

Felipe Zular - nUSP 4769648
Gabriela Pletsch da Luz - nUSP 10274801
João Francisco Chacarosque - nUSP 9267672
Lucas Gabriel Campos Balog - nUSP 7182031
Pedro Luis Fiacadori - nUSP 8585939
Pedro Lopes de Carvalho - nUSP 9839694

1. Dos Fatos

No dia seguinte ao falecimento de Filomena (“Vítima”), Carlos, seu único herdeiro, dirigiu-se ao Banco do Brasil a fim de averiguar o saldo da conta corrente de titularidade da falecida.

Ao analisar o extrato bancário fornecido pelo gerente do banco, teria notado a realização de diversas transferências entre a conta de sua tia e a conta de sua cuidadora, Marie (“Condenada”).

A partir dessa análise, entendeu que Marie teria subtraído parte do valor da aposentadoria da falecida, direcionando o produto dessa subtração à sua própria conta.

Instaurado o inquérito e intimada à prestação de declarações, Marie confessou os fatos, tendo pago fiança e sido liberada.

Ainda durante a fase inquisitorial, averiguou-se que Marie teria subtraído o total de R\$ 50.000,00 da conta de Filomena, razão pela qual foi denunciada pela prática do delito de furto mediante fraude em continuidade delitiva.

Tendo sido concluída a fase de instrução, foi julgada a demanda pelo MM. Juízo da Vara Criminal da Comarca da Capital, resultando na condenação de Marie à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor mínimo unitário legal, nos termos do art. 155, §2º, inciso II, do Código Penal.

É a síntese do necessário.

2.1. Da proibição da prova ilícita

A atividade probatória, ao contrário de ser desregrada, está sujeita à necessária observância aos direitos fundamentais. Assim, embora haja certa liberdade à obtenção e produção de

provas no processo penal brasileiro, é incontestável que essa liberdade é limitada pelos princípios e normas constitucionais que asseguram os direitos humanos.

Justamente em razão desses limites, entendeu o legislador constituinte por proibir, no art. 5º, LVI, da Constituição Federal, as assim chamadas provas ilícitas. No mesmo sentido andou o Código de Processo Penal, ao dispor serem “inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas¹”. Entendem-se por ilícitas aquelas provas que “violam normas constitucionais de direito material ou processual, bem como as que violam normas legais infraconstitucionais de direito material” (FEITOZA, 2008, p. 191). De forma igualmente peremptória, afirma Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 31) que “lastreados no disposto no art. 157, caput, do CPP, [defendemos] serem ilícitas todas as provas obtidas com violação a normas constitucionais ou legais (normas penais ou processuais penais)”.

Nessa toada, em que pese as tentações de fazer proliferar os casos excepcionais, a atividade probatória no Estado Democrático de Direito não pode ser compreendida de forma desvinculada aos limites que a própria Constituição Federal impõe à atuação. Não raro, a desatenção a esses limites tem produzido situações de abuso de poder por parte de órgãos estatais encarregados da persecução penal, em agressão a princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Tal é precisamente o que vem ocorrendo no caso de Marie. Como restará provado, Marie foi condenada em primeira instância com provas obtidas em flagrante violação à garantia da inviolabilidade dos dados bancários, e por isso sua absolvição é medida que se impõe.

2.2. Da ilicitude do extrato bancário enquanto meio de prova

Necessário pontuar que o indigitado extrato bancário - que serviu de prova originária à presente ação penal - é uma prova ilícita, e enquanto tal deve ser desentranhado dos autos. Trata-se de prova ilícita notadamente porque foi obtido mediante afronta ao sigilo bancário, conforme será exposto a seguir.

De início, repare-se que a violação repercute diretamente na esfera constitucional, visto que o sigilo bancário integra o direito à privacidade, insculpido no art. 5º, X, da Constituição Federal. Veja-se, nesse sentido, o d. voto proferido pelo então Min. Carlos Velloso, do E. Supremo Tribunal Federal:

¹ Cf. art. 157 do Código de Processo Penal.

“O sigilo bancário protege interesses privados. **É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição Federal consagra (CF, art. 5º, X)**, além de atender a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito”, registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de de G. Ruta (*“Le Secret Bancaire em Droit Italien, Rapport, p. 17; Carlos Alberto Hangstrom, “O Sigilo Bancário e o Poder Público”, Rev. de Direito Mercantil, 79/34)”*)
(RTJ 148/366)

Ainda na Constituição Federal, o sigilo bancário foi prestigiado pelo legislador constituinte no art. 5º, X, que dispõe ser inviolável o sigilo de dados. Evidentemente, a espécie “dados bancários” está inclusa no gênero “dados” a que se reporta o referido dispositivo constitucional. Não bastasse a já expressa disposição constitucional, o sigilo bancário foi densificado pelo legislador infraconstitucional no art. 1º, da Lei Complementar 105/2001. Segundo esta norma, *“as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”*.

Daí porque os extratos bancários – tal como o extrato sob análise – estão cobertos pela proteção do sigilo fiscal, porquanto envolvem *“operações ativas e passivas”* prestadas por instituições financeiras. Inclusive, não é outro o entendimento da doutrina especializada no tema:

É certo que os extratos bancários, sendo documentos reveladores dos créditos e débitos na conta, são abrangidos pelo sigilo. Existe, então, um direito do cidadão ao segredo de tais informações, com o correspondente **dever das instituições financeiras de não divulgá-las.** Em se cuidando de dados cobertos por sigilo, **são vedados tanto o fornecimento de informações quanto a autorização para o exame de documentos por parte de terceiros.**
(BALTAZAR JR., José Paulo. *Considerações sobre o sigilo bancário.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 301, 2001, p. 108)

Nesse sentido, se é verdade que o extrato bancário é coberto pelo sigilo fiscal, também é verdade que o extrato bancário de Filomena, que devassa informações sigilosas da falecida e de Marie, foi obtido ao arrepio do devido processo legal. Importa frisar que não houve a prévia e imprescindível ordem judicial, tal como impõe o art. 1º, §4º, da Lei Complementar 105/2001.

Note-se que, em caso muito semelhante ao ora discutido, o E. Supremo Tribunal Federal não hesitou em declarar a ilegalidade dos extratos obtidos a partir da conta bancária de titularidade da falecida. Confira-se:

Ação Penal. Prova. Ilicitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de **dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.**

(2ª Turma, HC 90.298-7/RS, r. Min. Cezar Peluso, j. 08.09.2009)

Realmente, na linha do que restou assentado no acórdão supracitado, os extratos obtidos da conta bancária de titularidade da falecida são prova ilícita, porque a quebra do sigilo não foi previamente decretada por um juiz.

E para afastar desde já argumentos impertinentes ao deslinde da causa, saliente-se que Carlos não foi devidamente nomeado como Inventariante dos bens deixados por Filomena. Somente a partir da assinatura do Termo de Compromisso de Inventariante Carlos poderia “*representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele*” (art. 618, I, CPC/15). Ou seja, Carlos não gozava dos poderes necessários para representar o Espólio de Filomena, de tal sorte que não poderia ter tido acesso, sem que se respeitassem os trâmites da lei, às informações sigilosas.

Ante o exposto, revela-se flagrante a violação ao sigilo fiscal, tutelado, como se expôs, a nível constitucional e infraconstitucional. Não há outra solução senão desconsiderar e desentranhar dos autos os extratos bancários de Filomena. Como será sobejamente demonstrado a seguir, tal vicissitude fulmina de ilegalidade as demais provas (ilícitas, portanto) presentes nos autos do processo.

2.3. Da ilicitude por derivação da confissão da condenada e demais provas

Já demonstrada a ilicitude do extrato, obtido mediante quebra de sigilo bancário, cumpre asseverar que as provas que lhe sucederam, como a confissão prestada pela condenada, são igualmente ilícitas, uma vez que derivadas daquela.

A ideia de prova ilícita por derivação foi cunhada pela jurisprudência estadunidense nos casos *Silverthorne Luber x USA* e *Nardone x USA*, que consagraram a chamada teoria dos frutos da

árvore envenenada. Segundo essa teoria, as provas decorrentes (frutos) de uma prova anterior ilicitamente produzida (árvore) encontram-se maculadas pela mesma ilegalidade. Como esclarece Gustavo Henrique Badaró:

A prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida. Por exemplo, encontra-se um cadáver em cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si lícita), mas a informação do local em que o cadáver estava foi obtida por meio de uma confissão mediante tortura.² (grifo nosso).

Originalmente importada pela doutrina e pela jurisprudência, a prova ilícita por derivação recebeu tratamento normativo expresso quando da reforma promovida pela Lei nº 11.690/08, que incluiu no texto do CPP o art. 157, §1º. Este determina a inadmissibilidade da prova derivada da ilícita, feitas duas ressalvas:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Nota-se que, no caso em tela, a violação do sigilo bancário não só antecedeu a confissão da condenada como o próprio inquérito policial. Foi apenas após a obtenção ilegal do extrato bancário e a constatação de supostas irregularidades que Carlos se dirigiu às autoridades policiais, sendo razoável imaginar que, não ocorrendo tal violação de um direito fundamental, a polícia nem mesmo teria sido provocada, nem investigação alguma iniciada. Dessa forma, não se teria intimado Maria se não fosse a prova ilícita, de modo que a confissão obtida é dela resultante. Uma vez que o próprio inquérito tem a sua origem em uma prova eivada de ilicitude, quaisquer outras provas obtidas no curso do processo igualmente absorveram a ilegalidade da prova originária.

Ademais, é provável que a confissão só tenha sido fornecida após a divulgação à condenada de que a polícia obtivera acesso aos extratos bancários da falecida. A prova ilícita teria servido, portanto, de instrumento persuasivo para que Marie confessasse, o que ela dificilmente teria feito em outras circunstâncias. Resta assim evidente o vínculo entre a prova ilícita originária e a prova que lhe sucedeu, ilícita por derivação.

² BADARÓ, Gustavo H. **Processo Penal**. 3º ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015, pp. 408-409.

Notamos ainda que é altamente duvidoso que houvesse denúncia se não tivessem sido obtidos o extrato bancário e nem, por conseguinte, a confissão. Destarte, o próprio processo deve a sua existência a provas ilícitas (seja originalmente ou por derivação), e, portanto, a contaminação se estende a provas produzidas quando da instrução criminal.

No mesmo sentido já concluiu o Supremo Tribunal Federal, ao enfrentar caso semelhante (Habeas Corpus nº 90298/RS), no qual decidiu **por unanimidade** pela absolvição de condenada em razão de saques efetuados na conta de pensionista falecida (p. 2). Ali o STF não só entendeu pela inadmissibilidade da prova obtida mediante quebra de sigilo bancário como da posterior confissão da acusada, enquanto prova ilícita por derivação:

AÇÃO PENAL. Prova. Ilicitude. Caracterização. Quebra de sigilo bancário sem autorização judicial. Confissão obtida com base na prova ilegal. Contaminação. HC concedido para absolver a ré. Ofensa ao art. 5º, inc. LVI, da CF. Considera-se ilícita a prova criminal consistente em obtenção, sem mandado, de dados bancários da ré, e, como tal, contamina as demais provas produzidas com base nessa diligência ilegal.

(...) a declaração da ora paciente somente poderia ter sido adotada como prova desde que corroborada por outra fonte probatória **lícita**. Não foi o que ocorreu. A confissão foi obtida **após** a autoridade policial apresentar-lhe à ré os dados colhidos mediante a quebra ilícita de sigilo bancário. (...)

A confissão, aqui, aparece como **efeito da prova ilicitamente obtida, sendo razoável supor que não teria sido feita sem a quebra prévia do sigilo. Assim, a palavra da acusada, como meio de prova, padece de igual ilicitude, agora por derivação.**

(HC 90298/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 08/09/2009, grifo nosso e do autor).

Forçoso concluir, portanto, que a confissão da condenada e as demais provas constantes dos autos são ilícitas por derivação, como atesta a melhor doutrina e a jurisprudência da corte maior.

3. Da inocorrência das “exceções” previstas no art. 157, § 1º do CPP

Demonstraremos, ainda, que não se aplicam ao presente caso as ressalvas constantes do art. 157, 1º do CPP, quais sejam: (i) a não evidência de nexos causal entre as provas e (ii) a

possibilidade de sua obtenção por uma fonte independente. Caso se verificasse alguma destas, a prova que sucede a original ilícita seria admissível no processo.

Ora, a primeira das hipóteses não constitui propriamente uma exceção à inadmissibilidade da prova ilícita derivada, mas uma situação de inocorrência da derivação. Inexistente o vínculo causal, não há que se falar em prova derivada. É como entende Gustavo Henrique Badaró:

A primeira exceção - quando não evidenciado o nexo causal entre umas e outras - não se trata de uma ressalva à regra principal - de inadmissibilidade das provas derivadas da ilícita - , mas de sua não incidência. **Se não há um nexo de causalidade entre uma prova, isto é, a prova originária ilícita, e a outra, a prova dela derivada, em si, lícita, nem mesmo se coloca o problema da prova ilícita por derivação.**³

Desse modo, uma vez que, como demonstrado na seção anterior, sem a obtenção ilegal do extrato bancário não se haveria iniciado inquérito nem tampouco processo, a confissão e demais provas produzidas no curso da investigação e da instrução estão causalmente atreladas à prova original. Em especial, como também já exposto, seria improvável que Marie houvesse confessado não tivessem as autoridades acesso ilícito ao extrato. Assim, demonstrado o vínculo causal e a derivação.

Por sua vez, o conceito de "fonte independente" (originário do caso norte-americano *Bynum vs. USA*) também não é propriamente uma exceção à inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. O ordenamento pátrio, no art. 157, § 2º do CPP, assim define a expressão:

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

Assim, o Código de Processo Penal entende por fonte independente a prova que seria inevitavelmente descoberta pelo recurso aos procedimentos investigativos típicos de investigação ou instrução. Como evidenciam Nestor Távora e Rosmar Alencar, o conceito guarda grande proximidades com a ideia de vínculo causal:

A prova absolutamente independente (...) não seria propriamente uma exceção aos efeitos da teoria dos frutos da árvore envenenada, e sim uma teoria coexistente, permitindo justamente a devida integração, partindo-se do

³ BADARÓ, Gustavo H. **Op. cit.** pp. 409-410.

pressuposto de que, **não havendo vínculo entre as provas, não há de se falar em reflexos irradiando contaminação àquelas provas que não derivaram da ilícita.**⁴

Desse modo, discutir derivação implica discutir dependência e nexo causal. O que se argumentou até agora é justamente que o inquérito e o processo tiveram origem em uma prova ilicitamente obtida, sem a qual não teriam sido iniciados. A intimação e a posterior confissão só se deram em razão das supostas irregularidades por Carlos ao ter acesso ao extrato bancário. Tais provas, como já demonstrado, não teriam sido produzidas ou obtidas sem que antes o sigilo bancário da falecida fosse violado.

Não há portanto, que se falar em fonte independente ou ausência de relação de causalidade entre as provas. As provas subsequentes derivam do extrato obtido em violação ao direito fundamental ao sigilo bancário e são ilícitas da mesma forma.

4. Da inaplicabilidade da proporcionalidade e da boa-fé para admitir provas ilícitas

Não há que se falar em exceção à vedação da prova ilícita por derivação em virtude da proporcionalidade ou da boa-fé, porquanto a lei só prevê as duas exceções explicitadas no item anterior. Logo, como as provas do caso concreto não se encaixam em nenhuma das duas exceções acima, Marie não poderia ter sido condenada.

Conforme extensamente demonstrado na presente defesa, o direito à produção da prova não pode ser absoluto, devendo ser limitado pela proibição ao uso da prova ilícita e daquelas que dela derivam (art. 5º, LVI, da Constituição Federal e art. 157 do CPP). E isso como respeito ao próprio devido processo legal e em nome da adequada efetividade do processo, pois são hipóteses em que o direito à prova cede frente a outros valores constitucionalmente garantidos.

É certo que o legislador infraconstitucional, ao disciplinar a prova ilícita no artigo 157 do CPP, estabeleceu apenas duas hipóteses que permitem a utilização de provas ilícitas por derivação, quais sejam: (i) quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade entre as provas ilícitas e aquelas derivadas desse tipo de prova ou (ii) quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Editora Podivm, 2013.

Nesse sentido, Paulo Osternack do Amaral ensina que a vedação à prova ilícita *“trata-se da imposição pela constituição de um limite moral ao direito à prova, que norteia a conduta das partes e a atividade do juiz no processo”*.

Existe corrente doutrinária que vem defendendo a possibilidade de mitigação da regra estabelecida pelo Código de Processo Penal, a partir da defesa do princípio da proporcionalidade, sustentando que a prova deverá ser aproveitada, desde que estejam em jogo interesses relevantes que se sobreponham à violação do direito.

Tal vertente doutrinária ignora de forma manifesta a redação dada pela Lei nº 11.690/2008 ao artigo 157 do CPP, posto que a reforma legislativa deixou prejudicado o critério da proporcionalidade no que tange à prova obtida para a condenação penal. Não é demais lembrar que, como frisa o já citado professor Nucci, a reforma realizada no Código de Processo Penal não aceita, tanto no campo constitucional como no infraconstitucional, qualquer prova obtida por meio ilícito.

Nesse diapasão, a vedação à prova ilícita usada para o fim de aplicar uma sanção impede que sejam introduzidas no processo penal provas obtidas com violação dos direitos fundamentais da pessoa acusada, e essa situação é evidente na situação fática discutida nos autos.

Isso porque restou comprovado que a prova dos autos não incorreu nas hipóteses de exceção consignadas pelo artigo 157 do CPP, e a disciplina do Código não comporta mitigação da regra constitucionalmente prevista exceto em casos extremamente extraordinários.

Tal entendimento é reforçado pelo E. Supremo Tribunal Federal, veja-se:

*“Como afirmam GRINOVER, SCARANCA, FERNANDES e GOMES FILHO, ainda aqueles que defendem a mitigação de garantias individual na obtenção de **prova criminal somente a admitem, com caráter excepcional, em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilícita**”. Ora, ainda que a invocação do princípio da proporcionalidade para admitir a prova ilícita apresenta contornos perigosamente subjetivos e imprecisos, não restam dúvidas de que não se cuida aqui, de hipótese que legitime tal expediente.*

A paciente, acusada de crime patrimonial, tece o sigilo bancário violado sem autorização judicial. Trata-se, portanto, de prova obtida ilicitamente, mediante violação de garantia constitucional. As informações obtidas por meio ilícito sustentaram, de maneira isolada, o oferecimento da denúncia. Considerar a possibilidade de ocorrência de infração penal, praticada sem violência, como suficiente para afastar a ilicitude da prova, equivale a esvaziar por completo a tutela constitucional da intimidade” (HC 90.298/RS de Relatoria do Sr. Min. Cesar Peluso). (grifou-se).

O caso sobre o qual o STF se debruçou tem conteúdo fático de semelhança aguda com o discutido no presente feito. Não há que se falar em exceção à prova ilícita apresentada nos autos, em razão de proporcionalidade, muito menos de boa-fé por parte de Carlos, na medida em que o ilícito não foi praticado com violência e a mitigação dos efeitos da prova ilícita subverteria a razão de ser da tutela constitucional da intimidade. Houve clara violação do sigilo bancário sem qualquer autorização judicial, restando evidente a infração à legislação pátria.

A flexibilização da disciplina do artigo 157, CPP, no presente caso é verdadeira afronta aos preceitos constitucionais e infralegais, sendo evidente a impossibilidade da manutenção de qualquer medida nesse sentido.

5. Do Pedido

Nestes termos, requeremos o provimento do Recurso de Apelação para que se determine a imediata e expedita **absolvição de Marie**, posto que as provas que fundamentaram a sua condenação violam, por derivação, a garantia constitucional de sigilo bancário.