

23/08/2007

TRIBUNAL PLENO

INQUÉRITO 2.245-4 MINAS GERAIS

À revisão de apertes dos Senhores Ministros JOAQUIM BARBOSA (Relator), CEZAR PELUSO, MARCO AURÉLIO e ELLEN GRACIE (Presidente).

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhora Presidente, manifesto-me, inicialmente, de acordo com o voto do eminente Ministro-Relator, **salvo** a questão ora em debate, que já constitui objeto de divergência.

**Também entendo** que a ação do Ministério Público **não pode subordinar-se** à atividade dos organismos policiais. **Ainda mais quando o Ministério Público**, segundo ele próprio sustenta, **dispõe** de elementos de informação **que lhe permitem adotar**, em juízo, as medidas que lhe parecerem pertinentes, **inclusive** a própria instauração judicial da persecução penal. **É certo** que, **se** a denúncia não se apoiar em base empírica adequada **e não tiver** por suporte uma fundamentação mínima, portanto, um substrato probatório mínimo, **esta Corte**, no exercício do controle jurisdicional prévio da admissibilidade da peça acusatória, **seguramente irá decidir e formular** um juízo **negativo** a esse respeito. **Mas**, de qualquer

Inq 2.245 / MG

maneira, **o que não tem sentido** é submeter o Ministério Público à **atuação** dos organismos policiais.

**É por essa razão que tenho acentuado**, nesta Corte (Inq 2.033/DF, v.g.), que a formulação da acusação penal, **por prescindir** da prévia instauração de inquérito policial, **pode** ser, **desde logo**, deduzida em juízo.

Se é certo que nem sempre o ajuizamento da ação penal **dependerá** de inquérito policial, **não é menos exato** que a formulação de acusação penal, **para efetivar-se independentemente** das investigações promovidas pela Polícia Judiciária, **deverá** apoiar-se, **não em fundamentos retóricos**, mas em elementos, que, **instruindo** a denúncia, **indiquem** a realidade material do delito e **apontem** para a existência de **indícios** de autoria.

Isso significa, portanto, que o órgão de acusação, **mesmo quando inexistente** qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, **pode fazer instaurar** a pertinente persecução criminal, **desde que disponha**, para tanto, de elementos **mínimos** de informação, **fundados** em base empírica idônea, **pois** - como se sabe - a formulação de denúncia ou de queixa-crime, para **validamente** efetivar-se, **"deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de**

Inq 2.245 / MG

que o exercício desse grave dever-poder **não se transforme** em instrumento de **injunta persecução estatal**" (RTJ 168/896, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cumpra ter presente, desse modo, que, embora dispensável a prévia instauração de inquérito policial, a formulação da acusação penal, em juízo, supõe, **não** a prova completa e integral do delito e de seu autor (o **que somente** se revelará exigível **para efeito** de condenação penal), **mas** a demonstração - **fundada** em elementos probatórios mínimos e lícitos - **da realidade material** do evento delituoso e da existência de **indícios de sua possível** autoria, consoante correta advertência do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

*"Denúncia - Recebimento - **Suficiência** da fundada **suspeita** da autoria e **prova** da materialidade dos fatos - **Inteligência** do art. 43 do CPP.*

*Para o **recebimento** da denúncia, **é desnecessária a prova completa e taxativa** da ocorrência do crime e de seu autor, **bastando a fundada suspeita** de autoria e a **prova** da materialidade dos fatos."*

(RT 671/312, Rel. Des. LUIZ BETANHO - grifei)

Impende enfatizar, neste ponto, que o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, confirmando esse entendimento, tem acentuado ser dispensável, ao oferecimento da denúncia, a prévia instauração de inquérito policial, desde que seja

Inq 2.245 / MG

evidente a materialidade do fato alegadamente delituoso e estejam presentes indícios de sua autoria (AI 266.214-AgR/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - HC 63.213/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - HC 77.770/SC, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RHC 62.300/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, v.g.):

"O oferecimento da denúncia não depende, necessariamente, de prévio inquérito policial. A defesa do acusado se faz em juízo, e não no inquérito policial, que é meramente informativo (...)." (RTJ 101/571, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

"Denúncia - Oferecimento **sem a instauração** de inquérito policial - **Admissibilidade**, se a Promotoria **dispõe de elementos suficientes** para a formalização de ação penal (...)." (RT 756/481, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

" 'HABEAS CORPUS' - MINISTÉRIO PÚBLICO - **OFERECIMENTO DE DENÚNCIA - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL - EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE INFORMAÇÃO QUE POSSIBILITAM O IMEDIATO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO - PEDIDO INDEFERIDO.**

- O inquérito policial **não constitui** pressuposto legitimador da **válida instauração, pelo Ministério Público**, da 'persecutio criminis in iudicio'. **Precedentes.**

O Ministério Público, por isso mesmo, **para oferecer denúncia, não depende de prévias** investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária, **desde que disponha**, para tanto, de elementos **mínimos** de informação, **fundados** em base empírica idônea, **sob pena** de o desempenho da **gravíssima** prerrogativa de acusar **transformar-se** em exercício **irresponsável** de poder, **convertendo**, o processo penal, em **inaceitável** instrumento de arbítrio estatal. **Precedentes.**" (HC 80.405/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

A "**ratio**" subjacente a essa orientação - **que também traduz** a posição **dominante** na jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 664/336 - RT 716/502 - RT 738/557 - RSTJ 65/157 - RSTJ 106/426, v.g.) - **encontra apoio** no próprio **magistério da doutrina** (DAMÁSIO E. DE JESUS, "Código de Processo Penal Anotado", p. 07, 17ª ed., 2000, Saraiva; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, "Código de Processo Penal Comentado", vol. I, p. 111, 4ª ed., 1999, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 111, item n. 12.1, 7ª ed., 2000, Atlas), **cuja percepção** do tema **põe em destaque** que, "**se** está a parte privada ou o Ministério Público **na posse de todos os elementos, pode, sem necessidade de requerer a abertura do inquérito, oferecer, desde logo, a sua queixa ou denúncia**" (EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, "Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", vol. I, p. 288, 2000, Bookseller - grifei).

**É por essa razão** que o Supremo Tribunal Federal, por mais de uma vez (RTJ 64/342), **já decidiu** que "**Não é essencial** ao oferecimento da denúncia a instauração de inquérito policial, **desde** que a peça-acusatória **esteja sustentada** por documentos **suficientes** à caracterização da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria" (RTJ 76/741, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO).

Inq 2.245 / MG

Com estas observações, acompanho, nesse ponto específico, o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA.

Entendo, no entanto, na linha de voto (vencido) por mim proferido no MS 21.729/DF, de que foi Relator originário o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, que não assiste, ao Ministério Público, o poder de requisitar, por autoridade própria, não só ao Banco Central, mas a qualquer instituição financeira, a quebra do sigilo bancário.

Observo que o eminente Ministro-Relator **salienta** que o Senhor Procurador-Geral da República solicitou, diretamente, tais documentos ao próprio Banco Central, **o que** - segundo entendo - **constitui** medida que torna ilícita a prova daí resultante.

No caso, portanto, o eminente Procurador-Geral da República **obteve** informações, que, **embora** revestidas de sigilo - **somente superável** por ordem judicial ou deliberação de Comissão Parlamentar de Inquérito -, **foram-lhe transmitidas**, em decorrência de **requisição direta**, pelo Banco Central do Brasil.

A **controvérsia** instaurada na presente causa **suscita** algumas **reflexões** em torno do tema **pertinente** ao alcance da norma

Inq 2.245 / MG

inscrita no art. 5º, X e XII, da Constituição, que, ao consagrar a **tutela jurídica da intimidade**, dispõe que "**são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...**" (grifei).

Como se sabe, **o direito à intimidade** - que representa importante manifestação dos direitos da personalidade - qualifica-se como expressiva **prerrogativa** de ordem jurídica que consiste em reconhecer, **em favor da pessoa**, a existência de um **espaço indevassável** destinado a **protegê-la** contra **indevidas** interferências de terceiros na esfera de sua vida privada.

**Daí a correta advertência** feita por CARLOS ALBERTO DI FRANCO, **para quem** "*Um dos grandes desafios da sociedade moderna é a preservação do direito à intimidade. Nenhum homem pode ser considerado verdadeiramente livre, se não dispuser de garantia de inviolabilidade da esfera de privacidade que o cerca*".

Por isso mesmo, **a transposição arbitrária**, para o domínio público, de questões meramente pessoais, **sem** qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, **tem o significado de grave transgressão** ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade (**MS 23.669-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **pois**

Inq 2.245 / MG

este, **na abrangência** de seu alcance, representa o "direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada" (HANNAH ARENDT).

É certo que a garantia constitucional da intimidade **não tem** caráter absoluto. Na realidade, como já decidiu esta Suprema Corte, "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que **respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**" (MS 23.452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO). **Isso não significa**, contudo, **que o estatuto constitucional das liberdades públicas** - nele compreendida a garantia fundamental da intimidade - **possa ser arbitrariamente desrespeitado** por qualquer órgão do Poder Público.

Nesse contexto, **põe-se em evidência** a questão pertinente **ao sigilo bancário**, que, ao dar expressão concreta a **uma** das dimensões em que se projeta, **especificamente**, a garantia constitucional da privacidade, **protege** a esfera de **intimidade financeira** das pessoas.

**Embora** o sigilo bancário, **também ele, não tenha** caráter absoluto (RTJ 148/366, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - MS 23.452/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **deixando de prevalecer**, por isso mesmo, **em casos excepcionais**, diante **de exigências** impostas pelo interesse público (SERGIO CARLOS COVELLO, "O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade", "in" Revista dos Tribunais, vol. 648/27), **não se pode desconsiderar**, no exame dessa questão, que o sigilo bancário **reflete** uma expressiva **projeção** da garantia fundamental da intimidade - **da intimidade financeira** das pessoas, em particular -, **não se expondo**, em consequência, **enquanto valor constitucional que é** (VÂNIA SICILIANO AIETA, "A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental", p. 143/147, 1999, Lumen Juris), a intervenções estatais **ou** a intrusões do Poder Público **desvestidas** de causa provável **ou destituídas** de base jurídica idônea.

**Tenho insistentemente salientado**, em decisões várias **que já proferi** nesta Suprema Corte, **que a tutela jurídica** da intimidade constitui - **qualquer** que seja a dimensão em que se projete - **uma das expressões mais significativas** em que se pluralizam os direitos da personalidade. **Trata-se** de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), **cuja proteção normativa** busca erigir e reservar, **sempre em favor do indivíduo** - e

Inq 2.245 / MG

contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público - **uma esfera de autonomia** intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado.

O magistério doutrinário, **bem por isso**, tem acentuado que o sigilo bancário - **que possui** extração constitucional - **reflete**, na concreção do seu alcance, **um direito fundamental** da personalidade, **expondo-se**, em conseqüência, **à proteção jurídica** a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

O **eminente** Professor ARNOLDO WALD, **em precisa abordagem** do tema, **expendeu** lúcidas considerações **a respeito** dessa questão, **destacando a essencialidade** da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade pessoal e da liberdade individual:

*"Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos **dados** pessoais, é evidente que, diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.*

*Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos **papéis** de que tratam a Emenda nº IV à Constituição Americana, a Constituição*

Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência aos **papéis** que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os 'papéis' se transformaram em 'dados' geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. **A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo**, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, **no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais**, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, **passou a merecer a proteção constitucional** em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias.

Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que **a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional**, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente."

("Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas", vol. 1/206, 1992, RT - grifei)

O direito à inviolabilidade dessa franquia individual - **que constitui** um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas - **ostenta**, no entanto, caráter meramente relativo. **Não assume nem se reveste** de natureza

Inq 2.245 / MG

absoluta. Cede, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público.

A pesquisa da verdade, nesse contexto, constitui um dos princípios dominantes e fundamentais no processo de "disclosure" das operações celebradas no âmbito das instituições financeiras. Essa busca de elementos informativos - elementos estes que compõem o quadro de dados probatórios essenciais para que o Estado desenvolva regularmente suas atividades e realize os fins institucionais a que se acha vinculado -, sofre os necessários condicionamentos que a ordem jurídica impõe à ação do Poder Público.

Tenho enfatizado, por isso mesmo, que a quebra do sigilo bancário - ato que se reveste de extrema gravidade jurídica - só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

Inq 2.245 / MG

A **relevância** do direito ao sigilo bancário - **que traduz** uma das projeções realizadoras do direito à intimidade - **impõe**, por isso mesmo, **cautela e prudência** ao Poder Judiciário na determinação **da ruptura** da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, **em norma de salvaguarda**, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

É **preciso salientar**, neste ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal proclamou **a plena compatibilidade jurídica** da quebra do sigilo bancário, permitida pela Lei nº 4.595/64 (art. 38), com a norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição (Pet 577-QO/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU de 23/04/93), **reconhecendo possível** autorizar - **quando presentes fundadas razões** -, a pretendida "**disclosure**" das informações bancárias reservadas (RTJ 148/366).

Mais do que isso, esta Suprema Corte **salientou**, ao julgar o Inq 897-AgR/DF, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJU de 02/12/94, que, **não sendo absoluta** a garantia pertinente ao sigilo bancário, torna-se lícito afastar, **quando de investigação criminal se cuidar**, a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras, **revelando-se** ordinariamente **inaplicável**,

Inq 2.245 / MG

para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório.

**Impõe-se observar**, por necessário - e tal como adverte JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE ("Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 220/224, 1987, Livraria Almedina, Coimbra) - **que a ampliação** da esfera de incidência das franquias individuais e coletivas, **de um lado**, e a intensificação da proteção jurídica dispensada às liberdades fundamentais, **de outro**, tornaram inevitável a ocorrência de situações caracterizadoras de **colisão de direitos** assegurados pelo ordenamento constitucional.

**Com a evolução** do sistema de tutela constitucional das liberdades públicas, **dilataram-se os espaços de conflito** em cujo âmbito **antagonizam-se**, em função de situações **concretas** emergentes, posições jurídicas revestidas de **igual** carga de positividade normativa.

Vários podem ser, **dentro desse contexto excepcional de conflituosidade**, os critérios hermenêuticos destinados à solução das colisões de direitos, **que vão desde o estabelecimento** de uma ordem hierárquica pertinente aos valores constitucionais tutelados, **passando pelo reconhecimento** do maior ou menor grau de

Inq 2.245 / MG

fundamentalidade dos bens jurídicos em posição de antagonismo, até a consagração de um processo que, privilegiando a unidade e a supremacia da Constituição, viabilize - a partir da adoção "de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito" (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "*op. loc. cit.*") - a harmoniosa composição dos direitos em situação de colidência.

Sendo assim, impõe-se o deferimento da quebra de sigilo bancário, sempre que essa medida se qualificar como providência essencial e indispensável à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação estatal, desde que - consoante adverte a doutrina - não exista "*nenhum meio menos gravoso para a consecução de tais objetivos*" (IVES GANDRA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES, "*Sigilo Bancário, Direito de Autodeterminação sobre Informações e Princípio da Proporcionalidade*", "*in*" Repertório IOB de Jurisprudência nº 24/92 - 2ª quinzena de dezembro/92).

Contudo, para que essa providência extraordinária, e sempre excepcional, que é a decretação da quebra do sigilo bancário, seja autorizada, revela-se imprescindível a existência de causa provável, vale dizer, de fundada suspeita quanto à ocorrência de fato cuja apuração resulte exigida pelo interesse público.

Na realidade, **sem causa provável**, não se justifica, sob pena de inadmissível consagração do arbítrio estatal e de inaceitável opressão do indivíduo pelo Poder Público, a "**disclosure**" das contas bancárias, eis que a decretação da quebra do sigilo **não pode** converter-se num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa da vida financeira das pessoas.

A quebra do sigilo bancário importa, **necessariamente**, em inquestionável restrição à esfera jurídica das pessoas afetadas por esse ato excepcional do Poder Público. A **pretensão estatal** voltada à "**disclosure**" das operações financeiras **constitui** fator de grave ruptura das delicadas relações - já estruturalmente tão desiguais - existentes entre o Estado e o indivíduo, tornando possível, até mesmo, quando **indevidamente** acolhida, o **próprio comprometimento** do sentido tutelar que inequivocamente qualifica, em seus aspectos essenciais, o círculo de proteção estabelecido em torno da prerrogativa pessoal fundada no direito constitucional à privacidade.

Dentro dessa perspectiva, revela-se de inteira pertinência a invocação doutrinária da cláusula do "**substantive due process of law**" - já consagrada e reconhecida, **em diversas decisões proferidas por este Supremo Tribunal Federal**, como instrumento de

Inq 2.245 / MG

expressiva limitação constitucional ao próprio poder do Estado (ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.158/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) -, **para efeito** de submeter o processo de "**disclosure**" às exigências de seriedade e de razoabilidade.

Daí o registro feito por ARNOLDO WALD ("*op. cit.*", p. 207, 1992, RT), no sentido de que "A mais recente doutrina norte-americana fez do '**due process of law**' uma forma de controle constitucional que examina a necessidade, razoabilidade e justificação das restrições à liberdade individual, não admitindo que a lei ordinária desrespeite a Constituição, considerando que as restrições ou exceções estabelecidas pelo legislador ordinário devem ter uma fundamentação razoável e aceitável conforme entendimento do Poder Judiciário. Coube ao Juiz Rutledge, no caso *Thomas v. Collins*, definir adequadamente a função do devido processo legal ao afirmar que: 'Mais uma vez temos de enfrentar o dever, imposto a esta Corte, pelo nosso sistema constitucional, de dizer onde termina a liberdade individual e onde começa o poder do Estado. A escolha do limite, sempre delicada, é-o, ainda mais, quando a presunção usual em favor da lei é contrabalançada pela posição preferencial atribuída, em nosso esquema constitucional, às grandes e indispensáveis liberdades democráticas asseguradas pela Primeira Emenda (...). Esta prioridade confere a essas liberdades santidade e sanção que não permitem

Inq 2.245 / MG

*intromissões dúbias. E é o caráter do direito, não da limitação, que determina o **standard** guiador da escolha. Por essas razões, **qualquer tentativa de restringir estas liberdades deve ser justificada por evidente interesse público, ameaçado não por um perigo duvidoso e remoto, mas por um perigo evidente e atual'**" (grifei).*

A exigência de preservação do sigilo bancário - enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade - impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir, indevidamente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o Judiciário, ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito, pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.

A **efetividade** da ordem jurídica, a **eficácia** da atuação do aparelho estatal e a **reação social** a comportamentos qualificados pela nota de seu desvalor ético-jurídico **não ficarão comprometidas nem afetadas**, **se se reconhecer** aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamento e apoio nos estritos limites de sua competência institucional, a **prerrogativa** de ordenar a quebra do sigilo bancário. Na realidade, a **intervenção jurisdicional** constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e **impede**, pela atuação moderadora do Poder Judiciário, **que se rompa**, injustamente, a **esfera** de privacidade das pessoas, pois a quebra do sigilo bancário **não pode nem deve** ser utilizada, **ausente** a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras.

A **tutela** do valor **pertinente** ao sigilo bancário **não significa** qualquer restrição ao poder de investigar do Estado, **eis que** o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos incumbidos da administração tributária e previdenciária do Poder Público **sempre poderão requerer aos juízes e Tribunais** que ordenem às instituições financeiras **o fornecimento** das informações reputadas essenciais à apuração dos fatos.

**Impõe-se destacar**, neste ponto, **que nenhum embaraço** resultará do controle judicial **prévio** dos pedidos de decretação da quebra de sigilo bancário, **pois**, consoante já proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, **não sendo absoluta** a garantia pertinente ao sigilo bancário, **torna-se lícito afastar**, em favor do interesse público, **a cláusula de reserva** que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

**Não configura demasia insistir**, Senhora Presidente, **na circunstância** - que assume indiscutível relevo jurídico - de que a natureza eminentemente constitucional **do direito à privacidade impõe**, no sistema normativo consagrado pelo texto da Constituição da República, **a necessidade de intervenção jurisdicional** no processo de revelação de dados ("**disclosure**") **pertinentes** às operações financeiras, ativas e passivas, **de qualquer pessoa** eventualmente sujeita à ação investigatória do Poder Público.

**A inviolabilidade** do sigilo de dados, **tal como proclamada** pela Carta Política em seu art. 5º, XII, **torna essencial** que as exceções derogatórias à prevalência desse postulado **só possam emanar** de órgãos estatais - **os órgãos do Poder Judiciário** (e as Comissões Parlamentares de Inquérito) -, **aos quais** a própria

Inq 2.245 / MG

Constituição Federal **outorgou** essa especial prerrogativa de ordem jurídica.

A equação direito ao sigilo - dever de sigilo exige - **para que se preserve** a necessária relação de harmonia entre uma expressão essencial dos direitos fundamentais reconhecidos em favor da generalidade das pessoas (verdadeira liberdade negativa, que impõe ao Estado um claro dever de abstenção), de um lado, e a prerrogativa que inquestionavelmente assiste ao Poder Público de investigar comportamentos de transgressão à ordem jurídica, de outro - que a determinação de quebra do sigilo bancário **provenha** de ato emanado de órgão do Poder Judiciário, cuja intervenção moderadora na resolução dos litígios **revela-se garantia** de respeito **tanto** ao regime das liberdades públicas **quanto** à supremacia do interesse público.

**Sendo assim**, Senhora Presidente, **e tendo em consideração** as razões expostas, **entendo** que a decretação do sigilo bancário **pressupõe**, sempre, a existência de ordem judicial, sem o que não se impõe à instituição financeira o dever de fornecer, legitimamente, as informações que lhe tenham sido requisitadas.

Daí entender, com toda a vênia, na linha das razões já expostas pelos eminentes Ministros GILMAR MENDES e MARCO AURÉLIO, ser ilícita a prova em questão.

Não constitui demasia rememorar, neste ponto, Senhora Presidente, tal a gravidade que resulta do reconhecimento da ilicitude da prova, que esta Suprema Corte, em sucessivas decisões sobre a matéria, não tem admitido a utilização, contra quem quer que seja, de provas ilícitas, como resulta claro de recentíssima decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

“(...) ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.

- A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ‘due process of law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo.

- A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito

processual), não prevalecendo, em conseqüência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do 'male captum, bene retentum'. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA ('FRUITS OF THE POISONOUS TREE'): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO.

- Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária.

- A exclusão da prova originariamente ilícita - ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação - representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do 'due process of law' e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes.

- A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos 'frutos da árvore envenenada') repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar.

- Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz

significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

- Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova - que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal -, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.

- A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ('AN INDEPENDENT SOURCE') E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS 'SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)', v.g.."  
(RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma)

Gostaria, ainda, Senhora Presidente, de fazer outra indagação ao eminente Ministro-Relator. Ontem, da tribuna, eu ouvi, quando das sustentações orais, que se argüiu, também, a ilicitude de determinada prova, por alegado desrespeito às cláusulas constantes do acordo bilateral que o Brasil e os Estados Unidos formularam no contexto do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal.

Tenho presente, aqui, o Artigo VII do Acordo Bilateral de Assistência Judiciária em Matéria Penal que o Brasil e os Estados Unidos da América celebraram, em Brasília, em 1997, com correção posteriormente introduzida por ambos os Governos, por efeito de notas reversais (notas diplomáticas trocadas em 2001).

Observo que o Artigo VII contém uma cláusula que impõe restrições ao uso de documentos obtidos por efeito dessa convenção bilateral. Eis o que diz o Artigo VII, em seu inciso 1:

**"Restrições ao Uso**

1. A Autoridade Central do Estado Requerido" (no caso, portanto, os Estados Unidos da América) "pode solicitar que o Estado Requerente" (ou seja, no contexto em exame, o Brasil) "deixe de usar qualquer informação ou prova obtida por força deste Acordo em investigação, inquérito, ação penal ou procedimentos outros que não aqueles descritos na solicitação, sem o prévio consentimento da Autoridade Central do Estado Requerido." (no caso, o Governo dos Estados Unidos da América). "Nesses casos, o Estado Requerente" (ou seja, o Brasil) "deverá respeitar as condições estabelecidas." (grifei)

Indago a Vossa Excelência, considerado o substancial voto que proferiu, se esse tema foi abordado em sua decisão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Foi abordado, sim, no meu voto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em que passagem?

Inq 2.245 / MG

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR)- Vossa Excelência poderia ler a parte final do dispositivo do Decreto 3.810/2001?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O decreto presidencial em questão, **que promulgou** referida convenção bilateral, **em nada** inovou (**nem** poderia) nesse tema, **persistindo**, portanto, **a minha dúvida**, eis que, **segundo** prescreve esse Acordo de Cooperação Judiciária em matéria penal, **tratando-se** de restrição **ao uso** de documentos, "*o Estado Requerente*" (**o Brasil**, no caso) "*deverá respeitar as condições estabelecidas*".

**Daí a indagação** que formulo a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Foi argüido?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sim, essa questão **foi expressamente argüida** da tribuna, **quando** das sustentações orais.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR)- Sim, da tribuna, mas não na preliminar.

Inq 2.245 / MG

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Que houve restrição do Estado requerido?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É precisamente isso que quero saber. Esse é o esclarecimento que, por qualificar-se como matéria de fato, pode ser prestado pelo eminente Advogado que, da tribuna, suscitou referida questão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Porque não consta da abordagem do relator. Talvez não esteja na defesa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim, se há alguma restrição do Judiciário americano sobre a utilização da prova.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Trata-se de saber se, eventualmente, houve alguma restrição pedida pelo governo dos Estados Unidos em relação aos documentos enviados ao Brasil. É isso.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Os documentos vieram para informar o inquérito. Portanto, não pode ter havido uma restrição.

Inq 2.245 / MG

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) - Os Procuradores Federais brasileiros têm como chefe, precisamente, o Procurador-Geral da República.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O eminente Procurador-Geral da República, **ao esclarecer** matéria de fato, **vem de informar**, agora, que esses documentos foram produzidos, pelo Governo americano, **sem qualquer restrição**, para instruir, **especificamente**, este procedimento penal, **o que afasta** possível alegação de ilicitude da prova daí resultante.

Com estas considerações, Senhora Presidente, **mas insistindo na indispensabilidade** de ordem judicial **para efeito** de quebra de sigilo bancário (**ainda** que tendo o Banco Central do Brasil como destinatário da requisição **emanada** do Ministério Público Federal), **acompanho**, quanto **a esse** ponto específico, **a divergência** iniciada pelos eminentes Ministros GILMAR MENDES e MARCO AURÉLIO.

**É o meu voto.**