

O sigilo da fase pré-processual

Marcelo Batlouni Mendroni
Promotor de Justiça - SP

Obviamente que as investigações pré-processuais devem necessariamente ser secretas, sob pena de serem frustradas desde o início. Pela mesma razão que um criminoso qualquer pratica atos ilícitos e não os revela às autoridades competentes, estas não só podem como devem investigá-lo – por obrigatoriedade de suas funções – e obedecendo ao princípio da Busca da Verdade Real,⁽¹⁾ sem desvelar o seu teor, até que reúna dados suficientes para formar o seu convencimento, e então levar a cabo a medida cabível. *A contrarii sensu*, fosse a autoridade investigadora obrigada a revelar o teor da sua investigação, franqueando ao suspeito ou mesmo ao seu Advogado vistas e/ou cópias dos autos, deveria o investigado também ser obrigado a indicar as provas da sua conduta criminoso, e isso, é elementar, não o fará; e se o fizer, mentirá. Esta a razão pela qual as informações relativas ao Procedimento Investigatório e/ou Inquérito Policial podem ser mantidas sob sigilo, a critério da autoridade incumbida da investigação, e podem não ser fornecidas ao investigado ou mesmo ao seu advogado. Esse é o princípio que os alemães chamam de *Waffengleichheit* ou "Igualdade de armas".⁽²⁾

Nestes termos considerava também o renomado autor argentino Alfredo Vélez Mariconde: "*la investigación preparatoria se legitima, como actividad cautelar, por el 'temor de un daño jurídico', vale decir, ante el temor de que si el Estado no obra inmediatamente después de planteada*

(1) EMANUELE CARNEVALE. In 'Dritto Criminale'. Roma, 1932; Società Editrice del "Foro Italiano", vol III, pág 401: "*Le ragioni di una più libera, più penetrante e più piena ricerca del vero, si assummano tutte in questa proposizione centrale: che nel processo criminale è maggiore e più alta l'esigenza della conoscenza della verità per la realizzazione della giustizia. Difficoltà che cominciano dal punto di partenza, e che denotiamo nei casi più gravi e complessi con la frase mistero del delitto il quale non di rado è proprio un mistero e ad essere accertato com la frase mistero del delitto, sapienza delle cose umane, lunghe e complicate ricerche, e finiscono richiede prontezza d'intuito, sapienza delle cose umane, lunghe e complicate ricerche, e finiscono al punto d'arrivo, quando tutta l'anima del delinquente deve essere dal giudice apprezzata apprezzata non ai fini meramente morali, ma per sapere come e quanto egli sia giuridicamente pericoloso e quale sia la specie e il grado di difesa che tal pericolo esige"*

(2) Veja-se por exemplo JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA In 'Introducción al Derecho Procesal' 2ª ed 1997, Colex, pág 295: "*no es suficiente que exista contradicción en el proceso, sino que para que ésta sea efectiva, se hace preciso también que ambas partes procesales, actor y demandado, acusación y defensa, ostentian los mismos medios de ataque y de defensa o, lo que es lo mismo, tengan idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación"*

la hipótesis del delito, se oculte la verdad y se torne inaplicable la ley penal, ya sea por desaparición o adulteración de las pruebas, ya sea porque el delincuente logre eludir la acción de la justicia, y que debe ser perfectamente reglada por el derecho objetivo, a fin de asegurar la limitación impuesta por el derecho subjetivo del imputado”⁽³⁾

E também o consagrado autor alemão Mittermaier: “No processo cível esforçam-se as partes por demonstrar os fatos constitutivos de um laço de direito, que entre elas existia; fazem comparecer testemunhas expressamente para certificar as declarações do adversário no momento em que esse laço se formou pelo contrato, e apresentam títulos enunciativos de seus recíprocos compromissos; mas no crime, o autor do delito toma todas as precauções imagináveis para tornar a prova impossível, e apagar todos os vestígios; adrede procura a escuridão e afasta todas as testemunhas que o possam comprometer.”⁽⁴⁾

A solução não será outra se nos socorrermos do Direito comparado:

Na Alemanha, durante a fase de investigação preliminar, o Promotor de Justiça pode negar ao Defensor constituído o acesso às evidências já coletadas, todas ou parte delas, as que ainda não estejam constando nas atuações oficiais produzidas, se considerar que o conhecimento por parte do Defensor poderá trazer prejuízo à seqüência das investigações. Esta atitude do Promotor de Justiça está fundada no interesse do Estado de que ele possa trabalhar em segredo na busca da verdade real durante a fase do procedimento pré-processual⁽⁵⁾. O procedimento de investigação na Alemanha é, portanto, essencialmente secreto, com algumas poucas exceções, como por exemplo, no caso da oitiva de uma testemunha.⁽⁶⁾

(3) ALFREDO VÉLEZ MARICONDE *Derecho Procesal Penal*. Ediciones Lerner, 1968, Buenos Aires, págs. 387/388

(4) C. J. A. MITTERMAIER “Tratado da Prova em Matéria Criminal” Trad. p/ Português de Herbert Wüntzel Heinrich Bookseller, 1997, pág. 58

(5) KARL-PEIERS JULIUS. In *Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung*. C.F. Müller Verlag - Heidelberg: “Das recht der StA auf Veragung der Akteneinsicht (Abs. 2.) schließt das staatliche Interesse an Geheimhaltung der Ermittlungen damit die der StA obliegende Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens auf eine sichere von Manipulationen des Beschuldigten ungetriggert Grundlage gestellt werden kann. Dieser gesetzlich garantierte Vorsprung im Wissen ist zeitlich begrenzt gegenüber überwiegenden Interessen des Beschuldigten nachrangig für den Beschuldigten aber grds. Unanfechtbar”

(6) JUAN LUIS GOMEZ-COLOMER. *El proceso penal alemán introducción y normas básicas*. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1985, pág. 151: “El procedimiento de averiguación o fase de investigación, o procedimiento preparatorio, todos estos nombres tiene, es esencialmente secreto aunque en determinados casos el inculpado, y su defensor, tienen derecho a estar presentes. Por ejemplo, tiene derecho a que se le permita estar presente en el interrogatorio de un testigo (§ 168c. ap. 2 - StPO). De gran importancia es también el derecho que tiene el defensor, no directamente el inculpado, a examinar la causa (v. § 147 StPO)”

Na Itália, por mandamento legal (art. 329, CPP)⁽⁷⁾ em regra geral segue em secreto, de forma a garantir a eficácia das investigações, posto que, uma vez que o suspeito ou seu advogado tenham conhecimento de que o Ministério Público promove o *indagini preliminari*, poderão trabalhar no encobrimento das evidências restantes.⁽⁸⁾

A primeira característica importante estabelecida no “*Code de Procédure Penale*” francês é o sigilo da “*Enquête*”. O fundamento, segundo a doutrina, decorre do fato de que se o conteúdo da investigação é revelado ao suspeito ou ao seu Defensor, sendo a fase na qual se procede às primeiras buscas das evidências e circunstâncias da infração penal, ocorrerá seguramente um prejuízo irreparável ao princípio da Busca da Verdade Real. Há que se referir que na França existe o sistema do Juiz de instrução para depois da “*Enquête*”, a qual também é secreta. Discute-se na doutrina que esta instrução preparatória (perante o Juiz de instrução) não deveria ser secreta. Por

(7) Art. 329.1 - CPP: (Obligo del segreto). “Gli atti di indagini compiuti dal pubblico ministero (358 s s) e dalla polizia giudiziaria (55) sono coperti dal segreto (326 c.p) fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza (117. 118) e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari (405 ss. 554. att. 118)”

(8) M. PISANI, A. MOLARI, V. PERCHINUNNO, P. CORSO. *Manuale di Procedura Penale*. Monduzzi Editore, 1994, págs. 372/373: “Recenti riforme del codice 1988, avendo messo in discussione una delle premesse del sillogismo, hanno incrinato l'intera costruzione logica-giuridica delle indagini preliminari. È rimasta ferma la consapevolezza che maggiore è lo sviluppo delle indagini senza interferenze dell'altra parte e maggiore può risultare l'efficacia delle indagini stesse. Si è già ricordato che attualmente ognuno può essere sottoposto ad indagini preliminari e non saperlo questo stato di non conoscenza può protrarsi fino a sei mesi (e fino a due anni, nei casi di cui all'art. 51 comma 3 bis)”

La ratio è quella di sfruttare fino il fondo l'effetto sorpresa, di evitare o ridurre il pericolo di inquinamento del materiale probatorio, di circoscrivere il rischio di favoreggiamento nei confronti di indagati o indagabili e infine di tutelare il buon nome di chi è pur sempre presunto non colpevole. Il limite ad quem del segreto sulle indagini preliminari è di due tipi il primo soggettivo, postula l'inutilità di considerare coperti dal segreto atti del cui contenuto l'indagato è a conoscenza (ad esempio per averi partecipato interrogatorio, confronto), il secondo, oggettivo, postula l'esigenza della caducità del segreto una volta venute meno le ragioni che l'hanno imposto: la chiusura della caducità del segreto preliminari dimostra che il p.m. ha fatto quanto di sua competenza per raccogliere gli elementi necessari per le determinazioni sull'esercizio dell'azione penale e la caduta del segreto significa pieno riconoscimento del diritto di difesa in precedenza compreso per esigenze dell'acceramento. Proprio per che finalizzato alla tutela delle indagini in corso il segreto non può diventare un intralcio allo svolgimento di esse e si risolve in una cautela cui il P.M. può motivadamente rinunciare”

Com respeito à individualização dos atos em segredo, ver também, no mesmo sentido: GUIDO NEPI MODONA. In GIOVANNI CONSO, VITTORIO GREVI. “*Profili del Nuovo Codice di Procedura Penale*”, CEDAM-Padova, 1996, págs. 374 e segs.

outro lado, quanto ao segredo da "Enquête" praticamente ninguém se contrapõe⁽⁹⁾.

Já no sistema espanhol, antes de mais nada cumpre esclarecer que, com relação à fase pré-processual quando considerado do ponto de vista do procedimento para delitos graves leva o nome de "Sumário", ao passo que quando considerado no âmbito do procedimento abreviado é chamado de "Diligências Prévias".

O Sumário tem desde logo a característica de secreto (arts. 301 e 302 LECrim), que possui uma dupla faceta. Em primeiro lugar as limitações com respeito a terceiros; e em segundo plano as limitações relativas às atuações das partes a efeito da defesa.

Por extensão e por disposição legal do art. 780, o instituto também é aplicável ao Procedimento Abreviado.

Segundo a doutrina, o procedimento em caráter secreto é realmente muito importante para as investigações preliminares realizadas, pois estas ficariam inteiramente comprometidas no caso em que fossem do conhecimento da defesa, e com maior razão se fossem do conhecimento geral.⁽¹⁰⁾

(9) JEAN PRADEL. *Procedure Penal*. Édition Cujas, 5^a ed 1990, pág. 318: "Selon l'article 11 alinéa 1, CPP, 'sauf dans les cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète'. On se bornera à signaler ici que les attaques dont l'article 11 fait aujourd'hui l'objet concernent l'instruction, non l'enquête que l'on s'accorde à soustraire secrète. Il y a deux raisons. C'est au cours de l'enquête qui il est procédé aux premières investigations quite, si elles étaient révélées, pourraient nuire à la recherche de la vérité. Et l'argument qui on oppose au secret de l'instruction à savoir l'hipocrisie consistant à maintenir secrets' des éléments déjà divulgués en fait, ne joue guère pour l'enquête".

(10) SOLEDAD CARZOLA PRIETO. In "La instrucción del sumario y las diligencias previas". *Escuela Judicial - Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998, págs. 196/197: "Indicábamos que otra excepción a la igualdad entre las partes del proceso era la relativa al secreto de las actuaciones que afectará a las acusaciones, si las hubiera, y a las defensas pero no al Ministerio Público en esta fase instructora (art. 302 y 789.4 insiso final LECrim) que remite en el procedimiento abreviado a las generales del 301 y 302 LECrim. Se ha perfilado en esta etapa un sistema en el que hasta que se abra el juicio oral está presidida por el secreto de las actuaciones sólo públicas para las partes personadas pero con la posibilidad excepcional de que el juez de instrucción de oficio a propuesta del fiscal, o de cualquier de las partes, pueda declararlo total o parcialmente secreto para todas las partes personadas". "Pero, junto a estas normas generales de actuación, es evidente que en una investigación y para que ésta logre sus fines, puede ser preciso que esto se realice a espaldas del imputado, posibilidad que ofrece el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que puede darse desde el inicio, puesto que en los momentos iniciales es cuando más necesaria puede ser la investigación sin conocimiento de los investigados para lograr éxito en la averiguación del hecho y personas responsables pero es necesario que se dicte la resolución declarando tal secreto, no cabe admitir la postura que considera implícita la declaración del secreto en los casos de intervención telefónica, sob pena, dice la sentencia 'de entender inútil y absurda nuestra ley procesal, pues la ley está para cumplirse y el adecuado juego de los arts. 118 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no deja otra opción que la obligatoriedad de su cumplimiento'".

Seria na verdade um critério desigual se a defesa pudesse tomar conhecimento do que se investiga, pois jamais revelaria à Polícia, ao Ministério Público e tampouco ao Juiz onde se encontram as evidências incriminadoras da pessoa investigada⁽¹¹⁾.

Pois bem. Com respeito ao sistema processual brasileiro, seguindo o mesmo raciocínio exposto, do qual evidentemente – e pelas mesmíssimas razões elencadas, nenhum sistema pode se afastar; há necessidade de se realizar a conciliação de dois dispositivos legais:

O artigo 20 do Código de Processo Penal estabelece:

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

Por outro lado, o artigo 7^o da Lei Federal n^o 8.906/94 diz: – São direitos do advogado:

"XIV – Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos".

É evidente que o dispositivo do Estatuto da OAB não revogou aquele referido do Código de Processo Penal, pois ambos coexistem perfeitamente. O que importa é interpretá-los corretamente.

Assim, há que se fazer a simples colocação:

São direitos do advogado: "Examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos"; desde que – a critério da autoridade responsável pelo inquérito ou Procedimento investigatório, o sigilo não seja necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

(11) MANUEL ORIELLES RAMOS. In *Derecho Jurisdiccional III - Proceso Penal*, J. M. Bosch Editor, 1996, págs. 124/125: "El procedimiento preliminar judicial es secreto. Esto se justifica según la exposición de motivos de LECrim – en la conveniencia de equilibrar las posiciones del responsable penal y del poder público en el conocimiento de los hechos. Aquél actúa clandestinamente y procuró ocultar rastros. Lógico es que el poder público se prevalga del secreto para evitar que sea conocida la orientación de la investigación y que se eliminen o falsifiquen los datos que ésta va alcanzando. Se ésta es la justificación es comprensible que LECrim aproxime el tratamiento del secreto del sumario (art. 301) al de las limitaciones al principio de contradicción en este procedimiento (art. 302). Pero éstas son, en realidad, materias distintas. La primera tiene que ver con las limitaciones a la publicidad frente a los terceros (y es una de las excepciones posibles a la regla general del art. 120.1 CE) mientras que la segunda afecta al conocimiento de las actuaciones por las partes a efectos de su defensa (y, en esa medida, al contenido de derechos reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE)".

A aplicação prática é evidente e indisputável: Imagine-se por exemplo a situação em que a autoridade policial solicita ao Juiz a expedição de Mandado de Prisão Temporária ou Busca e Apreensão, fazendo juntar cópia nos autos e aguardando a melhor oportunidade para a sua realização. Na hipótese de o advogado ter vistas dos autos torna-se iniludível o fato de que comunicará – já, por exemplo, por telefone, a pessoa sujeita à medida, frustrando de imediato aquela medida.

Assim, se a autoridade responsável pelo I.P. ou Procedimento Investigatório considerar que se o advogado obtiver vistas dos autos e puder tomar apontamentos isto poderá trazer prejuízos irreparáveis à atuação da Polícia e do Ministério Público, em evidente prejuízo ao Princípio da Busca da Verdade Real, poderá negar, em despacho fundamentado, vistas dos autos a qualquer advogado e a qualquer parte que possa porventura estar implicada na apuração.

A *contrarii sensu*, se a autoridade responsável pelo I.P. ou Procedimento Investigatório concluir que a eventual análise dos autos por parte do advogado não trará prejuízos irreparáveis à investigação, deverá, como previsto no EOAB, franquear os autos, deixando-os à disposição do advogado, inclusive sem procuração e inclusive para que possa, por sua conta, extrair cópias e realizar apontamentos.

Esta é portanto a única interpretação possível, em atenção aos princípios do Contraditório e Igualdade das Partes do qual decorre o de “Igualdade de Armas”, que, por outro lado, torna possível a aplicação de ambos os dispositivos em harmonia.