

6. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

6.1

INQUÉRITO POLICIAL.

Segredo de justiça. Determinação de quebra de sigilo bancário.
Inadmissibilidade de impedir os advogados de exercerem direitos
fundamentais para a efetiva defesa

ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER

MARCO ANTONIO FONSECA GUIMARÃES

MARCIO GASPAR BARANDIER

LEONARDO GONÇALVES ALBERNAZ

Exmo. Sr. Desembargador Federal Presidente do Egrégio Tribunal Regional
Federal da 2.^a Região

Antonio Carlos da Gama Barandier, Marco Antonio Fonseca Guimarães,
Marcio Gaspar Barandier e Leonardo Gonçalves Albernaz, brasileiros, casados
os três primeiros e solteiro o último, advogados, inscritos na OAB/RJ sob os
números 14.630, 56.942, 75.397 e 97.418, respectivamente, todos com escritório
à Rua do Ouvidor, n. 121, 5.^o andar, nesta capital, vêm, com lastro na Constitui-
ção Federal e na legislação processual pertinente, impetrar

Mandado de Segurança, com pedido de liminar, apontando como autoridade
coatora o Juízo da 6.^a Vara Federal da Seção Judiciária do Espírito Santo, para o
qual foram distribuídos os autos do Inquérito Policial n. 137/2000, instaurado pelo
Departamento de Polícia Federal no Estado do Espírito Santo, tombados em Juízo
sob n. 2000.50.01.001633-4, pelos motivos e fundamentos a seguir deduzidos.

Da distribuição por dependência

Impõe-se a distribuição por dependência à Colenda Terceira Turma desta
Egrégia Corte em virtude da impetração anterior por Luiz Izidoro Soares Pinto e
Luciano Alvernaz Rodrigues, indiciados no mesmo procedimento policial, do
MS 2000.0201048688-0, do qual é relatora a eminente Desembargadora Federal
Maria Helena Cisne Cid.

Dos fatos

No dia 4 de março p.p., o Departamento de Polícia Federal no Estado do
Espírito Santo lavrou o Auto de Prisão em Flagrante 137/2000, autuados os con-

duzidos pela suposta prática da infração prevista no art. 334 c/c o art. 29, ambos do Código Penal (doc. f.).

Naquela oportunidade, a empresa Linave Ltda. sofreu medida de busca e apreensão na sua sede (doc. f.), além da apreensão da embarcação SM Apollo, a ela afretada pela Navegação São Miguel Ltda. (doc. f.), empresa sediada no Rio de Janeiro e constituída pelos mesmos sócios.

Após a concessão de fiança aos indiciados, entre eles dois funcionários da Navegação São Miguel Ltda., deu-se continuidade à apuração policial, embora até o momento nenhum sócio ou representante legal da Linave Ltda. tenha sido intimado para prestar qualquer esclarecimento.

Ocorre que os impetrantes, constituídos pela Linave Ltda. (doc. f.) para patrocinar seus interesses nos autos do referido inquérito policial, tomaram conhecimento, por meio do sistema informatizado de acompanhamento processual da Justiça Federal, da decretação da “quebra de sigilo das operações financeiras realizadas pelas pessoas físicas e jurídicas arroladas a f.” (doc. f.).

Instruído com o regular instrumento de mandato outorgado pela Linave Ltda., encaminharam pedido de vista dos autos, com autorização para o fornecimento de cópias, ao Juízo ora apontado como autoridade coatora (doc. f.), franqueado, porém, tão-somente o exame dos autos principais, sem os apensos.

Diante de tal constatação, os impetrantes formularam novo requerimento (doc. f.), desta vez objetivando os autos em apartado, consistentes nas peças referentes à quebra do sigilo bancário, entre elas, inclusive, o próprio despacho que autorizou a excepcional medida. O MM. Dr. Juiz Titular daquela 6.^a Vara Federal, entretanto, indeferiu o pleito. Em interpretação, *data venia*, evidentemente equivocada da Lei 8.906/94, arremessando-se contra a Constituição Federal, entendeu que o sigilo ou segredo de justiça estende-se até mesmo ao advogado constituído, situando:

“Ocorre que o já mencionado inc. XIII do art. 7.^o da Lei 8.906/94 ressalva expressamente que não é direito do advogado examinar autos sujeitos *a sigilo*.

O § 1.^o do mesmo dispositivo legal também ressalva que não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI do referido art. 7.^o aos processos sob o regime de *segredo de justiça*” (doc. f.).

Cumprir registrar que, por fundamento diverso, mas não menos inusitado, a douta Juíza em exercício no mês anterior, indeferiu pedido de vista de qualquer peça dos mencionados autos ao patrono dos indiciados Luiz Izidoro Soares Pinto e Luciano Alvernaz Rodrigues, sob o fundamento de que ambos não figuravam entre “as pessoas investigadas arroladas às f.”, embora reconhecendo ser inadmissível que o sigilo “*perdure com relação ao investigado, sob pena de violação ao princípio da amplitude de defesa*” (doc. f., grifo nosso).

Tal despacho resultou reconsiderado pelo Juiz Titular, que estabeleceu a situação contra a qual se insurgem, agora, os impetrantes: determinou a formação de autos em apartado, apensados aos do inquérito, com as peças referentes às informações bancárias, que correm em segredo de justiça (doc. f.), ou seja, permi-

tiu a vista aos advogados apenas dos autos principais, valendo frisar que a própria decisão que autorizou a providência extraordinária encontra-se inacessível aos profissionais do direito regularmente constituídos, vedada, dessa forma, até mesmo a análise pertinente à sua legalidade, inclusive quanto à existência da efetiva fundamentação exigida pela Lei Maior.

Do exame comparativo dos dois despachos, pode-se concluir que a Linave Ltda e, provavelmente, seus sócios, também clientes dos impetrantes (doc. f.), figuram entre as "pessoas físicas e jurídicas" alcançadas pela quebra do sigilo de operações financeiras.

Ressalte-se, ainda, a existência também nos autos de referência a degravações de monitoração de terminais telefônicos que foram autuadas em apartado e mereceram o mesmo tratamento (doc. f.).

Em suma, os impetrantes estão impedidos pelo Juízo da 6.^a Vara Federal do Espírito Santo de ter acesso a peças integrantes da investigação, referentes às quebras de sigilo bancário e telefônico, entre elas, inclusive, as próprias decisões autorizadoras, o que atinge não só as suas prerrogativas, mas as próprias garantias fundamentais de seus constituintes. Na realidade, repita-se, sequer podem examinar os fundamentos, conteúdo e legalidade de tais decisões.

Do direito

O *status* constitucional a que se eleva a indispensabilidade do advogado à Administração da Justiça, enfatizado *munus publicum*, particularmente grave e honroso, objetivo das constantes preocupações do notável e sempre lembrado Nehemias Gueiros, por vezes inúmeras é menosprezado entre nós, apesar das reiteradas advertências dos Tribunais. É estarrecedor que, em pleno Estado Democrático de Direito, os profissionais da advocacia se deparem com obstáculos enfrentados nos tempos do autoritarismo, impondo-se a reação com o mesmo destemor e desprendimento que, nos anos trevosos, se opunham às arremetidas ameaçadoras contra a liberdade e independência exigidas pelo ofício.

Recentemente, diante dos abusos do Congresso, nas denominadas CPIs, vários foram os pronunciamentos do E. STF, dos quais nos permitimos destacar para transcrição o da lavra do eminente Min. Celso de Mello, em pedido de reconsideração de liminar em mandado de segurança. Cogita-se daquelas decisões que consagram a Magistratura no Estado Democrático de Direito. Na ementa, já consigna a doura e judiciosa decisão:

"O ordenamento positivo brasileiro garante ao cidadão, qualquer que seja a instância de Poder que o tenha convocado, o direito de fazer-se assistir, tecnicamente, por advogado, a quem incumbe, com apoio no Estatuto da Advocacia, comparecer às reuniões da CPI, nelas podendo, dentre outras prerrogativas de ordem profissional, comunicar-se, pessoal e diretamente, com o seu cliente, para adverti-lo de que tem o direito de permanecer em silêncio (direito este fundado no privilégio constitucional contra a auto-incriminação), sendo-lhe lícito, ainda,

reclamar, verbalmente ou por escrito, contra a inobservância de preceitos constitucionais, legais ou regimentais, notadamente quando o comportamento arbitrário do órgão de investigação parlamentar lesar as garantias básicas daquele – indiciado ou testemunha – que constituiu esse profissional do Direito.”

Em outro ponto da decisão, abordando os procedimentos unilaterais, a exemplo dos inquéritos policiais, proclama:

“Cabe advertir, no entanto, como já proclamou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob a égide da vigente Constituição, a propósito do inquérito policial (que também é conduzido de maneira unilateral, sem observância da garantia do contraditório, tal como ocorre com a investigação parlamentar), que a unilateralidade desse procedimento investigatório não confere ao Estado o poder de agir arbitrariamente em relação ao indiciado e às testemunhas, negando-lhes, abusivamente, determinados direitos e certas garantias – como a prerrogativa contra a auto-incriminação – que derivam do texto constitucional ou de preceitos inscritos em diplomas legais:

Inquérito policial – Unilateralidade – a situação jurídica do indiciado.

– O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária. A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado mero objeto de investigações. O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial.” (RTJ 168/896, rel. Min. Celso de Mello.)

A reforma da legislação processual se refere à efetiva defesa, na esteira dos países desenvolvidos juridicamente. Doutrina o Prof. Jorge Eduardo Vázquez Rossi, após assinalar que o direito do suspeito à assistência de representação por profissional habilitado “sería ilusorio y meramente retórico si no se posibilitase paralelamente la inmediata actuación del defensor”, que: “El abogado interviene desde el primer momento de la investigación”. (*La defensa penal*, 3. ed., Santa Fé-Argentina: Rubinzal-Culzoni, p. 159.)

Sem ambages, a lei, a doutrina e a jurisprudência têm consagrado o direito do advogado de examinar os autos, tê-los fora do cartório e obter cópias. Uma única limitação: nos casos sob sigilo, aos que não comprovarem o mandato outorgado pelo constituinte. Àqueles que exibem procuração, não se podem opor obstáculos ao exercício do *munus* público, cuja relevância foi realçada pelo eminente Min. Celso de Mello. Bem observa Luis Guilherme Vieira: “Por outro lado, nunca será demasiado frisar que nenhuma outra categoria está submetida a dever de sigilo profissional mais severo do que o advogado. Ele sequer pode depor em juízo sobre fato de que tenha conhecimento em razão do exercício de

sua profissão, mesmo liberado pelo constituinte, pois assim está formulada a vedação legal”.

Super o tema, esse Egrégio Tribunal Regional Federal, quando do julgamento do HC 98.02.02166-0/RJ, relatora a Douta Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima da Silva, decidiu conceder a ordem, estando a ementa concebida nos termos seguintes:

“Direito processual penal – *Habeas corpus* – Inquérito policial – Quebra do sigilo bancário – Ampla defesa – Competência.

– Mesmo havendo previsão legal de recurso, em caso de sentença denegatória de *habeas corpus*, se o indivíduo vislumbrar nesta decisão denegatória algum ato de coação ou constrangimento ilegal, na sua liberdade de ir e vir, e desdobramentos, poderá, sempre, usar do remédio constitucional, colocado a sua disposição, ou seja, o *habeas corpus*, que devido a sua maior celeridade, poderá com maior eficiência, preventivamente, ou na modalidade repressiva, evitar possíveis lesões a direitos fundamentais do indivíduo. O art. 647 do CPP, referente ao *habeas corpus*, traz a expressão ‘sempre que’. Pelo conhecimento da ordem.

– *O segredo de justiça, decretado no inquérito policial em referência, em decorrência da determinação da quebra do sigilo bancário do paciente, somente pode existir para protegê-lo, na sua intimidade, e não para restringir o direito de estruturar a sua defesa.*

– *Concede-se ao paciente a vista útil das peças do procedimento administrativo instaurado, com a possibilidade de extrair cópias autenticadas, nos termos do voto da Relatora.*

– A ilustrada maioria, vencida a relatora, decidiu também pela remessa dos autos do inquérito à Polícia Federal de Brasília, uma vez que este foi instaurado para investigar o uso de recursos concedidos à Polícia Federal em Brasília, a fim de prevenir e reprimir crimes previdenciários, e que foram provenientes de convênio celebrado entre o Departamento de Polícia Federal e o INSS, com a interveniência dos Ministros da Justiça, do Trabalho e da Previdência Social.

– Pela concessão da ordem.” (Grifamos.)

Aí está: a lapidar decisão situa o deslinde do tema, ou seja, “o segredo de justiça, decretado no inquérito policial em referência, em decorrência da determinação da quebra do sigilo bancário do paciente, somente pode existir para protegê-lo, na sua intimidade, e não para restringir o direito de estruturar a sua defesa”.

O judicioso voto, em tema de sigilo bancário e sobre a norma do art. 20 do CPP, propicia valiosos ensinamentos que os impetrantes se permitem transcrever:

“O segredo de justiça, decretado no presente IPC, em decorrência da determinação da quebra do sigilo bancário do paciente, somente pode existir para protegê-lo, na sua intimidade, e não para restringir o seu direito de defesa.

Acrescente-se que, nos termos do art. 20 do CPP, a autoridade competente assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo

interesse da sociedade, mas como expõe José Carlos de Lucca, o sigilo no inquérito policial tem ação benéfica ao Estado e ao cidadão (cf. RT 699/429-430, “O necessário sigilo no inquérito policial”).

Júlio Fabbrini Mirabete é ainda mais claro ao escrever, citando jurisprudência encontrada na RT 498/337, que:

‘O advogado só pode ter acesso ao inquérito policial quando possua *legitimatio ad procedimentum* e, decretado sigilo em segredo de Justiça, não está autorizada a sua presença a atos procedimentais diante do princípio da inquisitorialidade que norteia nosso Código de Processo Penal quanto à investigação. Pode, porém, manusear e consultar os autos findos ou em andamento (art. 7.º, XIII e XIV do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).’ (*Processo penal*. 5. ed. São Paulo : Atlas, 1996, p. 80.)

Portanto, o dispositivo inserto no art. 20 do CPP deve ser interpretado de acordo com o princípio constitucional da ampla defesa, pela aplicação do ‘princípio da interpretação conforme a Constituição’, um daqueles que regem a hermenêutica das normas constitucionais, na sistemática estudada pelo Professor Titular Luís Roberto Barroso, no seu *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996”.

O último número da *Revista dos Tribunais* publica magnífico acórdão da 7.ª Câ. Crim. do Colendo TJSP, no qual foi relator o Exmo. Des. Rocha de Souza, com a seguinte ementa:

“Inquérito policial – Atos investigatórios correndo em sigilo – Advogado Causídico impedido de participar e de tirar cópias do procedimento – Inadmissibilidade – Concessão de ordem de mandado de segurança para garantir o acesso aos autos de expediente provisório instaurado em vara de Júri, tantas vezes quanto necessário – Interpretação do art. 7.º, XIII, XIV, e § 1.º, I, da Lei 8.906/94.” (RT 776/588.)

Na mesma decisão, o acórdão se fundamenta em julgado do mesmo Tribunal no sentido de que:

“Como já decidido por este mesmo Tribunal (RSE 184.211-3 – Rio Claro – 2.ª Câ. Criminal – rel. Prado de Toledo – 19.06.1995 – v.u.), não há razão legal para impedir a participação do advogado constituído nos atos investigatórios, nem para recusar a entrega de cópias dos procedimentos, mesmo em se tratando de inquérito policial que corre em sigilo. *O sigilo pode caber à imprensa e aos demais cidadãos, nunca ao advogado constituído.*” (Grifamos.)

Junta-se, ainda, ao ensejo, recente e relevante decisão da excelente Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho (doc. f.), que enriquece a Magistratura Federal.

Por fim, digno de nota é o artigo da ilustre Procuradora da República e mestre e doutoranda em Direito Processual Penal pela USP Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, do qual se transcreve:

“A Constituição da República Federativa do Brasil é clara: *Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o*

contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5.º, LV). E ainda: *O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado* (art. 5.º, LXIII). Vê-se que até mesmo procedimentos administrativos comportam defesa – supondo-se que o inquérito seja, no mínimo, um deles – e que a assistência prestada ao preso no inquérito pelo advogado só pode ser a profissional, já que outra espécie de amparo lhe será prestada pela família. O exame do procedimento ou processo, o conhecimento do que ali está, é meio fundamental para a defesa, sem o qual ela sequer tem início.

A instrução criminal comporta exercício do direito de defesa em todas as suas fases. O advogado pode consultar e examinar todos os procedimentos, inclusive aqueles que versarem sobre prisão temporária e interceptação telefônica. Não se irá transcrever doutrina alguma para fundamentar esta assertiva, porque a fundamentação está na Constituição e no Estatuto do Advogado, promulgado mais de cinquenta anos após o Código de Processo Penal. Não há exceções.

A única conciliação possível entre o art. 20 do CPP (que permite sigilo no inquérito) e o Estatuto do Advogado é a seguinte: o decreto de segredo no inquérito policial ou em qualquer outro procedimento não alcançará, jamais, o advogado.

A regra básica e muito antiga de que não há pena sem anterior processo não admite procedimentos secretos, inatingíveis para o advogado. Procedimentos ou processos – não importa o nome, pois a persecução penal é uma só – registram fatos. O registro da investigação criminal tem importância porque junto poderá vir a documentar a acusação e fundamentar o recebimento da denúncia. O segredo da investigação implica a inexistência de procedimento e de registro e, portanto, a ilicitude da procura do crime e da autoria. O que deveria ser oficial torna-se oficioso e, portanto, para nada serve. Embora o sigilo do inquérito possa ser adequado para a descoberta do crime, e neste sentido uma tentação para aquele que o preside, a Constituição prevalece sobre a conveniência circunstancial da medida extrema.” (“Publicidade na investigação criminal”, *Boletim do IBCCrim* 84, nov. 1999, p. 13.)

Diga-se, para ilustrar, que no autoritarismo, as decisões reiteradas do Colendo Superior Tribunal Militar, que se recusou a cumprir o papel dos Tribunais de exceção, convenceram até os “carcereiros do terror estatal” que é direito do advogado comunicar-se com o preso, mesmo incommunicável, reservadamente, em estabelecimento prisional civil ou militar, consoante ao Estatuto vigente àquela época.

No caso concreto, a ilegalidade consiste em impedir os advogados de exercerem direitos fundamentais para a efetiva defesa, sobretudo quando negado acesso até mesmo às próprias decisões que determinaram a violação de garantias individuais das mais relevantes, admitida em hipóteses excepcionais desde que devidamente fundamentada e respaldada pela lei.

Da liminar

A simples violação das prerrogativas dos impetrantes, proclamadas pela lei, pela doutrina e pela jurisprudência, em detrimento da afronta ao axioma fundamental da amplitude de defesa, demonstra o *fumus boni juris*, cogitando-se de direito líquido e certo documentalmente comprovado, sem necessidade de maiores delongas e instrução dilatória.

Também presente o *periculum in mora*, eis que a decisão impugnada, que negou aos impetrantes o acesso às peças em apenso dos autos principais do inquérito policial, impedindo-os até mesmo de aferirem a legalidade da decisão que autorizou medidas excepcionais, poderá acarretar, sobre violar direitos fundamentais, danos irreparáveis aos constituintes dos advogados e aos próprios advogados no exercício do seu *munus*.

Do pedido

À luz do exposto, concedida a liminar para que, de imediato, se suspenda o ato impugnado até o julgamento do mérito, restabelecidas as prerrogativas profissionais dos impetrantes e a observância de mandamentos constitucionais, aguarda-se que, no final, seja dado provimento à segurança, a fim de cassar, tornando sem efeito, a decisão impugnada, restaurando o império do Direito e distribuindo a mais lúdima Justiça.

Dá-se à causa, para efeitos fiscais, o valor de R\$ 1.064,00 (hum mil e sessenta e quatro reais).

Rio de Janeiro, 16 de agosto de 2000 – ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER, MARCO ANTONIO FONSECA GUIMARÃES, MARCIO GASPAR BARANDIER, LEONARDO GONÇALVES ALBERNAZ.