

O JUIZ SÉRGIO MORO DESAFIA ATÉ SÚMULA VINCULANTE!

Autor: Rômulo de Andrade Moreira - Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Salvador - UNIFACS.

Sérgio Moro aprontou mais uma: decretou sigilo do inquérito da Polícia Federal que investiga crimes relacionados ao Setor de Operações Estruturadas da empreiteira Odebrecht, afirmando que, “como as investigações dos pagamentos nesse setor têm desdobramentos imprevisíveis, o que poderá levar à necessidade de novas diligências, inclusive novas quebras e buscas, decreto sigilo sobre estes autos em relação a terceiros e aos investigados. Observo, ademais, que nenhum dos investigados no processo 5046159- 54.2016.4.04.7000 sofre no momento qualquer restrição a sua liberdade ou a sua propriedade. Franqueado, por ora, o acesso apenas à autoridade policial e ao MPF, sem prejuízo do levantamento do sigilo quando não houver mais riscos às investigações.” Ele, então, determinou que o acesso ao inquérito pelos investigados será decidido caso a caso.

Questionado pela defesa, ele disse que "a maior parte dos procedimentos relacionados ao presente feito tramitam sem sigilo ou sob sigilo nível 1, estando acessível, portanto, às partes, ainda que via processo relacionado. Caso haja algum procedimento a que a Defesa não tenha acesso, deve indicar especificamente o número para viabilizar análise individualizada deste Juízo.”

Mais uma arbitrariedade de Moro. Ele, aliás, a cada dia, supera-se, mostrando a sua incompetência e, sobretudo, a sua má-fé!

Óbvio que se exige o sigilo no inquérito policial por ser “instrumento mediante o qual se garante a inviolabilidade do segredo, e serve à autoridade condutora das investigações, visando à elucidação do fato, mas preserva ao mesmo tempo a intimidade, vida privada, imagem e honra das pessoas envolvidas na apuração”, como bem anotou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, para quem a quebra do sigilo é “dos mais graves e intoleráveis”. Segundo ele, “processos que tenham sido decretados como sigilosos só podem tornar-se públicos em relação a acusados,

defensores e à vítima” e a divulgação de “tais inconfidências, além de serem incompatíveis com os cuidados necessários à condução frutífera das investigações, trazem ainda danos gravíssimos à vida privada dos envolvidos, e sobretudo de terceiros meramente referidos, com sequelas pessoais gravosas e irremissíveis.” (STF, Inquérito nº. 2424).

Na doutrina, veja-se a lição de Alberto Zacharias Toron e Maurides de Mello Ribeiro:

“A Lei nº 8.906/94, no seu art. 7º, inc. XIV, é clara e, antes dela, o estatuto anterior (Lei nº 4.215/63), igualmente o era. Constitui **direito do advogado** “examinar em qualquer repartição policial, **mesmo sem procuração**, autos de flagrante e de inquérito..., podendo copiar peças e tomar apontamentos;”. Ante a clareza da lei é evidente que a restrição que se quer impor aos advogados que representam indiciados ou meros investigados, isto é, de examinar e extrair cópias de parte dos autos, mais que odiosa, é patentemente ilegal. De fato, se a lei assegura aos advogados o direito de poder ver os autos e copiar o que for importante, tal se encarta dentro de uma garantia maior que é a da ampla defesa. Sim, porque não se pode exercer esta sem que se conheçam os autos. Afinal, se dentro de um inquérito for determinada de forma abusiva um indiciamento ou, por outra, decretar-se a prisão de um cidadão, como irão os advogados hostilizar eventual coação se não podem ter acesso ao feito? Isto para não falar em toda sorte de abusos que se podem cometer em matéria de colheita de provas ou indícios. Não é à toa que **Fauzi Choukr**, promotor de Justiça em São Paulo, na monografia que lhe valeu a obtenção do título de Mestre pela Universidade de São Paulo em Direito Processual Penal, com propriedade adverte: “... dentro de um Estado democrático não há sentido em se falar de ‘investigações secretas’, até porque, na construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado” (Garantias Constitucionais na Investigação Criminal”, SP, ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 92)... ...Até mesmo a famigerada Lei do Crime Organizado, que na obstinada pretensão de salvaguardar dados sigilosos, de forma inédita, prevê a realização de diligências pessoais pelo magistrado, assegura ao advogado constituído acesso aos autos (art. 3º, § 3º). Na verdade, quando se garrotearem as prerrogativas profissionais dos advogados, atinge-se exatamente a garantia constitucional da ampla defesa em razão da falta de conhecimento do conteúdo de diligências ou atos praticados nos autos do inquérito

policial, bem como o não acompanhamento regular dos inquéritos policiais. E o direito à ampla defesa, remarque-se, está constitucionalmente previsto, inclusive na fase pré-processual (art. 5º, inc. LV). O que está em jogo não é apenas o interesse corporativo, mas, na verdade, cuida-se de resguardar, dando vida à garantia constitucional da ampla defesa, o cidadão. Tudo isso já seria mais do que suficiente para responder a todos aqueles que pensam em restaurar o sigilo absoluto do inquérito, tal como uma das odiosas regras das investigações promovidas pela Santa Inquisição. Ainda assim, há sempre quem possa defender o sigilo para que se viabilizem as investigações. Esta idéia chega a sugerir, ainda que obliquamente, a prática de crime no exercício da Advocacia, ou, por outra, um inadmissível desconhecimento do que significa o seu exercício. Aliás, considerando que a determinação de diligências normalmente é verbal e só são reduzidas a termo depois de efetivadas, convém perguntar-se: se forem lícitas as providências desencadeadas, por que escondê-las?”¹

No mesmo sentido, veja-se esta decisão proferida em um Mandado de Segurança, da lavra do Juiz de Direito Dr. André Andreucci (decisão confirmada à unanimidade de votos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do recurso de apelação nº 31.228-3/SP):

“Toda autoridade que não respeitar as prerrogativas legítimas do Advogado, no exercício regular este de seu legal ministério privado, será tida como arbitrária e deverá ter seu comportamento coibido pelo Judiciário, ontem, hoje e sempre, no estado de direito, a esperança dos que buscam Justiça, dos que esperam receber o que lhes é devido por Lei. Se, no futuro, como esperam alguns, nova legislação mudar a orientação estampada na Lei nº 4.215/63, permitindo a proibição que os impetrados pretenderam aplicar, ainda assim caberá ao Judiciário apreciar a questão que implicará violação das garantias constitucionais da ampla defesa e do regular exercício das atividades profissionais. (...) Dessa forma, não poderiam as autoridades impetradas desconhecer as prerrogativas e os direitos dos Advogados, claramente inscritos na legislação pertinente. Como também não poderia desconhecer isso tudo o ilustre representante do Ministério Público que oficiou nos autos. O dispositivo legal que confere aos impetrantes o direito que buscam já foi bastante examinado, ao contrário do que afirma esse mesmo Doutor Promotor de

¹ “*Quem tem medo da publicidade no inquérito?*”, Boletim IBCCrim nº 84, págs. 13/14 – Novembro/99.

Justiça. Dispensa o tema demorada abordagem, mas, em homenagem ao Direito, que se pretende regule as relações entre os homens e a Justiça, que deve presidir e garantir essas relações, alguns comentários têm que vir à tona, com ilustrações pertinentes. Numa sociedade, que se pretenda seja regida pelo menos com respeito aos mais simples princípios de respeito ao Homem, à Lei, à Justiça, não se pode tolerar a arbitrariedade. “O poder do Estado para realizar seu objetivo, o bem público, é exercido, como já vimos, sob três modalidades: a função legislativa, a executiva e a judiciária”. “O Estado não tem direito de excluir nenhum cidadão da participação nos benefícios que a sociedade política tem por fim oferecer, principalmente quando se trata dos direitos individuais. Não somente o Estado não deve oprimir ou perseguir esta ou aquela categoria social, mas, também, evitará toda e qualquer distinção odiosa em qualquer matéria civil, penal ou administrativa. E isso não somente por princípio de humanidade, mas também por um princípio social: igualmente membros da sociedade política, todos os indivíduos, seja qual for a sua classe, categoria ou opinião, têm igualmente direito, por parte do Estado, à mesma solicitude e benevolência (cfr. Darcy Azambuja, in Teoria Geral do Estado, págs. 386/389). No exercício do poder de polícia, o Estado, representado, no caso, pela autoridade policial, não pode, e mais do que isso, não deve, oprimir, perseguir, submeter à odiosa distinção, a classe dos Advogados, notadamente quando seus integrantes estão no exercício regular de suas prerrogativas, no desempenho de suas atividades profissionais. O arbítrio que no passado foi sinônimo de violência, de constrangimentos indevidos, não mais se justifica. Os tempos são outros. A sociedade exige respeito ao ordenamento jurídico.”

Ademais, o Supremo Tribunal Federal aprovou Súmula Vinculante que garante a advogados acesso a provas já documentadas em autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo. O texto da 14ª Súmula Vinculante diz o seguinte: “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”.

E, mais recentemente, foi promulgada pela Presidente da República a Lei nº. 13.245/16, alterando o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), mais especificamente modificando a redação do seu inciso XIV e acrescentando o XXI. Assim ficou a nova redação do inciso XIV:

"Examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital."

A modificação, em relação à redação anterior, foi sutil, mas importante, pois, ao substituir a expressão "qualquer repartição policial" por "qualquer instituição responsável por conduzir investigação", passa a obrigar outros órgãos estatais responsáveis pela investigação, como o Ministério Público (Recurso Extraordinário nº. 593727), as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, parágrafo terceiro da Constituição Federal), o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF (art. 14, da Lei nº. 9.613/98), a Investigação Judicial Supervisionada (nos casos de investigado com prerrogativa de função), a Investigação de Magistrados (art. 33, parágrafo único da Lei Complementar nº. 35/79) e de membros do Ministério Público (art. 41, parágrafo único da Lei nº. 8.625/93 e art. 18, parágrafo único da Lei Complementar nº. 75/93), os Tribunais de Contas (ou Conselhos de Contas), o IBAMA (em relação a infrações ambientais), dentre outras.

Observa-se que a atual redação, ao contrário da anterior, portanto, não restringe mais o acesso do Advogado aos autos de flagrante e de inquérito policial, razão pela qual o alcance da prerrogativa, como é óbvio, deve se dar para qualquer procedimento investigatório, ainda que não seja de natureza criminal (administrativo ou civil, por exemplo), incluindo-se, evidentemente, o Inquérito Civil (art. 129, III da Constituição Federal).

Uma outra questão que me parece relevante comentar diz respeito à dispensabilidade de apresentação do instrumento procuratório. Se, por um lado, compreendemos a dispensa (que já estava prevista antes mesmo da atual modificação), pois imaginemos, por exemplo, a dificuldade de se apresentar uma procuração de um preso em flagrante delito. Por outro lado, é preciso cautela, tendo em vista que só o fato de portar uma identidade comprobatória da inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil não dá o direito ao Advogado de ter acesso aos autos de um procedimento investigatório de qualquer natureza.

Parece-nos aqui que devemos interpretar esta disposição com a Súmula Vinculante 14, especialmente a sua parte final: "digam respeito ao exercício do direito de defesa."

Foi aditado o § 10º. ao art. 7º., dispondo que "nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV." Assim, entendemos que a procuração deve ser exigida nos casos sujeitos a sigilo, bem como quando houver fundada dúvida de que o Advogado não está agindo em proveito do exercício da defesa.

Também foi acrescentado o § 11º., estabelecendo que "a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova (sic) relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências."

De logo, não se fez a indispensável diferença entre ato investigatório e ato de prova e Ciência também é palavra.

Compreendemos a restrição imposta pela lei quanto às diligências em andamento, quando houver risco de comprometimento da eficácia ou da finalidade das diligências. Claro que não vamos falar, já que tratamos de um Processo Penal democrático, de eficiência, pois esta justifica uma lógica em que "os fins justificam os meios", o que é uma catástrofe, sob todos os aspectos.

De toda maneira, se, efetivamente, houver comprometimento para a eficácia ou para a finalidade do ato investigatório, parece-nos razoável que não tenha, ainda, o Advogado acesso a este ato procedimental, protelando-se o acesso. Tudo deve ser devidamente fundamentado, nos termos do art. 2º., § 6º., da Lei nº. 12.830/13.

Também aditou-se o art. 7º. para prever, no § 12º. que a "a inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente."

Portanto, a autoridade responsável pela investigação que não der acesso ao Advogado aos autos do procedimento investigatório, está incurso no tipo penal da Lei nº. 4.898/65, além de responder por infração administrativa, disciplinar e por danos morais. Mas, tratando-se de Moro, vale tudo!