 1811, mas o vero sentimento revolucionário expresso no Decreto de 16-29.09.1791. Tal diploma não era perfeito a ponto de não ser passível de críticas (que foram infinitas e ideologicamente bem definidas), mas era *excelente* de tomarmos por parâmetro de avaliação o Código atual. Em vigor, hoje, aquele Código, o país — ou a imagem da Justiça Criminal — poderia ser outro. Tendencialmente acusatório, dar-nos-ia a chance de *introjetar* uma cultura de respeito ao cidadão acusado, o que, hoje, instrumentos como o princípio da *presunção de inocência* não conseguem fazer.

7. Da mesma forma que na França, também tivemos nossa recaída imediata. As forças conservadoras, de pronto, imputaram ao Código, *muito liberal*, a *anarquia nacional*, como se uma lei fosse capaz de tamanha façanha. Nessas horas, porém, como está a acontecer nos nossos dias, gente de tal quilate toma o pavão pela craca dos seus pés, denunciando-o por imundo. Tal atributo, em verdade, explica a psicanálise, não é dos objetos, mas dos próprios viventes, que os investem com suas cargas libidinais: culpa-se os outros por suas próprias mazelas ou, mais precisamente, pelo resultado da — natural — impossibilidade de obturação da sua falta. Eis a fotografia do chamado *Movimento de Lei e Ordem*, que *es capaz a corto plazo de echar por tierra los esfuerzos de muchas décadas por conseguir un Derecho penal equilibrado y moderno*. (HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona : Bosch, 1984, p.

95). A reforma, destarte, veio com a malfadada Lei 261, de 03.12.1841. Ela refletiu um retorno — até hoje ineliminado — ao *ancien régime*: “*no seu policialismo exagerado, foi além do que realmente exigia a situação do país, fortalecendo, com isto, o reacionarismo político*” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, 2.^a ed., Rio de Janeiro — São Paulo : Forense, 1965, p. 98); tudo sem embargo de nela não se ver, por mais incrível que possa parecer, do ponto de vista processual, “*qualquer espírito de odioso antiliberalismo*”, como ocorreu com muitos autores, inclusive José Frederico Marques (a citação está na *op. cit.*, p. 98) e os inúmeros que influenciou diretamente, todos, talvez, por uma visão asséptica, mas inaceitável, do direito. A polícia, deste modo, não só retomou seu poder inquisitório, como também passou a exercer a jurisdição, em larga esfera de competência.

8. A situação criada, depois, não se conserta, mas sofre um remendo, bem ao estilo brasileiro: um acordo de bastidores; uma arrumação emergencial para acalmar os ânimos. Com efeito, é imaginável como o arbítrio foi exercitado e a reação esboçada pelos liberais, altamente influenciados pelo espírito revolucionário francês. Por isso, várias tentativas de reforma foram encaminhadas ao parlamento imperial. Vingou, como precitado, um acordo político entre conservadores e liberais, influenciados decisivamente pelo Imperador, o qual manifestou-se favoravelmente, em crítica aos *excessos e abusos*, na Fala do Trono de 03.05.1871 (PIERANGELI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*, Bauru : Jalovi, 1983, p. 149). Assim, o Ministério Rio Branco consegue fazer promulgar a Lei 2.033, de 20.09.1871 e, em seguida, o seu Regulamento, pelo Decreto 4.824, de 22.11.1871. Não se retorna ao regime do Código do Império, mas não se fica, na aparência, naquele da Lei 261, de

03.12.1841. Entender tal passagem é vital, porque ilumina nossa marca registrada, nosso *Janus* monstruoso.

9. A Lei 2.033 – e seu Regulamento – rompe com a estrutura do Código de Napoleão. Neste, como se sabe, a primeira fase da persecução, de instrução, voltou a ser inquisitorial, mas comandada pelos juízes: daí falar-se em *juizado de instrução*. Não era, por evidente (olhando desde hoje, naturalmente, e a partir da forma para onde as investigações se encaminharam), uma grande coisa: o cidadão – como se pretendia, por sinal – não estava melhor garantido porque o inquisidor seria um juiz e não um policial. Não é afinal, tão-só, um problema de *status* (como demonstrou a história), mas das *pessoas* que lá estão a exercer a função. Basta não esquecer que grandes inquisidores – e atozes – foram bispos, e o resultado foi Bernardo Gui, Torquemada, e tantos outros. Por que, então, seria diferente com os juízes, os promotores de justiça ou os policiais? Ora, basta estar lá, munido de poder, que a racionalidade se encarrega de fazer o resto, a não ser que se tenha – e muito – instrumentos eficazes para efetivar aquilo que Freud chamou de *sublimação*. Eis, então, por que o *Juizado de Instrução* é imprestável (veja-se o excelente filme Z, de Costa Gavras) tanto quanto o *inquérito policial*, essa excrescência jurídica criada pela Lei 2.033. A diferença, contudo, entre eles, pode-se perceber pela história: a evolução do *Juizado de Instrução* levou as Cortes Constitucionais (mormente as européias), como parecia inevitável, a estender, a ele, o *contraditório* (v. RICCIO, Giuseppe, DE CARO, Agostino, MAROTTA, Sergio. *Principii costituzionali e riforma della procedura penale : una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Napoli : Scietifiche Italiane, 1991, p. 151 *et seq.*; CORDERO, F. *Procedura penal*, 8.^a ed., Milano : Giuffrè, 1985, p. 645 *et seq.*), e mitigou-se o sistema

inquisitório. Aqui, sem uma estrutura jurisdicional na Polícia (foi isso que não se mediu no acordo costurado por Rio Branco), os nossos tribunais, quando se dão conta da situação (o que não é fácil), encontram-se manietados. Não conseguimos, destarte, evoluir, algo que só seria possível com o abandono da essência inquisitória do nosso sistema, como já concluí, em 1988, na minha tese (*L'esigenza di garanzia dei diritti della difesa nel nuovo processo penal brasiliano*) defendida na *Università degli Studi di Roma – La Sapienza* (aprovada com grau máximo e voto de louvor): *L'unica soluzione per una sostanziale riforma del processo penale brasiliano è, pertanto, l'abbandono integrale del sistema inquisitório*. Para tanto, entre outras coisas, é preciso acabar com o *inquérito policial*, na forma como temos hoje, o que não significa acabar com as *investigações*, as quais, melhor que ninguém, faz a própria polícia. Enfim, é *preciso acabar com a burocracia da fase preliminar*, ou seja, *com a produção de provas* (salvo a técnica, em que pese ser imaginável um controle da *prova real*, que aí deve ser procedida, por óbvio, mormente nos chamados *delicta factis transeuntis*), de modo a evitar-se o que ocorre – ou deveria ocorrer – hoje, isto é, uma inaceitável *duplicidade de instruções*.

10. O *inquérito policial*, assim, nasce canceroso, ainda que extremamente exaltado por gente do porte de José Frederico Marques, como “*uma das instituições mais benéficas de nosso sistema processual*” (MARQUES, J. F. *Elementos...* *cit.*, p. 101). Veja-se, porém: a gênese é ruim; a estrutura é ruim; e o resultado não é só ruim, é catastrófico. Como louvar algo do gênero?

11. Apesar de tudo, passa imune o *inquérito policial* por todas as reformas que a legislação processual penal sofreu até hoje, mormente aquelas determinadas pela Constituição de 1891 (que resultou

nos Códigos estaduais, com a ressalva merecida para o Código do Distrito Federal que, por seu art. 243, dava um jeito de anestesiar sua força), assim como as da Constituição de 1988, a qual traz regras que ainda não foram bem entendidas e não ganharam a necessária efetividade, *entre elas a que trata da matéria ora em discussão*.

12. Note-se, não obstante, que a questão do *sigilo* (do latim, *sigillum*) não é *imane*nte ao *inquérito policial*, na sua mais larga extensão. Já não o era quando da sua criação e nenhuma razão tem para ser agora, *em vigor a Constituição de 1988*. Com efeito, falava dele, por seu referencial semântico, o art. 10 (mormente o § 1.º) da Lei 2.033/1.871. Definia-o, porém, o art. 42 do Regulamento (Decreto 4.824/1.871): “O *inquérito policial* consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e complices; deve ser reduzido a instrumento escripto, observando o seguinte(...)”. Vital, entretanto, para a hipótese em análise, era o § 7.º do mesmo artigo: “Todas as diligências relativas ao *inquérito* serão feitas no prazo improrrogável de cinco dias, com assistência do indiciado delinqüente, se estiver preso, podendo impugnar os depoimentos das testemunhas. Poderá também impugná-los nos crimes afiançados, se requerer sua admissão aos termos do *inquérito*”. Nossa tradição (se é que se pode falar dela referindo-se a um instituto com tal idade), como se percebe de uma análise um pouco mais atenta, fala *contra o sigilo pleno*. O Brasil da modernidade quis enterrar os fantasmas inquisitórios dos juízes *a priori*, mas continua derrotado. Esse querer, parece claro, não autoriza — antes, deslegitima — os senhores das alcovas e dos porões onde aparecem mortos os nossos Herzog, muito menos os seus ventríloquos, dos livros e das cátedras. Onde estaria, então, a nossa fonte?

13. Para um Código parido na ditadura de Vargas (Decreto-lei 3.689, de 03.10.1941), a fonte não poderia ser outra que não uma de cariz ditatorial. Nélson Hungria, o grande, tão louvado por sua obra, sabia disto. Como integrante da Comissão de elaboração do projeto e seu mais eminente membro, foi buscar a base no maldito criminoso?; veja-se, por todos, o que se passou com Carlo Levi, conforme relatado no seu *capolavoro*: *Cristo si è fermato a Eboli*, 7.ª ed., s/d, Einaudi, 1947. Codice Rocco italiano, produzido pelo *fascismo* sob o comando de Mussolini e sob a batuta de Manzini que, pelos “elevados” serviços prestados, ganhou a recém-criada cátedra de Roma de Direito Processual Penal; e é largamente copiado como “democrata” por vários dos nossos operadores do direito criminal, desavisados ou catedráticos, como conceituou Lyra Filho, Roberto. *Por que estudar direito, hoje?*, Brasília: Nair, 1984. O *sigilo*, assim, vem da Itália: *Chiudendo i pochi spiragli aperti nel 1913 alla difesa, il codice Rocco aveva restaurato un sistema coerente: ovvio che nell'istruzione, nata da metastasi inquisitoriali, avvenga tutto in segreto; gli interessati lo sapranno alla fine, col deposito degli atti* (art. 372: *nel rito sommario bisogna addirittura aspettare la citazione*); *esclusi dalla macchina inquirente, sfoghino poli l'acume critico, se vogliono, discutendo sulle carte*. (CORDEIRO, F. Guida... cit., p. 288-9) — (grifo nosso). Não é de estranhar que gente da excelência de Joaquim Canuto Mendes de Almeida (há que ler nossos antigos homens de princípios) tenha ficado de fora da Comissão que engendrou o nosso Código atual.

14. Revistas, ainda que apressadamente, as fontes, é possível começar a entender a razão pela qual, ao que parece, as infinitas discussões sobre o *sigilo*, no *inquérito policial*, são, em grande medida, estéreis. Não se trata, inclusive, não poucas vezes, de engajamento a posições

vinculadas à *ideologia política*. Em geral, os posicionamentos refletem o *puro casuísmo*, e entorpecem a boa vontade.

15. Que o Código trata da matéria ninguém desconhece: “A autoridade assegurará no inquérito o *sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade*” (art. 20) – (grifo nosso). O problema, então, é delimitar o alcance de tal regra, a começar pela imprescindível adequação aos elementos do preceito, o que não parece nada difícil em se tratando de *conceitos indeterminados*, como o era o de *segurança nacional* e são tantos outros, estruturais no direito criminal, ao qual “orgulhosamente” em presta-se o bastão de defensor do cidadão, sem qualquer pejo, ainda que com tal *legalidade*: nossos autores esqueceram de ir a fundo na luta pelo *princípio da taxatividade*. Ora, prever que o *sigilo* será determinado quando for *necessário à elucidação do fato* ou quando for *exigido pelo interesse da sociedade* significa dizer que dele será lançado mão *quando a autoridade policial assim entender*. O resto é mera justificativa, jogo de palavras, com o que não se pode brincar, principalmente quando a partir do ato pode-se colocar na cena a vida das pessoas: uma tortura mal feita (o ato é ignominioso de qualquer forma e só o utilizo como exemplo) pode levar à morte, mas, quando isso não ocorre, produz traumas, inevitavelmente; e é disso que estamos tratando.

16. Não bastasse isto, o próprio legislador de 41 havia criado um mecanismo a mais, sob o manto do *segredo*, o qual ajudava a garantir uma “prova polida”, olhando-se pela ótica de quem a produzia: a *incomunicabilidade do indiciado* (nos termos do art. 21), mas ela “dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação o exigir”. Novamente pululam os *conceitos vagos* com a agravante de que, agora, é imprescindível um “despacho nos autos”, o que faz sugerir que

para o *sigilo*, nos termos do artigo anterior, ele não era necessário. A questão, aqui, não obstante tratar-se de uma aberração também, foi parcialmente solucionada quando, após o anterior Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215, de 27.04.1963), o legislador, ao organizar a Justiça Federal de primeira instância, acrescentou um *parágrafo único* ao supracitado artigo, criando uma exceção que poderia amenizar a situação: “A incomunicabilidade, que não excederá de três dias, será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público, o respeitado, em qualquer hipótese, o disposto no art. 89, inc. III, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215, de 27.04.1963)”. A questão, por isto, perdeu sua importância: quando aparece uma decisão jurisdicional abre-se logo um grande leque de mecanismos de controle; dela, bem entendido. O juiz — seria ingênuo pensar diferente —, como se sabe, é muito mais controlado, olhando-se a partir da lei, que as autoridades policiais. Ademais, em desuso entrou o art. 21 em virtude da Lei 7.960, de 21.12.1989, que trata da *prisão temporária*, a qual mereceria uma longa observação, impossível no espaço restrito do presente parecer. De qualquer maneira, em todas as hipóteses, hoje, não há *incomunicabilidade* para os advogados.

17. Por outro lado, por causa das regras do antigo Estatuto da OAB (art. 89, III, VI, “b”, e XV), houve quem tivesse entendido que “desapareceu, praticamente, o sigilo dos inquéritos” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, 16.^a ed., São Paulo : Saraiva, 1994, p. 191), o que foi contestado por autores reconhecidos, vinculados aos organismos policiais — e outros —, como, por exemplo, MORAES, Bismael Batista. *Direito e polícia: uma introdução à polícia judiciária*, São Paulo : RT, 1986, p. 207 *et seq.* De qualquer forma, olhan-

do para a velha ordem constitucional, autores como Tourinho Filho sustentam que: “Se no inquérito não há acusação, claro que não pode haver defesa. E, se não pode haver defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. Por isso mesmo os advogados dos indicados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos de inquérito policial” (*op. cit.*, p. 188). No mesmo sentido: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*, 4.^a ed., São Paulo : Atlas, 1995, p. 80. E por aí vai boa parte dos nossos operadores do direito criminal, sem embargo da existência de posições mais lúcidas, contrárias ao sigilo, já antes da CF/88: SOUZA, José Barcelos de. *A defesa na polícia e em juízo: teoria em prática do processo penal*, 4.^a ed., São Paulo : Sugestões Literárias, 1978, p. 25 *et seq.* Algo, contudo, está fora da ordem, como parece sintomático.

18. Com efeito, há uma grande preocupação – e em certa medida procedente – quanto à extensão, ao *inquérito policial*, na ordem constitucional atual (como já havia antes), do *princípio do contraditório*. Sobre a matéria, antes de 1988, asseverando o *direito de defesa*, manifestou-se ninguém menos que ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. O direito de defesa no inquérito policial, in *RF* 173/26 *et seq.* (“a inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial. Seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado”, p. 38); mas também VANDERLEI, Tomás. Inquérito policial, in *RF* 116/611-12: “O indiciado, mesmo no caso de prisão em flagrante ou preventiva, tem o direito de exercer amplamente a sua defesa, o que lhe é garantido pela própria Constituição”. A matéria era – como ainda é – polêmica, mas a grande maioria dos autores, seguida por maciça jurisprudência, jamais aceitou o *contraditório no inquérito policial*.

19. Hoje, com a devida vênia de todos que possam pensar o contrário, *é absolutamente necessário ver a matéria a partir das regras constitucionais, mormente aquelas que estabelecem direitos e garantias individuais*. Aqui, os posicionamentos passados, fundados em premissas distintas, não têm – e não podem ter – qualquer pertinência. Afinal, são posições de tal jaez que nos atrelam ao ultrapassado e, não poucas vezes, não permitem a necessária *efetividade das regras constitucionais*, (sobre o tema, v. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo : RT, 1995; BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro : Renovar, 1993; na doutrina estrangeira, v., por todos, CANOTILHO, José Joaquim Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição* Coimbra : Coimbra, p. 43 *et seq.*). Sem ela, contudo, não se pode ter esperança na democracia.

20. Desde a nova ordem, então, o grande nome a sustentar o *contraditório no inquérito policial* é TUCCI, Rogério Lauria. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo : RT, 1993, p. 25 *et seq.*, o qual, da sua perspicácia, analisa: “A Constituição Federal de 1988, inovando vigorosamente na matéria, deixou assentado no mesmo art. 5.^o, incs. LV, LXII e LXIII, respectivamente, que: ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’; ‘a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada’; e ‘o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado’ (...). A *assistência de advogado*, por sua vez, não há de ser

concebida como assistência passiva, de mero espectador dos atos praticados pela autoridade policial e seus agentes, mas, sim, *assistência técnica*, na acepção jurídica do termo, qual seja a de *atuação profissional de advogado*. (...) O mais que se pode admitir, na exegese do preceito constitucional focado, é a *dispositividade da determinação da atuação de defensor do indiciado* (que não pode ser confundida, à evidência, com a *contraditoriedade real*, ínsita à sua *efetiva assistência*), no transcorrer da *informatio delicti*. (...) Já agora, consubstanciada a atuação espontânea do defensor num *direito subjetivo* do seu constituinte, a atividade defensiva prévia ganha bem maior dimensão, a ponto de propiciar, sem qualquer sofisma, a *contraditoriedade no inquérito policial*".

21. O problema, assim, é ler a ordem infraconstitucional à luz daquela maior, respeitando-se, por evidente, o que Kelsen nos legou de melhor: a hierarquia das leis, pela estrutura piramidal, expungido o discurso sobre a *grundnorm*, porta de entrada de um de seus maiores defeitos. Nesta esteira, vigente o art. 20, do CPP, não há como não reconhecer que foi ele recebido pela nova Constituição por força de um raciocínio primário, de lógica: *na fase preliminar do inquérito policial tem-se, à evidência, dois momentos: um de investigação e outro de produção da prova recolhida*. Se é assim, não há como excluir — ainda que se pudesse ousar criar uma lei em tal direção — o *sigilo* do primeiro momento. A *investigação*, respeitados os direitos e garantias individuais (pense-se nas *interceptações telefônicas* etc.), não pode ser controlada *ex ante*. Não teria sentido, v.g., a autoridade policial *comunicar aos eventuais interessados* que irá perquirir pela vida particular de um suspeito. Mas o *inquérito policial* não é só isso, embora, como antes referido, penso, *mutatis mutandis*, que deveria ser. Ele é muito mais, ou seja, carrega consigo o *segundo momento*, aquele de produção da prova e, assim,

a *introdução no procedimento dos elementos de reconstituição do fato apurado*. Nesse passo, o problema é delicado. Ademais, o *sigilo* recomendado, por outro aspecto, para fazer-se respeitar o disposto no art. 5.º, XLIX, da CF: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

22. Quanto ao precitado *segundo* momento, há que reconhecer que a prova produzida no *inquérito policial*, só porque queremos — tudo é mera retórica —, *não pode ser usada na fase processual contra o réu (antes indiciado)*, de modo que é *imprestável para fundar uma sentença condenatória*. Todos, todos os dias, neste país, uma infinidade de réus são condenados a partir de juízos formados com base na prova do *inquérito policial*. Veja-se, por todos, MIRABETE, J. F. *Processo... cit.*, p. 81: "O conteúdo do inquérito, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a proposição da ação penal, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, mesmo porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extrajudicial". Ora, há, na assertiva, pelo menos, honestidade. Afinal, é com isso que se convive no cotidiano e não pode ser escondido a golpes de *imbrogli* retóricos. O chocante, todavia, é que o *inquérito policial não se deve prestar para esse fim, justamente porque a prova da fase inquisitorial escapou do crivo do contraditório*. Pensar diferente é, escancaradamente, pregar a burla da regra constitucional.

23. Pelo que se vive no cotidiano, então, não haveria saída à posição do lúcido Rogério Lauria Tucci. Não obstante, o erro não está, na forma hoje disposta (já referi que tenho presente que a solução é *acabar, nos moldes que propus, com o inquérito policial*), no seio do procedimento preliminar (não seria

eufemismo, agora, chamá-lo assim?), *mas naqueles que validam, quando sabem que não deveriam, a prova nele produzida*, a começar pelo egrégio STF. Por isso, de nada adianta dizer que o escopo do *inquérito policial* é, tão-só, preparar o exercício da ação penal (MARQUES, J. F. *Tratado de direito processual penal*, São Paulo : Saraiva, 1980, p. 189), para aí justificar a sua *inquisitorialidade*, porque a realidade do foro faz a afirmação virar devaneio e ajuda a ampliar o abismo existente entre o que se ensina nas Faculdades de Direito e aquilo que se passa, de verdade, nos tribunais criminais. Consertem-se, por primeiro, os homens.

24. Por outro lado, é também a realidade que indica na direção de não se levar o *contraditório* ao *inquérito policial*. Da maneira como vivem os órgãos da Polícia Judiciária em todo o país, admitir o *contraditório pleno* (ainda que pela disponibilidade pudesse não ser exercitado) seria empeçar, definitivamente, a reconstituição dos crimes. Não há, sejamos honestos, estrutura material — não poucas vezes, pessoal — para suportar a efetivação do princípio. A conclusão, é verdade, neste nível, não é jurídica, mas é de tamanha relevância que não pode vir separada, nem depois daquela.

25. Do ponto de vista jurídico, por seu turno, a questão parece ter solução por um outro viés: *não se trata, no inquérito policial, de um processo*. Estamos — tendo presente que a investigação inquisitória é preliminar e meramente preparatória ao exercício da ação penal —, como se sabe, diante de mero *procedimento*. E este, *sem contraditório*, não é processo (FAZZALARI, Elio. *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*, in *Rivista di diritto processuale*, Padova : Cedam, 1965, v. XX, p. 27. E onde não há processo não atinge a regra constitucional do art. 5.º, LV, a qual, expressamente, garante aos *litigantes e aos acusados em geral*, o *contraditório*, porém, “*em processo judicial ou administrati-*

vo”. Deixando de lado a adequação correta às expressões *litigantes e acusados*, porque poderiam ser tomadas como filigranas superáveis pelo mero discurso, dada a falta de sustentação outra que não meramente discursiva (veja-se que não há lide no processo penal ou, pelo menos, do ponto de vista técnico, ela é inaceitável, como já referi: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*, Curitiba : Juruá, 1989; assim como *acusado* é sinônimo de imputado só por convenção), há que se levar em consideração, — aí sim — o quanto a *prova do inquérito policial pode prejudicar o investigado*.

26. Superado o problema do contraditório, há que responder à ordem constitucional sobre a extensão da regra do art. 5.º, LXIII, ou seja, aquela que garante ao preso — e *a fortiori*, qualquer indiciado — que ele “será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (grifos nossos). O que seria, enfim, essa *assistência de advogado* referida no texto? Por certo que aí não está para ser letra morta. Desta forma, tem razão SLAIBFILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988: aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro : Forense, 1989, p. 318: “Ainda no inquérito policial ou no auto de prisão em flagrante delito tem o advogado poder de reperguntar, requerer diligências e providências que achar convenientes ao ato, sem prejuízo, é claro, da autoridade processante deferir, ou indeferir, sempre com fundamentação, o que lhe foi requerido”. No mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo : Saraiva, 1988-1989, 2.º v., p. 293 *et seq.*

27. Tenho para mim, então, que a *assistência do advogado* referida na regra constitucional não é — e não pode ser — meramente passiva. O próprio CPP já contemplava regras (como a do art. 14, por exemplo) que estavam a permitir

uma participação ativa do advogado, requerendo, como mandatário do indiciado, qualquer diligência, ainda que ela pudesse ser deferida, ou não, a juízo da autoridade. O art. 5.º, LXIII, por evidente, oferece algo mais: a efetiva possibilidade de participação do advogado em qualquer ato de produção de prova no inquérito policial, inclusive pericial, nos termos da lei, ou seja, formulando quesitos e, eventualmente, oferecendo assistente técnico. Com isso, pode haver controle da prova produzida; e é, inclusive, uma garantia à própria autoridade policial que bem atua.

28. Por sinal, não são poucas aquelas que, na prática, desde sempre permitiram a *assistência dos advogados*, razão pela qual só fizeram angariar respeito e admiração. Em verdade, uma autoridade policial bem preparada jamais temeria reconhecer tal garantia constitucional aos indiciados, mas, como havia reticentes, fez-se mister a regra precitada.

29. O advogado, dada a limitação da regra constitucional, não tem direito a ser notificado dos atos de produção da prova; continua não tendo direito à produção da prova que pleiteia pelo indiciado (ainda medida pelo juízo da autoridade policial), mas, se presente, tem direito de acompanhar a produção da prova, requerendo o que for necessário. Neste sentido, são precisas as conclusões de CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, São Paulo : RT, 1995: "Não há, por certo, qualquer óbice à presença do patrono quando da oitiva de testemunhas, por exemplo, ou mesmo se o advogado desejar acompanhar uma prova pericial ou a reconstituição do delito. (p. 115). (...) Mas, fora as questões incidentais (a serem necessariamente tipificadas), temos sérias dúvidas quanto a reconhecer a existência da garantia desejada no que tange àquilo que poderia ser concebido como 'mérito' da investigação. Basicamente por faltar uma característica funda-

mental do contraditório, que é a capacidade de influenciar que detém o poder decisório neste momento. (p. 116) (...) Por tudo isto pode-se compreender a extrema dificuldade de inserção da garantia já na investigação, o que significa o abandono do suspeito a uma sorte arbitrária, onde venha a ser alvo constante e absoluto de injustiças e sofra investigações criminais fruto de imaginação dos órgãos estatais responsáveis pela persecução, com supressão das garantias mínimas da liberdade individual" (p. 117).

30. Por sua vez, há que recordar que a Lei 8.906, de 04.07.1994, o novo Estatuto da Advocacia e da OAB, regulamentando o art. 133 da Constituição Federal ("O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da função, nos limites da lei"), garante o amplo exercício profissional. Esse, por evidente, não se efetivará, no caso do indiciado, se tal regra não for conjugada com aquela que lhe garante a *assistência*. Para além, é direito do advogado, nos termos do art. 7.º, III, da Lei precitada, "comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis". Não resta, portanto, qualquer dúvida quanto à atuação sem o instrumento do mandato, seja porque é impossível fazê-lo, seja porque eventual ausência pode ser suprida, na forma da lei.

31. *At last but not at least*, não é demais recordar que a conjugação do art. 133 com o art. 5.º, LXIII, nos limites referidos, é um direito do advogado ao livre exercício profissional. Sem ele, não se consoma a garantia constitucional do cidadão preso ou indiciado. Por isso, não pode tal direito sofrer qualquer atentado, por parte das *autoridades policiais*, sob pena de cometimento do *crime de abuso de autoridade*. Não é outra coisa que está

referida no art. 3.º, *j*, da Lei 4.898, de 09.12.1965. O crime, por certo, reconhecerá o Poder Judiciário, consciente da importância do respeito à regra constitucional.

32. O que se espera, de verdade, é que advogados e autoridades policiais possam conviver harmonicamente, cada um cumprindo o seu papel, sem a arrogância que, em geral, atinge não só os desprovidos de humildade, mas, principalmente, de conhecimento.

Isto posto, opino, respondendo às perguntas que formulei, sintetizando a consulta lançada pelo douto presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil de Pato Branco:

1.ª – sob o fundamento do sigilo, *não* podem as autoridades policiais impedir os advogados, regularmente constituídos ou não, de acompanharem atos de produção de prova no inquérito policial, mormente depoimentos;

2.ª – sob o mesmo fundamento do sigilo, sendo admitido o acompanhamento, pelo advogado, dos atos de produção da prova testemunhal, *não* podem as autoridades policiais negar o direito a reperguntas, sem embargo de que podem, na forma da lei (art. 14 do CPP), indeferir-las.

É o parecer que submeto à Vossa Senhoria e ao c. Conselho Pleno.*

Curitiba, 25 de abril de 1996.

(*) Agradeço à estagiária Adriana da Costa Ricardo Schier pela inestimável colaboração.