

**ESTELIONATO - CHEQUE SEM FUNDOS - SIGILO BANCÁRIO - DIREITO À INTIMIDADE -
DILIGÊNCIA - FUNDAMENTAÇÃO - REQUISITOS - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO -
PROVA ILÍCITA - TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA - ABSOLVIÇÃO**

Ementa: Apelação. Estelionato. Emissão de cheque sem fundos. Quebra do sigilo bancário. Irregularidade. Ausência de fundamentação do ato que determina a diligência. Não-preenchimento dos requisitos legais e jurisprudenciais. Ilicitude. Precedentes do STF. Teoria dos frutos da árvore envenenada. Aplicabilidade.

- O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada de que a quebra do sigilo bancário é prova válida como excepcionalidade ao direito à intimidade e à vida privada.

Todavia, em face do seu caráter excepcional, a produção dessa prova deve obedecer, rigorosamente, a requisitos legais que controlem a flexibilização dessa garantia individual.

- Admite-se a quebra dos sigilos bancários que obedeça aos seguintes requisitos: controle judicial, fundamentação idônea, finalidade pública previamente delimitada, imprescindibilidade da medida, lapso temporal e identificação minuciosa do correntista.

- É obrigatória a fundamentação na decisão que determina a quebra dos sigilos bancários, com o apontamento das razões que justificam a medida excepcional e o seu caráter imprescindível, além da definição precisa do lapso temporal que as informações devem abranger e a minuciosa identificação do correntista.

- Toda e qualquer prova produzida judicialmente deve contar com a ciência e participação da defesa, resguardando-se, dessa forma, o princípio constitucional do contraditório.

- Reconhecida a ilicitude de uma prova que vincula as demais, deve ser aplicada a teoria dos frutos da árvore envenenada, considerando inidôneo todo o conjunto probatório.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0223.04.155352-8/001 - Comarca de Divinópolis - Apelante: Marcos Antonio Alves Xavier - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 13 de março de 2007. - Alexandre Victor de Carvalho - Relator.

Notas taquigráficas

O Sr. Des. Alexandre Victor de Carvalho - I - Relatório.

Trata-se de apelação interposta por Marcos Antônio Alves Xavier, visando à reforma da sentença condenatória pela prática do crime descrito no art. 171 do Código Penal, cuja pena foi de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 40 (trinta) dias-multa.

Segundo narra a denúncia, o apelante teria obtido indevida vantagem econômica em prejuízo da vítima Antônio Carlos Borges, usando do artifício de adquirir jóias de ouro 18k e pagar com

cheques pós-datados, previamente ciente de que não teriam fundos na data ajustada para depósito.

O *Parquet* denunciou o apelante pelo delito de estelionato. Defesa prévia às f. 59/60. Alegações finais do Ministério Público, requerendo a procedência da denúncia às f. 69/72. O apelante apresentou suas alegações defensivas às f. 75/76.

A sentença condenatória de f. 187/191 foi prolatada, fundamentando-se na prova documental e testemunhal produzida.

O apelante recorreu da decisão, pugnando pela sua absolvição.

O *Parquet* apresentou, tempestivamente, as contra-razões recursais.

A Procuradoria de Justiça opinou que seja negado provimento ao recurso.

É o relatório.

II - Conhecimento.

Conheço do recurso em face do ajuste legal.

III - Preliminar.

Apresenta o apelante preliminar de nulidade das provas produzidas nos autos por estarem contaminadas pela quebra irregular de seu sigilo bancário.

Entendo que a matéria comporta apreciação no mérito, e não como prefacial.

De fato, acatada a tese defensiva, não existiria nos autos prova idônea e legítima a ensejar a condenação do réu, acarretando, assim, a sua absolvição.

Ademais, a inviabilidade de um conjunto probatório é inegavelmente matéria meritória, já que pugna pela incidência da teoria dos frutos da árvore envenenada - *fruits of the poisonous tree* - cuja conseqüência é a absolvição do acusado pela insuficiência de provas válidas para a condenação.

Isso posto, deixo de apreciar a preliminar apresentada para analisá-la no mérito.

IV - Mérito.

Entendo que assiste razão ao apelante ao pugnar por sua absolvição em face da inidoneidade do conjunto probatório produzido a seu desfavor.

O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência sedimentada de que a quebra do sigilo bancário é prova válida como excepcionalidade ao direito à intimidade e à vida privada. Todavia, em face do seu caráter excepcional, a produção dessa prova deve obedecer, rigorosamente, a requisitos legais que controlem a flexibilização dessa garantia individual.

Dentre tais requisitos, podem ser citados: controle judicial, fundamentação idônea; finalidade pública previamente delimitada, imprescindibilidade da medida, lapso temporal e identificação minuciosa do correntista.

Nesse sentido, o lapidar voto do Ministro Celso de Mello:

A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Doutrina. Precedentes. - Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira (STF, HC 84.758, Rel. Min. Celso de Mello).

Uma vez mais, sobre o mesmo tema, em outro julgado:

Comissão Parlamentar de Inquérito. Quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico. Ausência de indicação de fatos concretos. Fundamentação genérica. Inadmissibilidade. Controle jurisdicional. Possibilidade. Conseqüente invalidação do ato de *disclosure*. Inocorrência, em tal hipótese, de transgressão ao postulado da separação de Poderes. Mandado de segurança deferido.

- A quebra de sigilo que se apóia em fundamentos genéricos e que não indica fatos concretos e precisos referentes à pessoa sob investigação constitui ato eivado de nulidade.

- A quebra do sigilo inerente aos registros bancários, fiscais e telefônicos, por traduzir medida de caráter excepcional, revela-se incompatível com o ordenamento constitucional, quando fundada em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório se apóia em formulações genéricas, destituídas da necessária e específica indicação de causa provável, que se qualifica como pressuposto legitimador da ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a todos garantida pela Constituição da República. Precedentes. Doutrina.

- O controle jurisdicional de abusos praticados por comissão parlamentar de inquérito não ofende o princípio da separação de Poderes.
 - O Supremo Tribunal Federal, quando intervéem para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, neutralizando, desse modo, abusos cometidos por Comissão Parlamentar de Inquérito, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, nesse contexto, porque vocacionado a fazer prevalecer a autoridade da Constituição, não transgredir o princípio da separação de Poderes. Doutrina. Precedentes (STF, NS 25.668, Rel. Min. Celso de Mello).

Ainda no Pretório Excelso, no mesmo diapasão, o voto do Ministro Marco Aurélio:

Privacidade. Sigilo de dados. Regra e exceção. - A regra, constante do rol constitucional de garantias do cidadão, é a manutenção de privacidade, cujo afastamento corre à conta da exceção. Decisão judicial. Fundamentação. Sigilo de dados. Afastamento. - O princípio da vinculação resulta na necessidade imperiosa de os pronunciamentos judiciais serem fundamentados. Implicando o afastamento de garantia constitucional - intangibilidade de dados relativos à pessoa -, indispensável é a análise dos parâmetros do caso concreto, fundamentando o Estado-Juiz a decisão (STF, HC 86.094, Rel. Min. Marco Aurélio).

Pois bem. Em face dos julgados supratranscritos, fica evidenciado que o Supremo Tribunal Federal, considerando a quebra do sigilo bancário uma exceção à garantia individual da intimidade e da vida privada, somente aceita tal prova como idônea se decorrer de ato estatal devidamente fundamentado, com precisa identificação do lapso temporal que as informações deverão abranger e minuciosa identificação do correntista, inclusive com a necessidade de indicação do seu CPF.

No caso em tela, a decisão que determinou a quebra dos sigilos bancários - f. 41-v. -, a toda evidência, descumpriu todos os requisitos citados, porquanto carece completamente de

fundamentação, além de não indicar a finalidade da diligência e sua imprescindibilidade, não citar o lapso temporal que as informações deveriam abranger e nem sequer identificar corretamente o correntista.

E o mais grave: dessa decisão não foi intimada a defesa e sequer o próprio acusado, sendo tal prova produzida à mercê da participação do réu e seu defensor.

A movimentação bancária juntada às f. 53-56 foi crucial para a condenação do réu, pois demonstrou que diversos cheques foram emitidos pelo apelante sem a suficiente provisão de fundos, o que revelou, no entender da sentença condenatória, o dolo precedente do acusado quando da compra mercantil que ensejou a denúncia e o processo criminal.

O direito à intimidade e à vida privada, protegidos constitucionalmente, somente pode ser violado, obedecidos os critérios que impedem a arbitrariedade e o abuso, inadmissíveis no Estado Democrático de Direito.

Ademais, as provas devem ser produzidas em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, impondo-se contar, na sua produção, com a participação das partes que acabam por compor a lide processual penal.

Importante ressaltar, ainda, que a referida prova ilícita foi produzida antes da audiência de instrução, restando claro, pois, a contaminação de todo o arcabouço probatório.

Aliás, sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada, o Supremo Tribunal Federal, analisando a matéria em Plenário, manifestou-se a favor do entendimento de que a prova ilícita pode sim gerar a contaminação das demais provas que dela derivam. O acórdão foi relatado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, com a seguinte ementa:

Prova ilícita: Escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que, "nas hipóteses e na forma" por ela

estabelecidas, possa o Juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do *habeas corpus* pela soma dos votos no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do *habeas corpus*, verificar a existência de provas livres da contaminação suficientes a sustentar a condenação questionada. Nulidade da primeira decisão, dada a participação decisiva, no julgamento, de Ministro impedido (MS 21.750, 24.11.93, Velloso); conseqüente renovação do julgamento, no qual se deferiu a ordem pela prevalência dos cinco votos vencidos no anterior, no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica - a falta de lei que, nos termos constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la - contaminou, no caso, as demais provas, todas oriundas, direta ou indiretamente, das informações obtidas (*fruits of the poisonous tree*), nas quais se fundou a condenação do paciente.

Após esta decisão, o Pretório Excelso ratificou esse entendimento no HC 73.351-4, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, culminando por confirmá-lo, em mais uma decisão plenária proferida no HC 72.588/PB, nos seguintes termos:

1. O art. 5º, XII, da Constituição, que prevê, excepcionalmente, a violação do sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, não é auto-aplicável: exige lei que estabeleça as hipóteses e a forma que permitam a autorização judicial. Precedentes: a) Enquanto a referida lei não for editada pelo Congresso Nacional, é considerada prova ilícita a obtida mediante quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo quando haja ordem judicial (CF, art. 5º, LVI). b) O art. 57, II, a, do Código Brasileiro de Telecomunicações não foi recepcionado pela atual Constituição (art. 5º, XII), a qual exige *numerus clausus* para a definição das hipóteses e formas pelas quais é legítima a violação do sigilo das comunicações telefônicas.

2. A garantia que a Constituição dá, até que a lei o defina, não distingue o telefone público do particular, ainda que instalado em interior de presídio, pois o bem jurídico protegido é a privacidade das pessoas, prerrogativa dogmática de todos os cidadãos.

3. As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente.

4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo.

5. *Habeas corpus* conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de seis votos contra cinco (STF, Rel. Ministro Maurício Côrrea).

Por fim, é importante concluir, asseverando que o apelante não foi condenado pelo crime de emissão de cheques sem fundos, mas, sim, pelo estelionato na sua forma básica, cuja caracterização decorreu, exatamente, do reiterado comportamento do acusado de emitir cheques pós-datados sem a intenção de honrar o pagamento, o que somente foi revelado pela prova ilícita produzida nos autos.

IV - Conclusão.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso para absolver o apelante por insuficiência de provas.

É como voto.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores *Maria Celeste Porto e Vieira de Brito*.

Súmula - DERAM PROVIMENTO.

---:-