

“QUANDO [É] NECESSÁRIO” O ACESSO PELA DEFESA AOS ELEMENTOS DE PROVA? O ART. 3-B, XV, CPP À LUZ DOS PRECEDENTES DA SV14

*"WHEN [IS] NECESSARY" THE ACCESS TO THE EVIDENCE BY THE DEFENCE?
ARTICLE 3-B, XV, OF PENAL PROCEDURE CODE IN LIGHT OF THE LEADING CASES
OF BINDING PRECEDENT 14*

Henrique de Sá Valadão Lopes

Pós-Graduado pela Escola Superior do Ministério Público da União. Bacharel em Direito pela UFF.

Procurador da República.

ORCID: 0000-0002-0802-2904

h3nry0@gmail.com

Resumo: O objetivo deste texto é analisar os acórdãos que fundamentaram a edição da súmula vinculante 14, para melhor compreender as alterações legislativas ocorridas a partir de 2009 quanto ao caráter sigiloso da investigação e direito de acesso do investigado a ela. Com base nessa análise foi possível perceber que o acesso pelo investigado aos autos da investigação sigilosa é exceção, limitando-se às hipóteses em que o investigado já está preso ou que, tendo sido indiciado, está na iminência de ser interrogado em sede policial.

Palavras-chave: Súmula vinculante 14 - Precedentes - Investigação sigilosa - Inacessibilidade à defesa - Exceções.

Abstract: The purpose of this text is to analyse the judgments that were the basis for the edition of the binding precedent no. 14 in order to better understand the legislative changes that have occurred since 2009 regarding the confidential nature of the investigation and the right of access of the investigated to it. Based on this analysis it was possible to realize that the access by the investigated to the records of the secret investigation is an exception, being limited to the hypotheses in which the investigated is already arrested or that, having been indicted, is in the imminence of being questioned in police headquarters.

Keywords: Binding precedent 14 - Leading cases - Confidential investigation - inaccessibility to the defense - Exceptions.

I. Introdução

De um lado, o caráter sigiloso do inquérito é instrumento imprescindível do cumprimento do dever estatal de proteção de bens jurídicos pela aplicação da lei penal. De outro, o acesso aos elementos de prova é indispensável ao direito à ampla defesa dos investigados e ao exercício da advocacia. Portanto, quando é possível aos investigados ter amplo acesso ao inquérito? O que é o “quando necessário” previsto no art. 3-B, *caput* e inciso XV do Código de Processo Penal (“CPP”) (BRASIL, 1941)?

A questão do acesso, pela defesa, aos elementos de prova da investigação havia sido resolvida em 2009, com a edição pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) da Súmula Vinculante 14 (“SV14”), 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” (BRASIL, 2009). Porém, a SV 14 resolvia apenas muito parcialmente a questão do acesso.

Em 2011, o art. 23 *caput* e inciso VIII da Lei 12.527 (BRASIL, 2011),

passou a prever que:

São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam: VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Reforçou, assim, a tese do sigilo das investigações e dos elementos de prova colhidos.

Em 2016, a Lei 13.245 alterou o art. 7º, XIV, da Lei 8.906/94, para dizer: "São direitos do advogado: (...) examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação (...) autos de flagrante e de investigações (...), findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade (...)" Também houve acréscimo, no art. 7º, de um §7º, que diz:

No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Ou seja, tratou-se da questão do acesso aos elementos de prova da investigação não como um direito do investigado, mas como um direito do advogado para o exercício da advocacia.

Por fim, a Lei 13.964/2019 acrescentou ao CPP o art. 3-B, *caput* e inciso XV, que dizem:

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...) assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento.

Na verdade, toda essa profusão legislativa decorre de uma positivação de recortes das razões de decidir usadas preponderantemente nos precedentes que culminaram com a edição da SV14. Assim, a melhor forma de se compreender sistematicamente essa profusão legislativa é analisar o inteiro teor destes precedentes e entender os contextos fáticos sobre os quais as decisões foram proferidas. A partir destes precedentes, torna-se relativamente simples compreender (a) se os investigados têm acesso amplo à investigação, (b) a partir de que momento esse acesso passa a ser possível e, por sua vez, (c) "quando [é] necessário" o acesso amplo à investigação, previsto no art. 3-B, XV, do CPP.

2. A SV14

A edição de súmulas vinculantes exige reiteradas decisões sobre a matéria (art. 2º, Lei 11.417/2006). Mas não basta conhecer o texto da súmula vinculante ou de qualquer súmula.

Sem saber o contexto fático por detrás dos julgados não há como entender adequadamente a razão de decidir adotada ou compreender qual a premissa fática que exige a aplicação da Súmula. Por conta disso, serão resumidos abaixo os relatórios dos julgados que, segundo o *site* do STF, foram usados para demonstrar a existência de reiteradas decisões e, assim, editar a SV14. Serão igualmente transcritos alguns trechos dos debates orais.

Os julgados, ocorridos entre 2004 e 2008, foram: (1) HC 82354, 1ª Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence (2) HC 87827, 1ªT, rel. Min.

Sepúlveda Pertence, (3) HC 88190, 2ª Turma, relator Min. Cezar Peluso (4) HC 88520, Pleno, acórdão redigido pelo Min. Marco Aurélio, (5) HC 90232, 1ª Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence, (6) HC 92331, 1ª Turma, relator Min. Marco Aurélio, (7) HC 91684, 1ª Turma, relator Min. Marco Aurélio.

Em relação ao HC 82354, o relatório informa que o pedido de acesso ao inquérito teria sido feito "pelos advogados para orientar as declarações do cliente ou o eventual apelo ao direito de silenciar".

Em relação ao HC 87827, o relatório expõe que se tratava de pedido de acesso ao inquérito policial em razão da iminência de interrogatório que seria prestado em sede policial.

No HC 88190, o relatório informa que havia uma investigação sigilosa decorrente do envio de informações por parte do Banco Central e do COAF. Apesar de sigilosa, a existência da investigação fora noticiada em jornal de grande circulação. Com a ciência de que havia uma investigação contra a sua empresa e contra si, o investigado pugnou pelo acesso aos seus autos, o que foi negado pelo Ministério Público Federal, órgão que a conduzia, e posteriormente pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, porquanto não haveria risco iminente à liberdade de locomoção do investigado. A razão de decidir neste HC 88190 não é única ou unívoca. O Ministro Cezar Peluso transcreve letra por letra trechos da fundamentação proferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence no HC 82354, o que indicaria sua concordância com as teses lá lançadas. Contudo, depois da transcrição, adota uma linha argumentativa que é em tudo contrária ao precedente por ele utilizado ao afirmar (a) que é possível o contraditório durante a investigação e (b) que o acesso deve ser relativo, pelo menos, a fatos relacionados ao investigado.

No HC 88520, o relatório do caso, feito pela Ministra Carmem Lúcia, deixa claro que se tratava de investigado solto que, em vias de ser interrogado perante a autoridade policial, pretendeu ter acesso aos autos da investigação, inclusive de sua parte sigilosa (interceptação telefônica), para poder exercer o seu direito de defesa durante tal oitiva.

O relatório do HC 90232 não é tão claro. Apesar de tratar o caso de acesso aos autos do inquérito policial, não deixa claro em que momento da investigação ou da ação penal que se requereu o acesso.

Já no HC 92331 estava o STF diante de pedido dos advogados e dos próprios investigados de ter acesso ao inquérito e demais diligências, uma vez que os investigados haviam sido presos temporariamente e estavam em vias de serem interrogados.

No HC 91684 há algumas particularidades. Tratava-se de pedido feito por advogados em favor de sua cliente que, segundo eles, seria supostamente investigada e não teria tido acesso à investigação que se realizava perante o Ministério Público Federal no Paraná. A manifestação da Procuradoria Geral da República perante o STF afirma que ela seria testemunha e a investigação correria em sigilo, não sendo, portanto, o caso de lhe dar acesso à investigação. De outro lado, há a informação de que a pessoa a ser ouvida era mulher de um dos investigados. Logo, é possível notar que neste HC há, em síntese, duas diferenças: (a) a investigação estava sendo conduzida, não pela polícia, mas pelo Ministério Público, (b) não havia a qualidade formal de interrogada ou de investigada por parte da paciente do HC.

Dos sete HCs mencionados, quatro trazem exatamente a mesma fundamentação: 82354, 87827, 88190 e 90232. Os principais excertos do voto exarado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no HC 82345 e repetidos nos outros três são:

23. No mérito, penso que a discussão do problema da oponibilidade ao advogado do indiciado do sigilo do inquérito policial tem sido conturbada pela intromissão indevida do art. 5º, LV, da Constituição:

'Art.5º (...) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.'

24. A extensão inovadora do alcance do preceito ao processo administrativo não atinge o inquérito policial.

25. (...) o certo é que inquérito policial não é processo, mas procedimento administrativo (...). [N]ão porque seja administrativo, mas porque nele, inquérito, nada decide a autoridade policial (...).

26. (...) [N]ão visa a uma decisão (...). [N]ele não há litigantes, mas simples interessados.

27. "A garantia constitucional do contraditório, no campo probatório" – assentou com razão o extinto Tribunal de Alçada gaúcho, em acórdão do il. Juiz Vladimir Giaconuzzi (RT 711/378) – "consiste no direito de a defesa dispor, antes da sentença, da oportunidade de se pronunciar sobre a prova produzida pela acusação e de fazer a contraprova. Não antes da realização da prova ou concomitante com ela. O inquérito policial, por ser um procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado, precipuamente, a subsidiar a atuação judicial do Ministério Público, não é nem precisa ser contraditório. É inquisitivo e por isso mesmo não conclusivo".

28. (...) [A]ssim, no inquérito, ainda não há falar da "ampla defesa" no sentido em que a assegura, aos acusados, o texto constitucional referido. (...)

30. Da evidência de não estar diretamente sob a proteção das garantias do contraditório e da ampla defesa – com a densidade que lhe dá o art. 5º, LV, da Lei Fundamental – não se pode, contudo, "á outrance", reduzir o indiciado, no curso do inquérito, a mero objeto ou sujeito inerte de investigações administrativas. (...)

39. (...) [A] oponibilidade ao advogado do indiciado do decreto de sigilo do inquérito esvaziaria uma garantia constitucional específica.

40. Dispõe a Constituição no art. 5º, que "LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado."

41. O dispositivo tem alcance maior que o de sua expressão literal: certo – inspirado claramente na doutrina do Caso Miranda, a garantia é nominalmente endereçada ao preso; mas, no que a ele, preso, assegura, tem como pressuposto que ao indiciado, ainda que solto, também se estende o direito ao silêncio (que tem como premissa o nemo tenetur se detegere) e, no mínimo, a faculdade da assistência do advogado que constituir.

42. (...) o que se pretendeu assegurar ao preso e, pelo menos, facultar ao indiciado solto, foi a assistência técnica do advogado.

43. E (...) a assistência técnica, não a pode prestar o advogado se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações. (...)

45. É claro que não sou indiferente às preocupações com o resguardo das exigências da eficácia da investigação policial do fato criminoso e de sua autoria, que só serem opostas à abertura ao advogado dos autos do inquérito. (...)

51. A conciliação dos interesses da investigação e do direito à informação do investigado nasce de outras vertentes.

52. A primeira é a clara distinção, no curso do inquérito policial, daquilo que seja a documentação de diligências investigatórias já

concluídas – que há de incorporar-se aos autos, abertos ao acesso do advogado – e a relativa a diligências ainda em curso, de cuja decretação ou vicissitudes de execução nada obriga a deixar documentação imediata nos autos do inquérito. (...)

54. À informação já introduzida nos autos do inquérito é que o investigado, por seu advogado, tem direito.

55. A interceptação telefônica é o caso mais eloquente da impossibilidade de abrir-se ao investigado (e a seu advogado) a determinação ou a efetivação da diligência ainda em curso: por isso mesmo, na disciplina legal dela se faz nítida a distinção entre os momentos da determinação e da realização da escuta, sigilosos também para o suspeito, e a da sua documentada, que, embora mantida em autos apartados – e sigilosos para terceiros – estará aberta à consulta do defensor do investigado (6) : o mesmo procedimento pode aplicar-se à determinação e produção de outras provas, no inquérito policial, sempre que o conhecimento antecipado da diligência pelo indiciado possa frustrá-la. (...)

57. Com essas observações, defiro o habeas corpus para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial e a obtenção de cópias pertinentes, antes da data designada para a sua inquirição: é o meu voto.

No HC 88520, julgado pelo Pleno do STF, apesar de o contexto fático ser o mesmo dos demais, não houve propriamente decisão de mérito. Havia sido deferida liminar, pela Ministra Ellen Gracie, para que os advogados obtivessem o acesso ao inquérito e o interrogatório fora realizado sete meses antes da data do julgamento do HC 88520. Por esse motivo, a princípio, a Ministra Carmem Lúcia entendeu que o pedido de *Habeas Corpus* estaria prejudicado. Isso foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, de início, porém, os demais Ministros, em seguida, chegaram à conclusão de que era hipótese de reafirmar o entendimento que vinha sendo adotado em razão da repetição com que o tema vinha sendo tratado pelo Supremo Tribunal Federal. Não houve discussão acerca da fundamentação para a concessão do acesso aos autos da investigação.

Por fim, no HC 91684, apesar de haver dúvida sobre a qualidade de testemunha ou de investigada, a intimação para prestar depoimento continha aviso de que poderia, durante sua oitiva, ser acompanhada de advogado. Na fundamentação de seu voto, disse o Min. Marco Aurélio:

Reitero o que tenho consignado sobre a impossibilidade de alguém vir a depor em certo procedimento sem que o representante processual possa conhecer os dados já coligidos. Não coabitam o mesmo teto a defesa técnica e o mistério quanto ao procedimento em curso a envolver o destinatário da primeira.

Já nos debates, disse o Ministro:

Aceito manter em sigilo que investigação em curso, até mesmo para não ser frustrada, mediante conhecimento do envolvido.

Em suma, ainda que a fundamentação pareça ter sido voltada às especificidades do caso, esses dois trechos dão a entender que Ministro Marco Aurélio fez uso da razão de decidir adotada nos HCs 82354, 87827, 88190 e 90232.

Ao iniciarem os debates orais nos HCs mencionados, os demais Ministros, expressaram sua concordância com a fundamentação do Ministro Sepúlveda Pertence nos seguintes trechos:

MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – O habeas corpus sub judice nos coloca frente a frente com valores que se excluem mutuamente, que se antagonizam radicalmente. O êxito da investigação depende,

já que o inquérito é sigiloso, do sigilo e, portanto, da exclusão dessa participação mais franca do advogado. (...) Por outro lado, o advogado tem prerrogativas a defender, e legalmente constituídas, deferidas essas prerrogativas, em face de valores outros que a Constituição alberga não só no plano da ampla defesa como dessa interpretação mais elástica que V.Exa. deu ao habeas corpus, com a qual eu concordo. (...) Penso que V.Exa. equacionou bem a questão. No plano axiológico, no plano valorativo, sinto-me confortado em optar por essa solução, e não pela outra (HC 82354).

MINISTRO CEZAR PELUSO – Precisa a autoridade policial, em benefício do bom sucesso das suas investigações, resguardar-se para que a intervenção e a consequente ciência dos advogados, sobre elementos já documentados, não frustrem a eficácia das mesmas investigações. V.Exa. expôs, do ponto de vista teórico e do ponto de vista prático, as dificuldades, que são superáveis. Acompanho integralmente o voto de V.Exa. (HC 82354).

MINISTRO MARCO AURÉLIO – já não cogito do inciso LV do rol das garantias constitucionais, porque a premissa é a existência de litigantes quanto ao processo judicial ou administrativo assentado na medula, que é o contraditório, tem-se que é assegurado ao preso – aqui não há vinculação maior a esse status quo de preso, de pessoa, de cidadão submetido à custódia do Estado – a assistência do advogado. Essa regra é linear. Pouco importa já esteja em curso a ação penal, ou não. (...) Em uma viagem que fiz, ainda na Presidência da Corte, cheguei a um país da Europa onde havia um caso momentoso, à época, em que simplesmente constava norma que obstaculizava o acesso do advogado ao inquérito, ainda que preso o envolvido, sem que este pudesse conhecer sequer a imputação, algo que, a meu ver, não se coaduna com o século no qual vivemos. Acompanho Vossa Excelência, concedendo a ordem (HC 82354).

MINISTRO MARCO AURÉLIO – Reafirmo, mais uma vez, 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. Fora isso, é impossibilitar-se a atuação da defesa, ferindo de morte o devido processo legal. Concedo a ordem para que seja amplo o acesso da defesa às peças que estejam no inquérito, compondo-o na integralidade (HC 88190).

MINISTRO MENEZES DIREITO – Ora, se vamos negar à parte interessada, para produzir a sua defesa, com um interrogatório já marcado, acesso às transcrições telefônicas que já constam do inquérito, evidentemente cercearemos a defesa e criaremos ainda mais, o que me parece gravíssimo, uma barreira no tocante à própria parte poder explicitar aquilo que foi obtido de forma secreta. O

sigilo não alcança essa parte, como disse Vossa Excelência muito bem. Ao revés, se alcançasse essa parte, ele seria profundamente inconstitucional, porque se estaria negando, de forma violenta, o direito de defesa da parte (HC 92331).

Em suma, é possível decompor a razão de decidir prevalente nos julgamentos da seguinte maneira: (1) O inquérito é sigiloso, (2) O sigilo é necessário à eficácia da investigação do fato criminoso, (3) Ao investigado que será interrogado é devido o acesso às diligências já documentadas como forma de preparar sua defesa oral, (4) Ao investigado que será interrogado não é devido o acesso às diligências que ainda não foram documentadas, em especial àquelas ainda em andamento, (5) Se o investigado estiver preso cautelarmente, é devido a ele o acesso às diligências já documentadas como forma de viabilizar sua defesa.

O acesso a tudo o que já foi documentado pelo inquérito é possível caso o investigado esteja em vias de ser interrogado ou já tenha sido preso cautelarmente. É nesta especial circunstância de preso ou de interrogado, que o exercício do direito de defesa exige o acesso ao inquérito quanto àquilo que já foi documentado. Não havendo tal circunstância, não se tem hipótese de acesso ao conteúdo do inquérito.

Em suma, antes do interrogatório ou antes da prisão, entendeu o STF, que não há restrição significativa a direitos do investigado de forma a exigir o exercício do contraditório e do direito ao silêncio. O cerne da razão de decidir adotada na SV14 foi estender o direito ao silêncio do preso, previsto no art. 5º, LXIII, CRFB, e o respectivo direito de defesa ao investigado já indiciado e em vias de ser interrogado. Assim, os precedentes da SV14 asseguraram o direito ao silêncio e o direito ao contraditório (i) ao acusado preso e (ii) ao acusado solto e em vias de ser interrogado durante a investigação. O marco entre inacessibilidade e a acessibilidade do inquérito é o interrogatório do acusado ou sua prisão cautelar. É este o divisor entre, de um lado, o necessário sigilo para a eficácia da investigação e, de outro lado, a necessária transparência para o exercício do contraditório e do direito de defesa.

3. Conclusão

Portanto, a expressão “quando necessário” prevista no art. 3-B, *caput* e inciso XV do CPP diz respeito ao exercício do direito ao contraditório e do direito de defesa do investigado, mas o acesso à investigação no momento em que já marcado o interrogatório ou quando já houve a decretação da prisão cautelar do investigado. Antes disso não haveria restrição a direitos que tornasse necessário o acesso à investigação e aos elementos de prova lá documentados.

Referências

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://tinyurl.com/y2rxk2w4>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr56ajet>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/4smuhnm7>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/yrxf8u4u>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4zpnddy2>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 82354, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 24/09/2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/yc7tv47f>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 87827, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 23/06/2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ztch95>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). HC 88190, Relator Ministro Cesar Peluso, 06/06/2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/4vcfru7s>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). HC 88520, Relator p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, 19/12/2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/49d9upra>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 90232, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 02/03/2007. Disponível em: <https://tinyurl.com/yub54yvz>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 92331, Relator Ministro Marco Aurélio, 01/08/2008. Disponível em: <https://tinyurl.com/nvyy27fd>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). HC 91684, Relator Ministro Marco Aurélio, 17/04/2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/3w4s2u3w>. Acesso em 24/02/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). PSV 1, Relator Ministro Menezes Direito, 23/07/2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/wfumhny5>. Acesso em 24/02/2022.

Autor convidado