

**A PRESENÇA DO ADVOGADO EM ATOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, A
SUPREMA CORTE AMERICANA E A ABORDAGEM PELO DIREITO BRASILEIRO
SOBRE O *RIGHT TO COUNSEL***

**THE PRESENCE OF ATTORNEYS IN CRIMINAL INVESTIGATION, THE AMERICAN
SUPREME COURT AND THE APPROACH TO *RIGHT TO COUNSEL* BY BRAZILIAN
LAW**

Emerson Wendt¹
Renata Almeida da Costa²

RESUMO

O texto aborda as concepções das cortes superiores americana (*Supreme Court of The United States*) e brasileiras (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) quanto à participação de advogados durante a investigação criminal como forma de garantir direitos e garantias fundamentais aos investigados/acusados/indiciados em casos de crimes e a tendência relativizadora, da Suprema Corte norteamericana, quanto a esses direitos. Enfatiza, também, a legislação constitucional e infraconstitucional brasileira quanto ao assunto, fazendo a correlação entre as normas existentes e a compreensão evolutiva dos julgadores brasileiros, e a necessidade de haver mudança, previsão quanto a maior participação e/ou presença de advogados durante a formalização da investigação criminal.

Palavras-chave: Direito dos acusados/investigados. Investigação criminal. Participação do advogado.

ABSTRACT

The text discusses the conceptions of the American (*Supreme Court of The United States*) and Brazilian Supreme Courts (*Supremo Tribunal Federal* and *Superior Tribunal de Justiça*) regarding the participation of attorneys in criminal investigation as a means to guarantee the fundamental rights of those being investigated/accused/indicted for crimes and the American Supreme Court's tendency to relativization concerning these rights. It also emphasizes the Brazilian constitutional and infra-constitutional legislation regarding the issue, making the correlation between existing standards and the evolving understanding of Brazilian judges, and the need for change, forecast as increasing participation and/or presence of attorneys during the formalization of criminal investigation to be provided by law.

Keywords: Rights of the accused/investigated. Criminal investigation. Attorney participation.

¹ Mestrando em Direito e Sociedade (Unilasalle, Canoas-RS). Graduado em Direito - pela Universidade Federal de Santa Maria (1997). Pós-graduado em Direito pela URI-Frederico Westphalen. Delegado de Polícia Civil no RS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9475388941521093>.

² Doutora em Direito pela UNISINOS (2010), Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2002) e graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (1998). É professora do Centro Universitário La Salle – UNILASALLE, nos cursos de Direito e Mestrado em Direito, e, também, do UNIRITTER (integrante da rede Laureate International Universities). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8431378002523967>.

1 INTRODUÇÃO

A Suprema Corte americana tem, em sua riquíssima história, exarado decisões através de seus *Justices* que têm sido fundamentais para o contexto dos direitos humanos e fundamentais. Em especial, o período em que ela esteve sob a condução do *Chief Justice* Earl Warren (1953 a 1959), quando ficou conhecida pela atenção em prol dos direitos civis dos americanos e, principalmente, dos acusados em geral nos processos criminais e foi, segundo Moro (2001, p. 337), responsável por uma verdadeira revolução constitucional.

Nesse passo, o presente texto analisa a observância dos direitos dos acusados de crimes em geral, no que tange à presença do advogado e à efetivação do contraditório e da ampla defesa, nas decisões proferidas pelas cortes superiores de dois países democráticos americanos. Faz-se, para tanto, um recorte diametral: escolhe-se um país periférico em desenvolvimento, o Brasil; e outro, considerado potência econômica, com larga tradição constitucional: os Estados Unidos da América.

O início do estudo parte de um caso em que a matéria central é a ausência/presença do advogado durante os atos de investigação criminal. Para tanto, examina decisões da Suprema Corte americana, a partir da *Corte Warren* (1953 a 1969) e sua contribuição *em matéria de procedimentos penais dos acusados da prática de crimes*, com a tríade de decisões que começou com *Mapp v. Ohio* 367 U.S. 643, em 1961, depois com *Gideon v. Wainright* 372 U.S. 335, em 1963, e completada com *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436, em 1966. Estas duas últimas analisadas mais detalhadamente por terem relação (in)direta com o assunto do texto. Além disso, também examina uma das suas decisões recentes, simbolicamente mais restritiva de tais direitos.

O desenvolvimento do assunto recai, comparativamente, na análise do contexto brasileiro da presença do advogado nas investigações criminais, não só pelo aspecto normativo do direito ao contraditório em sua fase inicial (direito à informação), mas, principalmente, a partir dos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

Pretende-se, com isso, verificar a linearidade do pensamento garantista dos dois países, a fim de se comprovar ou não a efetivação do direito de defesa nos atos de investigação criminal.

2 DECISÕES DA SUPREMA CORTE AMERICANA, A PARTIR DA CORTE WARREN

2.1 O Caso Gideon V. Wainright 372 U.S. 335 (1963) e o Direito ao *right to counsel*

Com o caso Gideon v. Wainright, julgado pela Suprema Corte americana em 1963, restou unificada e pacificada a jurisprudência relativa ao direito a um advogado, ou seja, ao *right to counsel*, para o investigado como autor de crimes em geral.

Para entender as circunstâncias desse *leading case* americano (controvérsia submetida ao Poder Judiciário, cuja decisão passa a ser seguida por todos os órgãos judicantes), cumpre destacar que Clarence Earl Gideon³ foi acusado pelo Estado da Flórida por invasão de domicílio e condenado a cinco anos de prisão. Este estado permitia que os acusados de crimes que não fossem punidos com a pena capital (pena de morte) pudessem ser processados sem a presença de advogado. Assim, o aspecto relevante do caso recai na contestação do advogado de Gideon, que pediu a designação de defensor dativo, o que lhe foi negado pelo Estado da Flórida por *falta de previsão* (SOUTO, 2008).

A demanda judicial se estabeleceu a partir do recurso de Gideon à Suprema Corte da Flórida que, não vendo sua pretensão atendida, recorre à Suprema Corte dos Estados Unidos, alegando (a) a nulidade do julgamento de primeiro grau por falta de defesa técnica e (b) a contrariedade da lei estadual ao disposto no *Bill of Rights*.

A Suprema Corte americana acolheu a primeira pretensão do autor e, anulando o julgamento, também revogou seu antigo entendimento com o precedente judicial de 1942 (Betts v. Brady), determinando que o caso retornasse à Corte da Flórida.

Ressalta-se que, conforme Souto (2008), Gideon teve, durante a análise do seu caso perante a Suprema Corte, apoio de mais de duas dezenas de pessoas ou entidades, dentre as quais vinte e dois estados da Federação, todos propugnando que em qualquer ente da Federação o réu, em processo criminal, independente do crime, tivesse direito à assistência de um advogado.

³ O caso de Clarence Earl Gideon virou filme: Gideon's Trumpet. Diretor: Robert Collins. 2007. 1 (DVD). 104 min. Color. Acorn Media.

O *Justice* Hugo Black em sua *opinion*⁴ ponderou que: (a) a defesa técnica (por advogado) em tribunais criminais não é luxo, mas necessidade; (b) o direito a um advogado àqueles acusados de crimes é considerado fundamental e essencial para um julgamento justo; (c) o acusado de crimes tem direito a igualdade de tratamento perante a lei; (d) a 6ª Emenda⁵ estabelece, dentre outros, o direito do réu ter assistência de um advogado para sua defesa, e; (e) a 14ª Emenda⁶ estabelece a indispensabilidade da presença do advogado, sem a qual – a defesa – não poderia ser considerada completa e o julgamento razoável, equilibrado, de modo a assegurar o princípio da igualdade das partes.

Esse entendimento firmado foi então, repassado às cortes estaduais, embora já estivesse pacificado nas cortes federais (SOUTO, 2008).

Conforme Souto (2008) é importante destacar que em *Gideon v. Wainwright* ocorreu *overruling*, pois superou/revogou-se o entendimento até então prevalecente na Suprema Corte com o caso *Betts v. Brady*, caso que, aliás, foi considerado um anacronismo necessariamente revogável pelo *Justice* Black.

⁴ *Justice* e *opinion* são expressões do Inglês norteamericano, que podem ser entendidas como equivalentes, respectivamente, a *Ministro* e ao *voto* do Relator no STF no Brasil.

⁵ Redação da 6ª Emenda: Em todos os procedimentos criminais, o acusado terá o direito a um julgamento público e rápido, por um júri imparcial do Estado e do distrito onde o crime teria sido cometido, distrito que terá sido previamente determinado por lei, e de ser informado da natureza e da causa da acusação; de ser confrontado com as testemunhas da acusação; de fazer citar por todas as vias legais testemunhas a seu favor, e de ter assistência de um advogado para sua defesa.

⁶ Redação da 14ª Emenda: **Secção 1.** Todos os indivíduos nascidos ou naturalizados nos Estados Unidos, e submetidos à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado fará ou aplicará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, da liberdade ou da propriedade, sem o devido procedimento legal, nem negará a qualquer pessoa dentro da sua jurisdição a proteção equitativa das leis. **Secção 2.** Os representantes serão repartidos entre os diversos Estados, conforme as suas populações respectivas, calculadas pela totalidade das pessoas de cada Estado, excluindo os índios não submetidos a impostos. Mas, quando o direito de votar numa eleição para a escolha dos eleitores do Presidente e Vice-Presidente dos Estados Unidos, representantes no Congresso, funcionários do executivo e do judiciário de um Estado, ou dos membros da respectiva legislatura, é recusado a qualquer dos residentes masculinos desse Estado, com 21 anos de idade, ou cidadãos dos Estados Unidos, ou se tal direito é por qualquer meio restringido, exceto por participação em rebelião, ou outro crime, a base da representação desse Estado será reduzida na proporção em que o número desses cidadãos masculinos estiver para o número total de cidadãos masculinos desse Estado com mais de 21 anos. **Secção 3.** Não poderá ser um senador ou representante no Congresso, ou eleitor do Presidente e Vice-Presidente, ou exercer qualquer cargo, civil ou militar, sob a autoridade dos Estados Unidos, ou de qualquer Estado, alguém que, tendo-se previamente empenhado sob juramento, como membro do Congresso, ou como oficial dos Estados Unidos, ou como membro de qualquer legislatura estadual, ou como funcionário executivo ou judiciário de qualquer Estado, defender a Constituição dos Estados Unidos, participou de insurreição ou rebelião contra o mesmo, ou propiciou ajuda e assistência aos seus inimigos. Mas o Congresso poderá, pelo voto de dois terços de cada uma das Câmaras, remover esta incapacidade. **Secção 4.** A validade de dívida pública dos Estados Unidos, contraída por autorização legal, inclusive as dívidas contratadas para pagamento de pensões e prêmios por serviços prestados no combate de insurreição ou rebelião, não poderá ser colocada em questão. Mas nem os Estados Unidos, nem qualquer Estado, deverão reconhecer ou pagar qualquer dívida ou obrigação contraída como auxílio de insurreição ou rebelião contra os Estados Unidos, ou qualquer reivindicação pela perda ou emancipação de qualquer escravo; porém, todas essas dívidas, obrigações e reivindicações serão consideradas ilegais e nulas. **Secção 5.** O Congresso terá o poder de garantir, pela legislação adequada, a execução do previsto neste artigo.

Após o julgamento desse recurso prevaleceu, conforme Souto (2008), o devido processo legal, o direito à dignidade humana e ao julgamento justo, ampliando-se o leque de garantias de direito individual nos Estados Unidos, além de serem uniformizados os procedimentos.

2.2 O caso *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966) e os direitos de advertência aos investigados de crime

O caso *Miranda v. Arizona* tem extrema importância na história dos direitos dos acusados das práticas de crimes e “comple(men)ta” a chamada ‘trilogia’ ou tríade, já citada, da Corte Warren em matéria de procedimentos penais dos acusados de prática de crimes e seus respectivos direitos.

Neste caso, Ernesto Arturo Miranda foi preso por rapto e estupro e sua confissão foi assinada sem que tivesse sido cumprido o disposto na V Emenda⁷: (a) advertência em relação aos seus direitos; (b) possibilidade de permanecer em silêncio; (c) advertência sobre o fato de que tudo o que dissesse poderia ser utilizado contra ele próprio, e; (d) direito de manter contato com um advogado.

Segundo Souto (2008) a Suprema Corte entendeu que a promotoria não poderia usar as declarações prestadas pelo acusado a não ser que as salvaguardas previstas na Constituição tivessem sido respeitadas, especialmente a (não) auto-incriminação (*self-incrimination*).

Assim, a Corte estabeleceu um *código de conduta* (Souto, 2008, p. 131), que deveria nortear os inquéritos policiais no âmbito federal ou estadual americanos, sob pena de nulidade. Este *código* passou a ser conhecido por *Miranda Warnings* – ou Direitos Miranda – cujas recomendações consistiam em informar a toda e qualquer pessoa detida seus direitos constitucionais: (a) de permanecer em silêncio – *remain silent*; (b) que qualquer declaração emitida poderia ser usada contra ele próprio – *self-incrimination*, e; (c) a necessidade de ser informado do direito de contatar um advogado (JOBIM; REIS, 2013).

⁷ Redação da 5ª Emenda: Ninguém será chamado a responder por um crime capital, ou infamante, a menos que sob denúncia ou indiciamento oriundo de um grande júri, exceto em casos que se apresentem nas forças terrestres e navais, ou na milícia, quando chamadas a serviço ativo em tempo de guerra ou perigo público; ninguém poderá ser acusado duas vezes pelo mesmo crime com risco de perder a vida ou parte do corpo; ninguém será obrigado, em qualquer caso criminal, a testemunhar contra si mesmo, nem ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido procedimento legal; nenhuma propriedade privada será tomada para um uso público sem uma justa compensação.

Por estes dois casos, tem-se que *Miranda v. Arizona* contemplou a proteção aos acusados de crimes antes dos processos judiciais, ou seja, ainda na fase policial, no momento da investigação e/ou prisão; já o caso *Gideon v. Wainright* assentou direitos aos acusados em/durante o processo judicial, pois não poderiam(rão) ser julgados sem ter a assistência técnica de um advogado (*right to counsel*).

Com isso, tem-se que a necessária notificação, ainda na fase policial, de que o investigado, tem direito de contatar um advogado, deve estar clara e evidente no contexto formal da investigação criminal. De outra parte, também do ponto de vista tecnológico têm se comprovado o fato de lhe serem assegurados seus direitos e garantias, com, v.g., a filmagem das abordagens policiais e/ou interrogatórios na fase da investigação criminal.

2.3 O caso *Howes v. Fields*, 132 S. Ct. 1181 (2012) e o interrogatório sem presença de advogado

O caso *Howes v. Fields* é recente (2012) e representa uma distinção (*distinguish*, não modificando o entendimento anterior que, segundo Jobim (no prelo) se caracteriza como uma “forma de diferenciação de aplicação de precedentes e não se superação”) em relação aos entendimentos anteriores da Suprema Corte Americana. A “regra categórica” (*Categorical Rule*) criada pelo Sexto Circuito Federal – a qual estabelece que um interrogatório é, por si só, protegido (de acordo com os *Miranda Rules* ou Regras de Miranda, como também são conhecidas as necessárias advertências), quando um prisioneiro é interrogado em particular, sobre eventos que ocorrem fora da prisão – não segue precedente estabelecido pela Suprema Corte. Mais além, por uma votação de 6 a 3, a Corte julgou que mencionada regra estava errada.

Neste caso, réu Randall Lee Fields estava cumprindo pena em uma prisão de Michigan, local onde ele foi questionado pelos investigadores sobre suposto abuso sexual de crianças, casos sem relação com os crimes pelos quais ele foi preso e estava preso. Fields, para ser entrevistado, foi deslocado da população carcerária em geral para uma seção separada da instalação e colocado em uma sala de conferências com os investigadores que, no caso em específico, não leram para ele dos seus direitos (*Miranda Warnings*), mas, de outra parte, advertiram-no no início e em vários outros momentos durante a entrevista, que durou de cinco a sete horas, que ele estava livre para sair a qualquer momento e voltar para sua cela. Fields, na ocasião, também não foi algemado ou restringido em seus direitos, sendo que a porta da seção estava aberta, por vezes, e às vezes fechada. Segundo os dados do caso, em nenhum

momento durante a entrevista Fields indicou que queria voltar para sua cela. Ele, finalmente, confessou os crimes, e, somente no final da entrevista, teve de esperar vinte minutos, enquanto um guarda foi chamado para devolvê-lo à sua cela.

Neste caso, a Suprema Corte rejeitou a regra categórica da *Sixth Circuit Court of Appeals* sobre os *Miranda Warnings* quando o investigado está custodiado, concluindo que o encarceramento por si só não é "custódia" para fins dos chamados "Miranda Direitos". Ponderou a Corte que os "Miranda Direitos" relativos à custódia exigem uma análise sobre se com base nas circunstâncias objetivas uma pessoa se sentiria livre para terminar a entrevista e sair e se as limitações à circulação apresentam um ambiente coercivo. Assim, o tribunal observou três fatores de confinamento, que normalmente contribuem para um ambiente coercitivo, mas não se aplicam a uma pessoa que está na prisão provisoriamente ou cumpre pena de prisão. Para aquela Corte, um indivíduo preso, ao contrário de alguém segregado provisoriamente, não apresenta nenhum "choque" de custódia. Além disso, os indivíduos encarcerados (em oposição àqueles que aguardam julgamento) não são susceptíveis de ser atraídos para falar pela esperança de uma rápida libertação. Eles também sabem que os investigadores não podem afetar o comprimento de seu confinamento/prisão. Aplicando esses fatores aos fatos do caso, o tribunal considerou que Fields não estava sob custódia para fins de *Miranda Warnings*. Como afirmado pela Corte Suprema americana,

levando-se em conta todas as circunstâncias do questionamento, incluindo especialmente o fato indiscutível de que ao réu foi dito que ele estava livre para terminar o interrogatório e voltar para sua cela, temos que o acusado não estava sob custódia dentro o significado de *Miranda*.

Como se percebe, a Suprema Corte norte-americana destina tratamento jurídico diferente a pessoas custodiadas. Ou seja, considera prisão a detenção do corpo físico, representada por adereços (algemas, amarras, cadeados, fechaduras). Em contrapartida, o "estar na prisão", desde que exercido o "direito de locomoção" dentro do espaço do cárcere, não representa, para aquele órgão jurisdicional, uma limitação à autonomia individual e aos direitos civis. E mais, a observância do formalismo (ausência do emprego de estratégias para a contenção física da pessoa e o anúncio da informação de que é possível "sair da sala do interrogatório") legitima o ato de investigação. Dito de outro modo, com isso, restringe-se o emprego dos (direitos) "Miranda Warnings".

3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A PRESENÇA DE ADVOGADO NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

A partir do exame dos três casos julgados pela Corte norteamericana, pode-se dizer que, ao contrário do direito processual penal brasileiro, o estadunidense não prevê a figura do “indiciamento” tal qual o direito brasileiro (LOPES JR.; GLOECKNER, 2013, p. 464). Assim, nesse ponto concorda-se com o posicionamento de Lopes Jr. e Gloeckner (2013) que haveria uma equivalência entre a prisão no direito americano e o (ato de) indiciamento no Brasil, como marcos para estabelecimento/início de oferta de direitos e garantias aos envolvidos como investigados em delitos.

Dessa forma, restando ao sujeito passivo de uma investigação criminal a condição de investigado ou indiciado (após ato formal da autoridade policial), e entendendo-se que o inquérito policial não é *mero* procedimento informativo e, sim, componente de instrução penal, cumpre-se asseverar que lhe assiste a Constituição Federal (CF) e os demais atos legislativos, estando ele (investigado/indiciado) preso ou não.

Nesse mesmo sentido, tem-se o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, conhecido como a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao qual o Brasil aderiu por meio do Decreto n. 678/92. Essa norma internacional estabelece que toda pessoa detida tem o direito de ser informada sobre as razões de sua detenção (art. 7.4) e da(s) acusação(ões) que pesam contra ela. A regra, inclusive, enumera quais são as garantias judiciais. Dentre elas, destacam-se algumas aplicáveis à fase investigativa; v.g. no art. 8.2 que prevê a possibilidade de o acusado defender-se pessoalmente ou eleger um defensor para assisti-lo, além de entrevistar-se livremente e de forma reservada com seu defensor e ser defendido por um advogado “dado” pelo Estado quando não tenha condições de constituir e, caso não indique defensor, deverá ser-lhe nomeado um defensor dativo.

A despeito do que se entende nos Estados Unidos da América, a Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece que os direitos e garantias constitucionais e processuais dos suspeitos/investigados/indiciados são primordialmente voltados àqueles presos, embora não se afaste, de maneira alguma, a mesma garantia aos não presos.

Essas garantias estão previstas no art. 5º da CF. Já o inc. III do citado artigo prevê que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, compreendendo-se não só, em relação à investigação criminal, quanto ao interrogatório dos indiciados (presume-se a condição de indiciado quando de seu interrogatório, já que deve o ato de indiciamento ser motivado e dele constar as motivações do ato) tanto aos demais atos,

como quando do cumprimento de mandados de busca e apreensão e realização de diligências que envolvam a figura do investigado/indiciado. Na mesma esteira, diz o art. 5º, inc. XLIX, que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Nos casos de prisão em flagrante, o art. 5º, inc. LXII, da CF estabelece que “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”, ao passo que os próximos incisos complementam os direitos do preso, que “será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (LXIII) e que o mesmo “tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”.

Ademais, esses direitos e garantias constitucionais dos indiciados são discriminados na legislação ordinária. Ou seja, no Código de Processo Penal (CPP), pois determina seu art. 306 que: (a) “A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”; (b) “Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”, e; (c) “No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas”.

Conforme Lopes (2009), como se verifica, esses direitos estabelecem uma concepção clara de contraditório durante a investigação criminal, principalmente em seu primeiro momento, como direito à informação, porquanto de nenhum sujeito passivo pode ser retirado o direito ao silêncio, à comunicação de sua prisão à família ou pessoa por ele indicada, ao conhecimento dos fatos que motivaram sua prisão e quem a realizou e, ainda, o direito à assistência de advogado (nomeado ou dativo ou público – art. 289-A, §4º, e art. 306, §1º, ambos do Código de Processo Penal).

Quanto aos direitos dos investigados/indiciados em liberdade, há que se citar o art. 14 do CPP (*O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade*) como uma forma diminuta do contraditório na fase investigativa, porém no sentido de que os atos realizados pelo (advogado do) investigado são tidos como “provas defensivas” (COSTA apud LOPES, 2009, p. 99). É lógico que essa liberalidade do art. 14 do CPP também se aplica ao indiciado preso.

Não é objetivo deste artigo abordar questões quanto ao sigilo/publicidade na investigação criminal, embora esse assunto tenha reflexo nos direitos e garantias dos

investigados/indiciados. No entanto, outro aspecto merece destaque: o direito à informação e o contraditório, mesmo diminuto, àqueles “indivíduos sobre os quais recaem indícios de autoria do crime, por possuírem interesse na defesa e não serem submetidos a um processo criminal” porquanto mesmo na condição ainda de não indiciados e na perspectiva de virem a sê-lo, podem e devem exercitar seu direito à informação e, conseqüentemente, à defesa (LOPES, 2009, p. 99).

Finalizando esta análise quanto ao direito brasileiro, necessária é a abordagem sob à ótica do defensor, porquanto não só a CF (art. 133: *O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*) mas, principalmente, a Lei 8.906/94 estabelece garantias importantes à atividade profissional do advogado que se aplicam à fase investigativa, dentre elas: (a) 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 – art. 7º, III; (b) ingressar livremente nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares – art. 7º, VI, b; e, (c) 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 – art. 7º, XIV.

4 DECISÕES JUDICIAIS NO BRASIL SOBRE A PRESENÇA/AUSÊNCIA DE ADVOGADO NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

Tal qual nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte brasileira tem o condão de uniformizar entendimentos e procedimentos judiciais e jurisprudenciais. Assim, em que pese o Código de Processo Penal pátrio não realizar, de forma taxativa, a previsibilidade da participação do advogado nos atos de inquérito policial, decisões a esse respeito prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça têm afirmado a necessidade da observância de garantias constitucionais no rito processual penal.

Matéria comum no dia-a-dia das investigações criminais é o da observância ou não do sigilo no momento investigativo, tal qual nas interceptações telefônicas e telemáticas, por exemplo. Nesses casos, é evidente a limitação de acesso ao investigado/indiciado e seu defensor, sob o argumento de que a medida investigativa poderia restar infrutífera. A

observância da garantia constitucional do contraditório e também da ampla defesa encontraria na limitação temporal do exercício dessa forma de investigação uma maneira de efetivação. Dito em outras palavras, o sigilo seria mantido até que a medida investigativa fosse concretizada, ou seja, após a defesa ter direito à informação, exercitando-se assim o “controle diferido dos atos executados” (LOPES, 2009, p. 117).

Nesse sentido, referencial é a decisão constante do Habeas Corpus - HC 82.354 (2004), a partir da qual o STF adota o seguinte raciocínio:

EMENTA: I. Habeas corpus: Cabimento. Cerceamento de defesa no inquérito policial. Inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial

1. O cerceamento da atuação permitida à defesa do indiciado no inquérito policial poderá refletir-se em prejuízo de sua defesa no processo e, em tese, redundar em condenação a pena privativa de liberdade ou na mensuração desta: a circunstância é bastante para admitir-se o habeas corpus a fim de fazer respeitar as prerrogativas da defesa e, indiretamente, obviar prejuízo que, do cerceamento delas, possa advir indevidamente à liberdade de locomoção do paciente.

2. Não importa que, neste caso, a impetração se dirija contra decisões que denegaram mandado de segurança requerido, com a mesma pretensão, não em favor do paciente, mas dos seus advogados constituídos: o mesmo constrangimento ao exercício da defesa pode substantivar violação à prerrogativa profissional do advogado — como tal, questionável mediante mandado de segurança — e ameaça, posto que mediata, à liberdade do indiciado - por isso legitimado a figurar como paciente no habeas corpus voltado a fazer cessar a restrição à atividade dos seus defensores.

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

1. Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais 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.

2. Do plexo de direitos dos 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 outorgada pelo Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV), da qual — ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas — não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

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

4. O direito do indiciado, por seu advogado, tem por objeto as informações já introduzidas nos autos do inquérito, não as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências em curso (cf. Lei nº 9.296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); dispõe, em conseqüência a autoridade policial de meios legítimos para obviar inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório.

5. Habeas corpus deferido para que aos advogados constituídos pelo paciente se faculte a consulta aos autos do inquérito policial, antes da data designada para a sua inquirição. (HC nº 82.354-8/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.08.04, v.u., DJU 24.09.04, p. 42, nº 782).

Embora possa parecer incoerente – e vários autores destacam isso – e contraditória a decisão, por entender que não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial, a decisão ao mesmo tempo reconhece direitos fundamentais como a possibilidade de o investigado se fazer defender por advogado (LOPES, 2009).

Decisão complementar, foi a proferida pelo STF no HC 92.331 (2008), em voto do Min. Marco Aurélio, que, conforme Lopes (2009, p. 118),

apesar de ser possível o sigilo com relação a investigações que estejam em andamento, a partir do momento em que se marca o interrogatório dos investigados, se torna indispensável o acesso da defesa aos autos do inquérito policial, sob pena de ferir de morte o princípio do devido processo legal.

Na mesma direção de Lopes (2009) e Lopes Jr. e Gloeckner (2013), ao afirmarem que, em que pese a má compreensão de conceitos da decisão para não reconhecer a aplicação do contraditório e do direito à defesa no inquérito, representou um grande avanço quanto ao assunto. Após isso, em 2009, o STF edita a Súmula Vinculante 14, estabelecendo garantias de acesso do advogado aos autos do inquérito policial:

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.

Destarte, como se percebe desses posicionamentos do STF, tem a Corte brasileira mantido entendimento, parametrizando o sigilo da investigação com o direito ao contraditório na investigação criminal, firmado através da Súmula Vinculante 14, entendido este na sua fase inicial, ou seja, como direito à informação (*ter acesso amplo aos elementos de prova*). Assim neste contexto a decisão abrangendo o inquérito policial e direito ao contraditório, no Inq. 2.266 (DJe 13.3.2012), que teve como relator o Min. Gilmar Mendes:

O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade.

Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente - sequer de forma concomitante - os fundamentos da medida que lhe

restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão.

Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório.

Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal.

Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado (grifos nossos).

Essa distinção da nossa corte superior em relação à Súmula Vinculante 14 se repete em outra decisão, monocrática, da Ministra Rosa Weber, nos autos da Rcl 10.149 (DJe 29.02.2012), na qual analisa o acesso solicitado aos dados de testemunha protegida:

Restou esclarecido nos autos que **o fundado temor das testemunhas de acusação sofrerem atentados ou represálias é que ensejou o sigilo de seus dados qualificativos.** Inobstante, consignado também que a identificação das testemunhas protegidas fica anotada em separado, fora dos autos, com acesso exclusivo ao magistrado, promotor de justiça e advogados de defesa, a afastar qualquer prejuízo ao acusado.

Não bastasse, a magistrada de primeiro grau ressaltou que o acesso a tais dados já fora franqueado ao Reclamante, possibilitando-lhe identificar, a qualquer tempo, as testemunhas protegidas no referido arquivo, com o que resguardado o exercício do postulado constitucional da ampla defesa.

Portanto, **não há, nos autos da presente reclamação, substrato fático ou jurídico capaz de atrair a incidência do enunciado da Súmula Vinculante nº 14,** diante do acesso do Reclamante às informações referentes às testemunhas de acusação (grifos nossos).

Essa relativização, por assim dizer, ou, de outro ponto de vista, uma distinção quanto ao tema da Súmula Vinculante 14, é também abordada pelo STF em relação às diligências, na fase da investigação, (não) concluídas, formatando entendimento uníssono de que quanto às ainda não conclusas não haveria possibilidade de acesso por parte da defesa. Nesse sentido:

- HC 94.387 ED (DJe 21.5.2010) - Relator Ministro Ricardo Lewandowski - Primeira

Turma:

Em face do exposto, acolho os presentes embargos tão somente para esclarecer, com base, inclusive, na Súmula Vinculante 14 do STF, que o alcance da ordem concedida refere-se ao direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, **não abrangendo, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias pendentes,** em especial as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos (grifo nosso).

- Rcl 13.642 MC (DJe 25.5.2012) - Relator Ministro Gilmar Mendes - Decisão

Monocrática:

Consoante se depreende das informações prestadas pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal do Foro da Comarca de Alvorada/RS, **os reclamantes tiveram amplo acesso aos elementos já devidamente formalizados nos autos do procedimento, com a ressalva das medidas de interceptação telefônica em curso, o que, a princípio, não implica violação ao enunciado da Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal.**

Assim, ao menos em uma análise preliminar, entendo não configurado o necessário requisito do *fumus boni iuris*, porquanto este Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o advogado regularmente constituído tem, de fato, o direito de pleno acesso aos autos de persecução penal, ainda que em regime de sigilo; contudo, tal prerrogativa não inclui as informações e providências investigatórias ainda em curso [...] (grifo nosso).

- HC 113.548 MC (DJe 18.5.2012) - Relator Ministro Celso de Mello - Decisão

Monocrática:

O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, é impedir que o investigado (ou o réu, quando for o caso) tenha pleno acesso aos dados probatórios, que, já documentados nos autos (porque a estes formalmente incorporados), veiculem informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada ou processada pelo Estado, não obstante o regime de sigilo excepcionalmente imposto ao procedimento de persecução penal ou de investigação estatal.

Tenho enfatizado, nesta Suprema Corte, em inúmeras decisões, que o fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera da persecução instaurada pelo Poder Público, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de investigação [...].

Finalmente, embora do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a decisão no HC 107285 (2011), relatado pela Ministra Laurita Vaz, consubstancia o reconhecimento de um direito de (o investigado/indiciado) não produzir prova contra si, devendo ser alertado pela autoridade policial quanto a essa circunstância. Neste caso, o STJ anulou condenação pelo crime de falsidade ideológica baseado no fato de que a autoridade policial deixou de informar claramente à investigada quanto ao seu direito de não incriminação (*self incrimination*) quando da colheita de material gráfico para realização de perícia. Retrata assim, a decisão, um dos aspectos pontuados pelos *Miranda warnings*, que, ao nosso ver, deveriam ser avaliados em conjunto com os demais aspectos das advertências, principalmente quanto à possibilidade de contatar/se consultar com um advogado.

5 CONCLUSÕES

A análise dos três casos decididos pela Suprema Corte norteamericana em comparação aos julgados proferidos pelas cortes superiores brasileiras possibilitou evidenciar, em uma linha do tempo iniciada nos anos sessenta do século passado, a evolução do entendimento jurisprudencial dos dois países quanto aos direitos dos acusados de crimes em geral. Ademais, destacou-se que no final daquela década, esses direitos foram previstos no Pacto de San Jose da Costa Rica e, além da Constituição Federal de 1988, constam inseridos no ordenamento jurídico brasileiro.

De outra parte, percebeu-se que atualmente há uma relativização de determinados direitos, a começar pela própria Corte americana, que já em 1984, em *New York v. Quarles*, criou exceção aos *Miranda Warnings* nos casos em que a segurança pública exigir (*public safety exception*), “profilaticamente, a ausência de advertência sobre os direitos do acusado, ela não precisa ser concedida” (LOPES JR. e GLOECKNER, 2013, p. 466). Em *Colorado v. Connely*, em 1986, admitiu-se que o interrogado abrisse mão voluntariamente do direito de permanecer calado. Em *Salinas v. Texas* (2013), a corte entendeu que quando o requerente ainda não tenha sido colocado sob custódia, ou não tenha recebido as advertências constitucionais – “*Miranda Rights*”, e, mesmo assim, tenha respondido voluntariamente a algumas perguntas feitas pela polícia sobre um assassinato, o uso, pelo promotor de justiça, do silêncio do réu como evidência de sua culpa durante sessão do tribunal do júri, não viola a Emenda Constitucional n.º 5 porque o requerente não invocou expressamente seu privilégio de não se incriminar em resposta à pergunta do oficial.

Especificamente quanto ao tema central deste artigo (a presença de defensor na fase investigativa), observou-se que a corte americana, em *Flórida v. Powell* (2010), entendeu que suspeitos criminais têm o direito de ter um advogado presente durante um interrogatório policial e os policiais são obrigados a informar os suspeitos desse direito (*Miranda Warnings*). Neste caso, os policiais disseram ao suspeito que ele tinha o direito de falar com um advogado antes de responder qualquer pergunta e também o direito de usar esse direito a qualquer momento durante a entrevista. A Corte Suprema considerou então que, apesar do aviso não ter mencionado especificamente o direito de ter um advogado presente durante o interrogatório (em oposição ao direito de falar com o advogado antes do questionário), o aviso, no entanto, era constitucional porque transmitia ao suspeito a informação de que ele tinha o direito a ter um advogado presente.

Em outra decisão, em 2010, em *Maryland v. Shatzer*, verificou-se que a Suprema Corte americana entendeu que a polícia ao prender um suspeito, deve mencionar os direitos do suspeito (*Miranda Warnings*), os quais incluem o direito a um advogado e o direito de permanecer em silêncio. Uma vez que o suspeito solicita um advogado, a polícia não pode questioná-lo novamente até um advogado se faça presente, mesmo se o suspeito renuncie a esse direito mais tarde. Neste caso, enfatizou-se que a Corte americana decidiu que, se um suspeito for liberado da prisão por pelo menos 14 dias contados desde a última vez em que foi requerida a presença de um advogado, a polícia pode retomar o questionário caso haja a renúncia de tal direito. Em relação à prisão, a polícia pode retomar o questionário uma vez que o suspeito tenha sido detido na prisão por 14 dias.

Corroborando essa tendência da Corte americana em avaliar, caso a caso, a violação ou não dos direitos dos acusados de crimes, o importante caso analisado de *Howes v. Fields*, serviu para demarcar o que lá é considerado a legalidade de um interrogatório (na fase investigativa) sem a presença de advogado e com confissão do acusado.

Em contrapartida, com o exame das decisões das cortes superiores brasileiras, buscou-se evidenciar a efetivação das regras e dos princípios constitucionais que fundam o processo acusatório, no qual a publicidade dos atos processuais, o contraditório e a ampla defesa são o seu alicerce.

Assim, percebeu-se que a participação de advogados, que já na fase da investigação criminal buscarão exercitar o contraditório, não só quanto ao direito à informação, mas também quanto à participação em atos periciais e solicitando a realização de diligências, é, para além de garantia constitucional, atividade também considerada essencial à Justiça.

Nesse contexto, salientou-se, uma necessária evolução do direito brasileiro quanto à participação da defesa (técnica, do advogado) durante a investigação criminal, porquanto o CPP é omissivo quanto à necessidade de notificação da defesa quanto a determinados atos. Entendeu-se, por fim, que a participação da defesa na fase instrutória inicial da persecução penal, quando ainda não há lide penal instaurada, é uma forma (e será) de fortalecer, de dar transparência e credibilidade à investigação criminal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Último acesso em: 28 jul. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Último acesso em: 28 jul. 2014.

BRASIL. **Decreto nº 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Último acesso em: 28 jul. 2014.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix; REIS, Maurício Martins. O direito de permanecer em silêncio: *Miranda v. Arizona*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 11, p. 1-15, 2013.

JOBIM, Marco Félix. **A técnica da *distinguish* a partir da análise do caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*** No prelo.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de Informação e de Defesa na Investigação Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-99. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORO, Fernando Sérgio. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. **Revista da Faculdade de Direito da UFPF**, v. 36, p. 337-356, 2001.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial. Uma análise jurídica e prática da fase pré-processual**. Campinas: Millenium, 2012.

SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 3-63.

SOUZA, João Henrique Gomes de. Das nulidades à “fruit of the poisonous tree doctrine”. **Revista da Ordem dos Advogados** (Portugal), Ano 66, Setembro 2006, pags. 703 e segs.

SUPREME COURT. **Howes v. Fields**, 132 S. Ct. 1181. 2012. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/10-680.pdf>>. Último acesso em: 28 jul. 2014.

VILE, John R. **Essential Supreme Courts decisions**: summaries of leading cases in U.S. constitutional Law. 15th ed. Maryland: The Rowman & Littlefield Publishers, 2010.