

**PROPOSIÇÃO: AJUIZAMENTO PERANTE O SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL DE PEDIDO DE EDIÇÃO
DE SÚMULA VINCULANTE**

**AUTOR: CONSELHEIRO FEDERAL ALBERTO ZACARIAS TURON -
SECRETÁRIO-GERAL ADJUNTO DA OAB NACIONAL**

**REVISOR: CONSELHEIRO FEDERAL ORESTES MUNIZ FILHO –
RONDÔNIA**

O ilustre Secretário Geral-Adjunto do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresenta proposição ao Conselho Federal para que seja ajuizado perante o Supremo Tribunal Federal, pedido de edição de súmula vinculante sobre as reiteradas decisões da Excelsa Corte, cujas decisões têm o condão de viabilizar o trabalho do advogado e permitir o exercício de defesa no que é concernente ao exame de autos de procedimentos investigatórios.

Fundamenta a sua proposição no “verdadeiro calvário por que passam os advogados quando pretendem examinar autos de inquérito policial ou dos famigerados procedimentos criminais diversos”.

Aduz ainda que, pela incomum reiteração dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, o qual vem concedendo liminares em “*habeas corpus*” para viabilizar o trabalho do advogado e permitir o exercício da defesa, é necessário a OAB promover a medida em defesa da advocacia.

Reitera que, em tal contexto, a edição da súmula vinculante por parte do STF permitiria que o advogado, sem percorrer os diferentes graus de jurisdição, pudesse com a rapidez desejada obter a tutela para examinar os autos do procedimento investigatório. Mais do que isso, põe termo a atitude de juízes de primeiro grau e Tribunais Regionais de desrespeitarem as prerrogativas profissionais dos advogados, além da própria orientação do Supremo.

A matéria iniciou a sua discussão na sessão do Conselho do dia 07 de abril e fui designado revisor da matéria.

É o breve relatório.

V O T O

A presente proposição foi colada em apreciação na Sessão do dia 07 de abril próximo passado. Naquela oportunidade, argüiu-se, preliminarmente, o não-conhecimento da matéria, por ter este Egrégio Conselho se posicionado contra o instituto da súmula vinculante.

Em razão dessa argüição, tentarei enfrentar a questão quanto ao conhecimento da matéria.

O Estatuto da Advocacia e da OAB, bem como o Regulamento Geral do Estatuto não dispõem especificamente sobre a tramitação deste tipo de proposição. Logo, numa primeira análise, entendo que deva ser aplicada a regra geral.

A reforma do Poder Judiciário, veiculada pela Emenda Constitucional n.45/2004, introduziu no texto da Constituição da República o art.103A , dispondo que o Supremo Tribunal Federal poderá editar súmula vinculante. E, no inciso I do mesmo artigo, indicou que são legitimados para propor ação com vista à edição da referida súmula os mesmos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade.

Por sua vez, o art.103,VII, da Constituição da República dispõe sobre a legitimação do Conselho Federal da OAB para propor ação de inconstitucionalidade.

O objeto veiculado na presente proposição possui, no que se refere à sua tramitação processual, a mesma competência e legitimação de que trata a ação de inconstitucionalidade. Por outro lado, na análise por este Egrégio Conselho de proposta para ajuizamento de ação de descumprimento de preceito fundamental, cuja ADin foi ajuizada em 16.06.2000, houve por bem tramitá-la nos moldes da ADin. Assim, por entender que em razão da identidade de algumas situações, nesta hipótese, é possível apreciar a matéria com a máxima amplitude, nos mesmos moldes da ADin.

Partindo da premissa de que não existe norma específica que trata da tramitação no Conselho Federal de pedido de edição de súmula vinculante, acredito estarmos autorizados pela hermenêutica e através de um dos meios de integração das normas jurídicas, para, suprindo a lacuna da lei, usar a analogia e aplicar ao caso as mesmas regras que regem as propostas de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade no Conselho Federal previstas no art.82 do Regulamento Geral.

A matéria veio à apreciação deste Conselho por meio de um dos integrantes da Diretoria. E não existem outras situações previstas que possam condicionar a sua apreciação.

O art.75 do Regulamento Geral estabelece que “Compete ao Conselho Pleno deliberar, em caráter nacional, sobre propostas e indicações relacionadas às finalidades institucionais da OAB (art. 44, I, do Estatuto) e sobre as demais atribuições previstas no art. 54 do Estatuto, respeitadas as competências privativas dos demais órgãos deliberativos do Conselho Federal, fixadas neste Regulamento Geral...”

Por sua vez, o art.44 do Estatuto da Advocacia e da OAB, dispõe: “A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e **pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça** e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – **promover, com exclusividade, a representação, a defesa**, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.”

Consoante se vê, a OAB tem o dever institucional de promover a defesa da advocacia e pugnar pela boa aplicação das leis e pela rápida administração da justiça.

Em análise meramente formal quanto à tramitação da proposição, não vejo como lhe negar seguimento, uma vez que esta possui amparo legal quanto ao conhecimento. E os fundamentos aduzidos são de tal natureza relevantes que não se pode privar os Conselheiros Federais de discutirem tão importante matéria.

Outro aspecto que precisa ser esclarecido é que uma das teses argüidas sobre o não-conhecimento da matéria estaria no fato de ter a Ordem dos Advogados do Brasil adotado posicionamento firme contra a súmula vinculante.

Quanto a este ponto, não vejo como tolher o direito dos eminentes Conselheiros de discutirem o mérito da proposição fulminando-a com o não-conhecimento, pois este Conselho, em data de 16 de junho de 2000, ajuizou ADin contra a Lei n.9.882/99, que trata da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹

E, em data de 10 de novembro de 2001, pendente de julgamento a ADin noticiada, o Conselho Federal da OAB ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental em relação a Lei Complementar n.101/2000, que trata da Responsabilidade Fiscal, mencionando que, apesar de ter impugnado a lei que trata da ADPF, esta “...**continua a produzir efeitos...**”²

E não é incoerência, em determinadas circunstâncias, mudar de posição. Muito pelo contrário. Na prática democrática, revela espírito público aberto ao debate aceitar novos fundamentos. O Direito é dinâmico e nós devemos ser agentes das mudanças.

E, no caso, está presente a discussão quanto à garantia do devido processo legal e a defesa das prerrogativas dos advogados que é instrumento para a efetivação das garantias constitucionais do devido processo legal e do amplo direito de defesa.

Em que pese a posição da OAB num determinado momento ter sido contrária à introdução na legislação pátria da súmula vinculante, o Poder Legislativo decidiu, em quorum qualificado, criar tal instituto. E diga-se de passagem, que a votação da Emenda Constitucional n.45 teve quorum além do exigido para emendas. Portanto, a súmula vinculante é norma constitucional e está a produzir efeitos concretos.

¹ ADPF n° 24-6 - STF

² ADin Contra ADPF n° 2231 - STF

Se a Ordem dos Advogados do Brasil decidir propor ao Supremo Tribunal Federal a edição de súmula vinculante em defesa do devido processo legal e das prerrogativas dos advogados, não estará praticando nenhum ato censurável, sob nenhum aspecto, muito pelo contrário, estará demonstrando acatamento a posições e opiniões divergentes e respeitando, embora tendo discordado, a decisão emanada do órgão legislativo, legitimamente constituído.

A Emenda Constitucional n.45 é legal e legítima. Nenhum dos legitimados propôs, até o momento, qualquer medida contra sua constitucionalidade e sua legitimidade. A súmula vinculante introduzida no texto constitucional por meio da referida emenda passou a fazer parte do ordenamento jurídico pátrio. Se boa ou ruim, só o tempo é quem dirá.

E quanto à súmula vinculante ser instrumento apenas de nações que integram a família da "*Common Law*" e que por isso o Brasil não poderia adotá-la, este tema hoje está superado. É que países como o Brasil, que fazem parte da família jurídica Romano-Germânica, como a Alemanha, a Áustria e mesmo Portugal, já passaram a adotar uma espécie de súmula vinculante.

Em Portugal, "iniciou-se desde a sua primitiva construção pela Casa de Suplicação, nos tempos do império, como elemento balizador da jurisprudência, perdurando com modificações no ordenamento lusitano até a reforma processual de 1995 que os revogou." ³ Era denominado de "assentos", instituto similar à Súmula vinculante.

³ Pinheiro Neto, Francisco Miranda. Um estudo acerca da utilização da súmula vinculante no Direito Brasileiro, R 2 Direito, www.r2learning.com.br

Na Alemanha, “o efeito vinculante é dirigido, vincula e cria uma ligadura, uma imposição de observância e respeito em relação aos Tribunais e autoridades da Federação e dos Lander – de união os diferentes Estados”. , conforme disposto no parágrafo 31, alínea I, da Lei do Tribunal constitucional. Constata-se que o efeito vinculante é outorgado por força de lei e não da Constituição.

René David, ao tratar da importância dos precedentes, explicita que o reconhecimento da autoridade do precedente depende muitas vezes da Constituição ou de apenas uma norma infraconstitucional, mas que eles exercem papel criador de direito.⁴

Esses pequenos enxertos no Direito comparado quanto ao instituto da súmula vinculante nos transmite a idéia de que o assunto não pode ser tratado como um anátema, impedindo a possibilidade de os Conselheiros Federais discutirem matéria de transcendental importância para a advocacia sob o pretexto de que outrora fomos contra a instituição do instituto.

O fato é que, de tudo que até aqui foi exposto, não consigo visualizar impedimento de ordem jurídica, ética e nem contrariedade a qualquer princípio defendido pela OAB que impeça e proíba os Conselheiros de conhecer e discutir o mérito da proposta do ilustre conselheiro Toron.

Portanto, voto pelo conhecimento.

⁴ **108. Precedentes obrigatórios.** Contrariamente ao que em geral é admitido, pode excepcionalmente fazer-se com que, num dado país, se torne obrigatório para os jurizes seguirem determinado precedente, ou linha de precedentes.

A autoridade do precedente liga-se, assim, na Alemanha Federal, às decisões do Tribunal Federal de Justiça Constitucional, que são, por esta razão, publicadas no jornal oficial federal (*Bundesgesetzblatt*). Ela se liga, na Argentina e na Colômbia, às decisões do Supremo Tribunal proferidas em matéria constitucional e, na Suíça, os tribunais cantonais estão igualmente vinculados pela decisão do Tribunal Federal, quando este tenha declarado inconstitucional uma lei cantonal. A autoridade do precedente é reconhecida em Portugal às decisões (*assentos*) proferidas pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal de Justiça, logo que tenham sido publicadas no jornal oficial (*Diário da República*) e no Boletim do Ministério da Justiça; ela é reconhecida na Argentina às decisões do Supremo Tribunal, quando este é obrigado a pronunciar-se pela via dum recurso extraordinário; ela é igualmente reconhecida, pelo menos no que concerne às jurisdições inferiores, às decisões de unificação que podem proferir, em condições especiais, na Turquia, o Tribunal de Cassação ou o Conselho de Estado.

QUANTO AO MÉRITO

A proposição põe em relevo matéria da mais alta significação para o exercício da advocacia. Expõe tese jurídica que reaviva a discussão de instituto que trata do princípio que assegura o direito ao devido processo legal.

Os acórdãos da Suprema Corte, tomados como paradigmas para fundamentar a proposição, estão todos fulcrados em dispositivos constitucionais e na Lei n.8.204/94, que é o Estatuto da Advocacia e da OAB.

Extrai-se da proposta que o Autor suplica à Ordem dos Advogados do Brasil, que, ao invés de fechar os olhos para uma questão crucial que é o acesso dos advogados das partes aos inquéritos que correm em segredo, sob o pálio fundamento de que outrora fomos contra a súmula vinculante, enfrente a questão do desrespeito às prerrogativas dos advogados e da negativa de vigência à cláusula do devido processo legal, para ir buscar socorro diretamente no Supremo Tribunal Federal, onde, comprovadamente, temos tido sucesso em fazer com que juízes de primeira instância e delegados de polícia cumpram o estatuto da advocacia, respeitem as prerrogativas dos advogados e façam vivas as normas constitucionais.

O Conselheiro Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, no encontro em Curitiba, a propósito das prerrogativas, incitou todos a reagirem contra o desrespeito, aduzindo que **"...Trata-se de reclamar, exigir uma paridade que nos é constitucional. Enquanto não pensarmos assim e não fizermos isto valer (a constituição), de pingo em pingo, de notícia em notícia, nós, os advogados, vamos acabar como na China antiga, banidos..."**.⁵

⁵ Coutinho, Jacinto Neto de Miranda, IN: Anais do Encontro Brasileiro – Prerrogativa dos Advogados, OAB/Paraná, p. 58.

O que se está em discussão, muito mais do que a simples questão entre ser a favor ou contra a súmula vinculante, é se a Ordem, em defesa da garantia do devido processo legal, interpretando as prerrogativas dos advogados como garantias para dar efetividade à norma constitucional, deve pedir a edição de uma súmula vinculante ao Supremo.

Um dos fundamentos contidos na proposição é quanto à demora na prestação jurisdicional ocasionada pelas decisões de primeiro grau que impeçam o advogado de ter acesso ao inquérito que tramita em segredo. O que está ocorrendo em vários casos de investigação criminal é que o delegado impede o advogado, devidamente constituído, de ter acesso ao procedimento investigatório. O advogado manuseia pedido ao juiz. Este indefere após a oitiva do Ministério Público e aí, novo pedido do advogado ao Tribunal de segunda instância competente. Às vezes é negado. E assim, a polícia continua a investigação, pessoas continuam sendo ouvidas e o advogado não tendo o acesso devido.

Com o objetivo de analisar esta situação, procurei levantar, no âmbito do Poder Judiciário, alguns processos em que houve decisões que negaram o acesso a inquéritos cobertos pelo sigilo. Encontrei dados sobre o chamado "calvário" dos advogados para conseguir ver respeitadas as suas prerrogativas, que, no caso, nada mais é do que o cumprimento da garantia constitucional do devido processo legal e do amplo direito de defesa, como tem reconhecido o Supremo.

Do levantamento, anotei algumas situações que servem de exemplo para o caso. Vejamos:

a)No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.12.516 contra ato do juízo federal da 1ª.Vara Criminal de Foz do Iguaçu. O juiz negou. Impetrou-se medida no TRF da 4ª.Região, que também negou. Manuseou-se nova medida no STJ, que, por sua vez, também negou. E somente no Supremo Tribunal Federal o advogado conseguiu o deferimento de um mandado de segurança para ter acesso às peças do inquérito.

b)No Mandado de Segurança n.2004.01.00.042138-0 de Goiás, O delegado da Polícia Federal alegou que não poderia dar acesso a peças do inquérito. O juiz federal negou. O advogado precisou ajuizar mandado de segurança perante o TRF para conseguir acesso. Portanto, somente no TRF, após 120 dias de muita dedicação e trabalho, conseguiu-se fazer valer as prerrogativas e a garantia constitucional.

c)No Mandado de Segurança n.2006.01.00.020299-9, originário da Bahia, contra o juiz federal da Subseção Judiciária de Barreiras-BA, em 28 de abril, foi impedido de ter acesso por ato do juiz e só foi conseguida a liminar no mandado de segurança em 09 de junho de 2006, portanto após quatro meses de muita luta e dissabores.

d)No "*Hábeas Corpus*" n.2005.01.00.060079-2/DF, impetrado pelo Dr.Délio Lins e Silva, contra ato do juiz federal da 10ª.Vara do Distrito Federal, a liminar só foi deferida após longa batalha em que se pediu informações.

e)Catalogados, apenas a título de exemplo, casos do Maranhão, enfrentados pelo colega Ademar Riqueira Neto, que foi Presidente da Comissão de Prerrogativas deste Conselho no MS.43.470.

f)Também caso análogo é o de Mato Grosso no MS.3.403.

g)Do Pará, no HC n.48.293.

h)De Rondônia, o delegado da P.F. indeferiu o Requerimento. Foi requerido ao juiz federal que, após ouvir o M. Público, indeferiu. Conseguiu-se no T.R.F.da 1ª R. no HC.057802-0/RO, após 120 dias.

São inúmeros os casos em quase todos os Estados. São ocorrências em todo o Brasil e que precisam de uma posição firme da Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de se configurar grave omissão da Ordem em defesa da ordem jurídica.

Sobral Pinto, advogado que honrou a advocacia, para assegurar a dignidade da pessoa humana, não teve dúvidas em se valer da lei de proteção aos animais.

Raimundo Faoro, durante o regime militar, percorreu o Brasil inteiro pregando a democracia e a participação das pessoas dentro dos limitadíssimos espaços permitidos, mesmo considerando que a legislação era espúria, e não teve dúvidas de se encontrar com o representante máximo da ditadura, General Presidente, para pedir a restauração plena do *"Hábeas Corpus"*.

Portanto, a Ordem dos Advogados do Brasil, na defesa da ordem jurídica, das garantias constitucionais e das prerrogativas dos advogados, não pode se omitir. Qualquer espaço jurídico que seja legítimo deve ser utilizado.

A proposta do Conselheiro ALBERTO ZACHARIAS TORON é a de que a OAB defenda as prerrogativas. Defenda o direito de defesa. Defenda a garantia do devido processo legal. Defenda a ordem jurídica do Estado democrático de Direito. E o instrumento que ele visualiza para tanto, neste momento, é o pedido ao Supremo que edite uma súmula vinculante para pôr cobro às condutas de delegados de polícia, de juízes de primeira instância, de segundo instância e até do STJ, conforme noticiei na decisão do MS.12.516, em que foi relatora a II.Ministra Eliana Calmon, que impedem os advogados de terem acesso a inquéritos acobertados pela cláusula do sigilo.

Miguel Reale Júnior afirma que os advogados, todos os advogados, que não querem impunidade, nem facilidades contra aqueles que devem ser incriminados pela justiça criminal, querem apenas garantias de que o resultado da justiça criminal seja justo.⁶ Só isso. E esse resultado só será justo na medida em que nós advogados tivermos as condições para o exercício da ampla defesa por meio do acesso aos autos.

A cláusula constitucional do devido processo legal garante uma defesa ampla, sem restrições, com atuação de quem detém conhecimentos técnicos para realizá-la, que é o advogado. O acesso aos autos, sem dúvida alguma, é fundamental para o exercício da ampla defesa. Portanto, a negativa do reconhecimento da prerrogativa do advogado de ter acesso aos autos de inquérito é negativa de vigência aos princípios constitucionais citados.

A leitura dos dispositivos do Estatuto da OAB sobre essas prerrogativas deve ser feita sob o prisma das garantias constitucionais. Para Luiz Roberto Barroso, “Quando se ouve falar de categorias como a constitucionalização do direito civil, penal, ou processual. O que se quer verdadeiramente significar é que as normas infraconstitucionais de direito civil e de direito penal passaram a ser lidas e reinterpretadas a vista dos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade, presunção de inocência, para citar alguns. Portanto, o Direito Constitucional passa a ser a lente por via da qual se lêem e se interpretam as normas de direito infraconstitucional, inclusive modificando o seu alcance porque agora essas normas devem ser interpretadas para realizar os valores constitucionais”.⁷

⁶ Reale Júnior, Miguel. IN: Anais do Encontro Brasileiro – Prerrogativa dos Advogados, OAB/Paraná, p. 26

⁷ Barroso, Luiz Roberto. IN: Anais do Encontro Brasileiro – Prerrogativa dos Advogados, OAB/Paraná, p. 69

Dentro dessa linha de raciocínio temos que a dignidade da pessoa humana está sendo desrespeitada quando autoridades proíbem advogados de ter acesso aos inquéritos. Esta proibição implica também em impedir o pleno exercício da cidadania. O indivíduo, sem acesso às acusações, por meio de seu advogado, não pode se defender nem ter plena consciência do que se opera contra si. Assim, a sua cidadania, ou seja, o direito e ter direitos está sendo maltratado.

Portanto, não é justo nem é permitido à Ordem deixar de procurar os remédios necessários para tornarem eficazes as garantias constitucionais, porque o tempo, no caso dos inquéritos sem acesso, é de fundamental importância. Deixar que em cada caso o advogado percorra todo um longo caminho para ver reconhecido o seu direito pode significar o mesmo que permitir que se suspendam determinadas garantias por um período.

A proposta é para que este Conselho defenda os princípios que nos são caros - enquanto advogados e também enquanto cidadãos. Se porventura nos assaltasse a idéia de que a súmula pretendida, por ser vinculante, contrariaria o princípio da separação dos Poderes, retira-se dos Juizes sua independência e nega-se vigência ao princípio do devido processo legislativo, mesmo assim, poder-se-ia ponderar quanto ao princípio do legítimo direito de defesa, da garantia do devido processo legal e da defesa da ordem jurídica.

E se, nesta hipótese, entendermos então que estamos frente a um conflito entre princípios, deveremos aplicar a lição do grande mestre Paulo Bonavides para quem "O conflito de regras se resolve na dimensão da "validade", a colisão de princípios na dimensão do "valor"."⁸

Para Alexy, "em determinadas circunstâncias um princípio cede ao outro". E Paulo Bonavides esclarece: "...se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera".⁹

⁸ Bonavides, Paulo. IN: Curso de Direito Constitucional. 7ª Ed. 1997, Malheiros, p. 251.

⁹ Bonavides, Paulo. IN: Curso de Direito Constitucional. 7ª Ed. 1997, Malheiros, p. 251.

A proposição veicula princípio fundante da República que é a dignidade da pessoa humana, donde se imanam os direitos e garantias individuais do devido processo legal e do amplo direito de defesa.

Portanto, o cerne da questão está em promover ações visando a defender a dignidade da pessoa humana.

A súmula vinculante faz parte do ordenamento jurídico brasileiro. E como afirmou este Conselho na ADIn contra a ADPF "...**continua a produzir efeitos**...". E, sendo assim, pode ser usada na defesa das prerrogativas dos advogados e dos demais princípios já anotados.

O efeito vinculante no direito brasileiro não é instituto novo. O malfadado pacote de abril de 1977 tratou da representação por inconstitucionalidade. E o Supremo Tribunal Federal, no art.187 de seu Regimento Interno, dotou sua decisão de efeito vinculante.

Em 2003, com a Emenda Constitucional n.3, o art.102,par.2º. da Constituição Federal, atribuiu efeito vinculante em relação às ações declaratórias de constitucionalidade.

Também a Lei n.9.868/99, no parágrafo único do art.28, dispôs sobre o efeito vinculante na declaração de inconstitucionalidade.

Por sua vez, a Lei n.9.882/99, no par.3º do art.10, tratou também de atribuir efeito vinculante nas decisões do Supremo nas ADIn e ADC.

O ilustre Cons.Carlos Roberto Siqueira Castro, ao falar sobre a inexistência de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, teceu algumas críticas que devem ser anotadas a propósito de tão tormentoso tema.

Afirma ele: “Revela assinalar a imprevidência do legislador constituinte de 1988, que não albergou o efeito vinculante recomendável e atribuível, desde logo, aos acórdãos do Tribunal de cúpula da Justiça brasileira, quando proclamatórios da inconstitucionalidade ou da constitucionalidade das leis em sede de recurso ordinário ou extraordinário” e acrescenta: “...o julgado proferido em recurso ordinário ou extraordinário seria, por si só, doravante, um paradigma a ser seguido em todas as relações litigiosas em tramitação na Justiça de todo o País..”

E conclui afirmando que essa técnica **“sobressai como o mecanismo... de mais pronta eficácia de universal abrangência.”**¹⁰

E é exatamente o que se pretende. Eficácia imediata e abrangência universal na garantia pedida.

Não podemos, após longos anos em que se atribuiu efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em várias matérias, sem que houvesse manifestação da Ordem no que tange à questão de constitucionalidade ou de ferimento de princípios, negar à advocacia o direito de poder, ao menos, ver discutida a questão pela Excelsa Corte.

É importante tratar, neste momento, quanto aos pressupostos previstos em lei para pedir a edição de súmula vinculante. A Lei n.11.417/2006 regulamentou o art.103A da Constituição Federal, que trata da súmula vinculante.

¹⁰ Castro, Carlos Roberto Siqueira. IN: Da Declaração de Inconstitucionalidade e seus Efeitos em Face das Leis n°s 9.868 e 9.882/99. p 41.

Trata-se de procedimento objetivo de competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, cujos limites subjetivos, conforme dispõe o art.2º da lei em comento, devem submissão obrigatória aos enunciados vinculantes da súmula do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos do Poder Constituído Judiciário, bem como todos os órgãos e entes da Administração Pública direta e indireta dos entes federativos municipal, estadual e federal, não vinculando o Poder Legislativo.

Portanto, o procedimento é objetivo sem possibilidade de resvalar para discussões outras, o não ser os enunciados. Neste aspecto, afasta o temor da negativa com fundamentos que poderiam, em tese, serem prejudiciais a luta da OAB pelas prerrogativas.

Quanto ao objeto da súmula vinculante, Leonardo Lizeu Figueiredo esclarece que:

“... os enunciados sobre os quais serão atribuídos eficácia vinculante terão por objeto a fixação do entendimento da Corte Suprema Federal acerca da validade, interpretação e eficácia de normas federais,...em face dos preceitos estabelecidos no texto constitucional para tanto.”¹¹

Da mesma forma que o argumento anterior, este também afasta o temor da negativa, uma vez que os precedentes existentes confirmam a tese esboçada na proposta.

Os requisitos para edição da súmula vinculante estão no art.103-A da Constituição da República e regulamentados pela lei mencionada, de cujos diplomas legais podem se extrair os seguintes:

1º-demonstração de que a matéria é objeto de controvérsia entre os vários órgãos do Poder Judiciário;ou,

¹¹ Figueiredo, Leonardo Vizeu. IN: Súmula Vinculante e a Lei nº 11.417/2006: Apontamentos para compreensão do tema, 2006, Jus Navigandi nº 1295.

2-ºde que a controvérsia é entre os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

Estes dois primeiros requisitos estão sobejamente demonstrados, uma vez que delegados de polícia estão impedindo por todo o Brasil o acesso de advogados aos inquéritos que tramitam em sigilo. E ainda estão demonstradas, em razão das decisões, as divergências e controvérsias em torno do tema entre os vários órgãos do Poder Judiciário.

Juízes indeferem e os tribunais intermediários as vezes também.

Assim, está evidenciada a existência de controvérsia.

3º-Que a divergência tenha efeito danoso, potencial ou efetivo para a segurança jurídica.

Neste aspecto, é por demais evidentes os efeitos danosos que têm produzido as controvérsias e as várias decisões que impedem o acesso aos inquéritos sigilosos e com isso cerceia-se o direito de defesa, fazendo letra morta da garantia constitucional do direito ao devido processo legal. E esta controvérsia conduz à insegurança jurídica por veicular decisões que estão em confronto com a posição firme do Supremo Tribunal Federal.

4º-A multiplicação de processos que versem sobre o mesmo objeto.

Neste aspecto, também está satisfeito o requisito, haja vista que, conforme já noticiado, muitas são as decisões e recursos em todos os Tribunais sobre o mesmo tema.

Na hipótese de o Supremo não editar a súmula, temos o seguinte: Se a negativa for quanto ao primeiro, segundo ou quarto requisito, a decisão será interpretada até de maneira positiva, porque, nesta hipótese, entendeu a Suprema Corte que a matéria está sendo resolvida conforme sua própria orientação.

Se for quanto ao terceiro requisito, também não haverá qualquer repercussão negativa, uma vez que as decisões já estão sendo tomadas, conforme a interpretação dos tribunais, caso a caso.

Argüiu-se, também, na sessão do dia 07 de abril – matéria de mérito da proposição - que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos arestos elencados, em razão de certas restrições, não conteriam fundamentação suficiente para amparar súmula que tem por objetivo assegurar o acesso as partes e seus advogados aos autos de procedimentos investigatórios cobertos pelo sigilo.

Neste aspecto o judicioso “memorial” ofertado pelo II.Cons.Toron, esgota o tema. Por ser próprio e tratar de forma adequada e bem fundamentada a matéria, trago alguns enxertos. Diz ele:

“Para que se tenha uma idéia, ainda que pálida, da importância dos precedentes do STF na matéria em discussão basta se dizer o seguinte: antes do *leading case* relatado pelo Min. PERTENCE (**HC n.º 82.354-PR**) o que se tinha era o seguinte:

“ADMINISTRATIVO – INVESTIGAÇÕES POLICIAIS SIGILOSAS – CF/88, ART. 5º, LX E ESTATUTO DA OAB, LEI 8.906/94.

1. O art. 20 do CPP, ao permitir sigilo nas investigações não vulnera o Estatuto da OAB, ou infringe a Constituição Federal.

2. Em nome do interesse público, podem as investigações policiais revestirem-se de caráter sigiloso, quando não atingirem o direito subjetivo do investigado.

3. Somente em relação às autoridades judiciárias e ao Ministério Público é que inexistente sigilo.

4. *Em sendo sigilosas as investigações, ainda não transformadas em inquérito, pode a autoridade policial recusar pedido de vista do advogado.*

5. *Recurso ordinário improvido.*”

A ementa destacada do acórdão da relatoria da min. ELIANA CALMON no **RMS 12.516** condensa o entendimento do STJ até o advento do memorável aresto da relatado pelo Min. PERTENCE (**HC n.º 82.354-PR**).

Afora a **inverdade** de que havia apenas investigações sigilosas, ainda não transformadas em inquérito, o importante é perceber que vigorava a mentalidade de que o interesse público na eficácia das investigações deveria prevalecer sobre o direito de defesa do investigado, como se este também não representasse o interesse público, posto na Constituição no rol das garantias individuais. Não faltou mesmo quem lembrasse a idéia autoritária, que enxerga o investigado como mero objeto no curso das investigações e valoriza o inquérito policial como *“um dos poucos instrumentos de autodefesa do Estado no combate ao crime”*¹².

O *leading case* do STF (**HC n.º 82.354-PR**) **rompe** definitivamente com isso. Além de assentar que *i)* é perfeitamente possível manejar-se o habeas corpus para se discutir a matéria, pois *“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 manutenção desta”*; registra: *ii)* malgrado não se apliquem as garantias do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, existem, não obstante, *“direitos do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio”*; *iii)* *“do plexo de direitos dos 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*

¹² TRF da 4ª Região, RT 780/730 e, entre outros, STJ, RMS n.º 12.516, 2ª T.; rel. Min. Eliana Calmon.

(L. 8906/94, 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" (DJ 24/9/04).

A conclusão a qual, por unanimidade de votos, chegou a Primeira Turma do STF no julgado destacado encerra com propriedade a idéia de que *"a oponibilidade (do sigilo) 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 poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações"*.

Sim, não ignoramos as dificuldades que o *leading case* do STF ensejou. Tanto que as apontamos, mas também não podemos ignorar que o próprio STF (e com ele o STJ), em sucessivos julgamentos, avançou na matéria. O caso mais notório é o recentemente relatado pelo Min. Marco Aurélio (**HC n.º 92.331**), e que mereceu a adesão de todos os ministros da eg. Primeira Turma e veio compilado no trabalho apresentado aos eminentes Conselheiros e merece ser novamente transcrito, pois reafirma que a autoridade não pode querer ouvir alguém sem lhe franquear o acervo reunido nas escutas e disse, *verbis*:

"a busca de parâmetros não pode conduzir a manter-se, quando já compelido certo cidadão a comparecer para ser interrogado, ou para prestar esclarecimentos, o óbice ao acesso aos fatos que estariam a impeli-lo a tanto" (disponível em www.stf.gov.br; setor notícias, 18/3/08).:

No caso, o subterfúgio para se negar vista dos autos foi o de que *“a própria justiça paraibana negou o acesso da defesa a essas escutas, alegando a necessidade de preservar as investigações, porque ainda estariam em curso, mesmo tendo os investigados sido chamados para um interrogatório”* (site do STF, idem), mas, prossegue o ministro, *“se já existem indícios para se convocar alguém a depor, deve-se dar acesso, à defesa do investigado, às informações que motivaram essa convocação”*.

Outro problema levantado é o de que os precedentes estariam a legitimar que o advogado do investigado examinasse os autos de inquérito apenas no que concerne ao interesse de seu cliente. Na chamada **“Operação Furacão”** após a pronta intervenção do Conselho Federal, os advogados, exceção feita às diligências em andamento, puderam examinar **todas** as peças do inquérito.

Eis a decisão do Min. PELUSO, aliás, já transcrita no trabalho antes apresentado:

“ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. **Prerrogativa profissional garantida**. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei n.º 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei n.º 6.368/76. Precedentes.

É direito do advogado, suscetível de ser garantido por habeas corpus, o de, em tutela do interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte (**HC n.º 88.190**, rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ 6.10/06). No mesmo

sentido, cf., ainda, **HC n.º82.354**, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 24.09.04; **HC n.º 86059-MC**, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ30.6.05; **HC n.º 88.520-MC**, rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 25.4.06; **HC n.º 90.232**, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 2.03.07; **HC n.º 87.827**, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 23/06/06; e, ainda em decisão monocrática proferida pelo Min. NELSON JOBIM, no **HC n.º 87.619-MC**, DJ de 01.02.06”.

O único ponto a descoberto diz com a questão das diligências em andamento. Aí, porém, não há solução, enquanto estas não estiverem concluídas, parece razoável que não as possamos vê-las. A isso, porém, se pode contrapor o direito de o investigado não ser inquirido sobre fato do qual não lhe foi dado conhecimento prévio.

Lembremo-nos que o STF tem reafirmado o direito de o indiciado ter conhecimento das escutas antes de ser inquirido sobre estas, como supra destacado no **HC n.º 92.331**. Tanto que se anulou audiência porque a entrega das fitas de áudio se deu após a sua realização (STF, HC n.º 83983).”.

Consoante se vê, existem decisões que podem fundamentar a edição de súmula vinculante, conforme pede o Autor da proposição.

Com todos esses precedentes da Excelsa Corte, deixar os advogados desamparados e terem que percorrerem, em cada caso, todas as instâncias para terem acesso aos Autos, pode significar omissão na defesa das prerrogativas.

Assim, satisfeitos, a meu ver, todos os requisitos para a propositura do pedido, o meu voto é no sentido de que este Egrégio Conselho ajuíze, perante o Supremo Tribunal Federal, Pedido de edição de súmula vinculante com o objetivo de se fixar a posição que vem sendo adotada pela Excelsa Corte quanto ao direito do advogado de ter acesso a inquéritos ou peças, mesmo que estejam acobertados pela cláusula do sigilo. É como voto.