

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 22.10.2004

12/02/2004

EMENTÁRIO Nº 2169-1

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL****RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA**

REQUERENTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

**EMENTA:** AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes.

Ação julgada procedente, em parte.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, no que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais".

Brasília, 12 de fevereiro de 2004.

  
MAURÍCIO CORRÊA

PRESIDENTE E RELATOR



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL**RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA**

REQUERENTE : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

R E L A T Ó R I O

**O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA:** O Procurador-Geral da República, com fundamento no artigo 103, VI, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9034, de 3 de maio de 1995, que tem o seguinte teor:

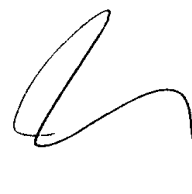
"Art. 3º - Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§ 1º - Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º - O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiveram relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§ 3º - O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º - Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que



poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º - Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça."

2. Conforme está disposto no caput desse artigo 3º, as normas impugnadas disciplinam a diligência a ser realizada pelo juiz apenas nas hipóteses previstas no **artigo 2º, inciso III**, da Lei 9034/95, que abaixo transcrevo, *verbis*:

**"Art. 2º** - Em qualquer fase de persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas são permitidos, além dos já previstos na lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

I - (...)

II - (...)

**III** - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."

3. A impugnação circunscreve-se à pretendida inconstitucionalidade do artigo 3º, dizendo-o incompatível com o disposto nos artigos 5º, LIV e LV, 93, IX, e 129, I, da Constituição Federal. Ao fundamentar suas razões, o requerente colaciona lições doutrinárias que censuram a norma impugnada, visto que institui a figura do juiz inquisidor, com a quebra dos princípios da imparcialidade e da publicidade.

4. Alega o autor que, a prevalecerem as disposições impugnadas, o magistrado, após realizar a diligência, não poderá utilizar-se da prova que ele mesmo produziu como elemento valorativo



ADI 1.570 / UF

de sua convicção final, uma vez que a imparcialidade do juiz constitui uma das principais garantias inerentes ao devido processo legal.

5. Esta Corte, ao examinar o mesmo dispositivo legal na ADI 1517, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, negou o pedido cautelar também pleiteado naquela ação, razão pela qual indeferi, de plano, a liminar pretendida nessa ação (fl. 13). As informações foram prestadas pelas autoridades requeridas nos autos da mencionada ADI 1517 (cópias às fls. 55/108).

6. O Congresso Nacional, por seu Presidente, ao transcrever doutrina de Hélio Tornaghi, Paulo Lúcio Nogueira e Magalhães Noronha, sustenta que a Constituição Federal, em seu artigo 144, não vedou o deferimento por lei das funções de polícia judiciária e de realização de investigações criminais, em caráter excepcional, a outros entes do Poder Público, sejam eles agentes administrativos ou mesmo magistrados. Argumenta, ainda, que a imposição do sigredo de justiça no resguardo do sigilo garantido pela Constituição ou por lei, a ser preservado na forma da norma, não fere os princípios da publicidade e da motivação dos julgamentos pelos órgãos do Poder Judiciário e que o sigilo, inerente à fase *pré-processual*, deve ser guardado não só no interesse das investigações, mas também do acusado e da própria sociedade.

7. Ao refutar as alegações do autor de que a aplicação do dispositivo impugnado resultaria em parcialidade do julgador, concluem as informações que eventuais afrontas aos direitos e garantias fundamentais somente poderiam ser imputadas ao magistrado e não à lei, sendo que a mera suposição nesse sentido não pode constituir fundamento suficiente para invalidar o ato normativo.



ADI 1.570 / UF

8. O então Advogado-Geral da União, Geraldo Magela da Cruz, no cumprimento do disposto no § 3º do artigo 103 da Constituição, manifesta-se pela improcedência do pedido (fls. 37/41).

9. O Ministério Público Federal, à vista de encontrarem-se apensados estes autos aos da ADI 1517, com o mesmo objetivo, opina pelo não-conhecimento da referida ação, por ilegitimidade ativa da associação requerente, e pela admissão e procedência da presente (fls. 43/48).

10. Ao ratificar os termos da inicial, o *Parquet* alega que o diploma legal em causa compromete a imparcialidade do juiz e contraria todo o sistema acusatório do processo penal brasileiro. Assevera que, em face da inconstitucionalidade da lei, sua eficácia acabou comprometida, tanto que "*tem sido pouco ou nada aplicada pelo Poder Judiciário*". Colaciona, em abono de sua tese, lições da mais abalizada doutrina.

11. Pelo despacho de fl. 50, determinei fossem os presentes autos desapensados, uma vez que na ADI 1517 proferi decisão reconhecendo a ilegitimidade ativa da ADEPOL, na forma da jurisprudência contemporânea do Tribunal.

É o relatório, de que serão extraídas cópias para remessa aos Senhores Ministros (RISTF, artigo 172).



V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (Relator): Cumpre-me relembrar, em face do tempo já decorrido, que o Tribunal, ao apreciar a medida cautelar requerida na ADI 1517, julgou por bem indeferir o pedido, por não antever relevância jurídica para suspender os dispositivos legais impugnados. Na oportunidade, entendeu a Corte que as alegações de ofensas aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal não guardavam consistência suficiente para justificar a suspensão liminar da norma.

2. Concluí meu voto indeferindo a cautelar, nos seguintes termos:

*"Diante do exposto, pelo menos neste exame preliminar, não me convenço que a fumaça do bom direito comprometa a indicada conveniência da manutenção das normas impugnadas, pela sua alta destinação visando ao desmantelamento das quadrilhas organizadas, que já começam a constituir-se em pesadelo para a sociedade e o Estado.*

*Ademais, depois de dois anos da vigência desses dispositivos, não me consta que tenha havido qualquer fato capaz de apontá-los como a justificar a sua suspensão pelas premissas do **periculum in mora**."*(fls. 26/34).

3. O dispositivo impugnado, como se viu, confere ao juiz competência para diligenciar pessoalmente na obtenção de provas pertinentes à persecução penal de atos de organizações criminosas, com dispensa do auxílio da polícia judiciária e do Ministério Público. Passados mais de cinco anos do julgamento cautelar, e após refletir mais detidamente sobre o tema, agora tratando-se de julgamento definitivo, penso que, efetivamente, o dispositivo



ADI 1.570 / UF

atacado não pode prevalecer diante das normas constitucionais vigentes.

4. Observo, inicialmente, que após a propositura da ação sobreveio a edição da Lei Complementar 105, de 10/01/01, que dispõe sobre sigilo bancário e financeiro. Referida norma, em seu artigo 1º, § 4º, inciso IX, prevê:

*"Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*

*(...)*

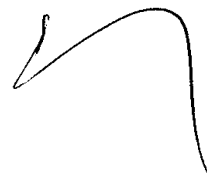
*§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:*

*(...)*

*IX - praticado por organização criminosa."*

Constata-se, dessa forma, que em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações delituosas praticadas por organizações criminosas, lei superveniente e de hierarquia superior regulou integralmente a questão, revogando, por incompatibilidade, a norma anterior, ora em julgamento. Na lição de Alberto Silva Franco, "...embora não tenha havido uma explícita revogação na Lei Complementar, força é convir, pelas razões mencionadas, que o texto do art. 3º da Lei 9.034/95, não tem mais condições de subsistência e o juiz inquisidor e arrebanhador de provas foi morto e sepultado...".

5. Tenho por prejudicada a ação, portanto, na fração em que o procedimento visado incide sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. Em verdade, a amplitude ditada pela lei complementar superveniente, incompatível com o cuidado excessivo do preceito em exame, praticamente acabou com a já



ADI 1.570 / UF

comprometida eficácia do citado artigo 3º, cuja aplicação prática, a propósito, segundo tenho conhecimento, é quase nula. De qualquer sorte, remanesce em vigor a sua disciplina quando trata da obtenção de informações fiscais e eleitorais que possam implicar a violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei. Sob essa perspectiva, passo ao exame dos fundamentos do pedido.

6. Quanto à alegação de que teria sido violado o princípio do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), observa-se que o artigo 3º da Lei 9034/95 efetivamente cria procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. Indaga-se, por isso mesmo, se o magistrado está imune de influências psicológicas, de tal sorte que o dinamismo de seu raciocínio lógico-jurídico fique comprometido por idéias preconcebidas, pondo em risco a imparcialidade de sua decisão?!

7. Penso que não. Evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade. Nesse sentido o ex-Ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel, bem situou o tema acerca da violação ao devido processo legal. Disse ele:

*"Essa atividade coletora de provas do juiz, creio, viola a cláusula do "due process of law". Viola, porque compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade. E a imparcialidade, como sabemos, é virtude exigida de todo e qualquer magistrado (...).*

7





ADI 1.570 / UF

*E coletando provas, não paira dúvida, ele será fatalmente influenciado. Talvez valesse para um 'juiz preparador', nunca para um 'juiz julgador'. Ademais, o 'princípio da ação', do **ne procedat judex ex officio**, impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício. Esse não é o papel institucional e constitucional reservado ao magistrado."*

8. Para Ada Pellegrini Grinover a norma fere a imparcialidade do juiz e "é, igualmente inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios de acusação e de defesa como funções essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo estas aos juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extra-processual".

9. Outro não é o motivo pelo qual, tanto no Direito Penal quanto no Civil, afasta-se do julgamento o juiz que se considera impedido ou cuja suspeição é argüida. Pela mesma razão o artigo 424 do CPP determina se proceda ao desaforamento se houver comprometimento com a exigência de imparcialidade do julgador, virtude sem a qual nenhum cidadão procuraria o Poder Judiciário para fazer valer seu direito.

10. O dispositivo em questão parece ter criado a figura de *juiz de instrução*, que nunca existiu na legislação brasileira, tendo-se notícia de que em alguns países da Europa esse modelo obsoleto tende a extinguir-se. Não se trata, como sustentam as informações do Ministério da Justiça submetidas ao Advogado-Geral da União (fl. 104), de simples participação do juiz na coleta da prova, tal como ocorre na inspeção judicial (CPC, artigos 440 e 443). Nessa última hipótese, as partes têm o direito de assistir à inspeção, prestando esclarecimentos que repute de interesse para a



ADI 1.570 / UF

causa (CPC, artigo 442, parágrafo único). Já no caso em exame, as partes têm acesso somente ao auto de diligência, já formado sem sua interferência.

11. A propósito, o § 2º do artigo 3º dispõe que o magistrado relatará as informações colhidas e promoverá a anexação de cópias autenticadas dos documentos **que tiverem relevância probatória**. Ora, exige-se do julgador, desde logo, juízo de valor quanto aos meios probantes, vinculando, por óbvio, sua apreciação subjetiva no momento futuro da sentença. Claro está que a incumbência do juiz não é apenas a de avaliar a prova preexistente, a cargo das partes, como ocorre regularmente, mas efetivamente produzir provas, seja em favor da acusação ou da defesa. A lei acaba por promover uma equiparação do juiz às partes, o que se me afigura inadmissível no sistema judiciário vigente no País.

12. Para Walter Nunes da Silva Júnior, "a psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente **do juízo de instrução** é a vinculação, inconsciente, do Juiz, às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso (...) Nesse passo, entendo que o art. 3º da Lei nº 9.034/95 é **inconstitucional**, pois o sistema acusatório puro, tendo como uma de suas características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República".

13. Em verdade, a legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigos 129, I



ADI 1.570 / UF

e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV e § 4º). Tal figura revela-se incompatível com o sistema acusatório atualmente em vigor, que veda a atuação de ofício do órgão julgador.

14. Convém refletir, ainda, sobre a constatação de que o legislador ordinário, ao atribuir ao juiz a incumbência de realizar pessoalmente a diligência quando ocorrer "*possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei*", acabou por mitigar a confiabilidade do Ministério Público, cuja titularidade para a ação penal, reconhecida pela Carta Federal, seria bastante para evitar que a coleta de provas e a decisão final fossem exercidas por uma única pessoa. A questão ganha relevo quando o sigilo, base de toda essa inovação, afasta o *Parquet* e a Polícia da realização do inquérito e permite que o juiz possa ser auxiliado por outras pessoas que, "*pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo*".

15. Ora, cuida-se de outorga legal que, por fim, acaba subtraindo das duas instituições tradicionais de nosso sistema constitucional atribuições típicas das esferas de suas ações, subvertendo princípios e gerando descrédito, não só às pessoas em si que as integram, mas sobremaneira ao conceito e prestígio delas mesmas.

16. Esta Corte tem se pronunciado a favor da tese de que a realização de inquérito é função que a Constituição reserva à Polícia. No julgamento da ADI 1115/DF, Néri da Silveira, assentou-se:

"A Constituição, por outro lado, prevê a exclusividade do inquérito policial presidido por

ADI 1.570 / UF

delegado de polícia de carreira (CF, art. 144. § 4º) (DJ de 17/11/95).

17. Nesse mesmo julgamento, afirmou Velloso:

*"Sr. Presidente, há relevância jurídica, sem dúvida nenhuma, tendo em vista o que está escrito nos parágrafos 1º e 4º do art. 144 da Constituição, ao estabelecer que às polícias civis, como à polícia federal, compete as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. A lei que retira dessas polícias essas atribuições, parece-me, pelo menos ao primeiro exame, contrariar a Constituição"* (Ib.).

18. Em apartes dos Ministros Pertence e Paulo Brossard realçou-se o fato de que é a Polícia que realiza o inquérito no caso de crimes porventura cometidos pelos Senadores, Ministros de Estado e Vice-Presidente da República (fl. 21). Parece-me relevante a comparação, dado que, também nessas hipóteses, estaria justificada a exclusividade conferida ao juiz na apuração das diligências próprias do inquérito, que em verdade não ocorre, exatamente por contrariar o sistema acusatório prevalente.

19. Peço vênias, de resto, para destacar trecho do parecer do Ministério Público Federal que, com apoio em Damásio de Jesus, Ada Pellegrini Grinover e Luiz Flávio Gomes, assim se manifestou, *verbis*:

*"A norma objeto da impugnação desloca o juiz de sua posição imparcial, transformando-o num coletor de provas, realizando pessoalmente as diligências. A árdua tarefa de formação da prova cabe à parte, no caso, o Ministério Público, titular da ação penal pública.*

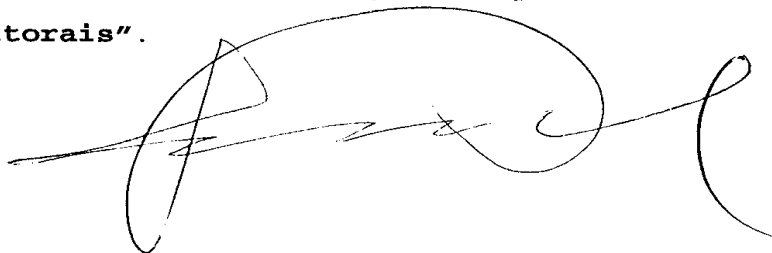
*O mais grave, a meu sentir, é que o próprio magistrado que realiza a diligência, poderá utilizar-se da prova que produziu como elemento valorativo de sua convicção final.*



ADI 1.570 / UF

A imparcialidade do juiz, mormente no processo penal que guarda correspondência imediata com o **ius libertatis** do cidadão, constitui uma das principais garantias inerentes ao consagrado princípio do *due process of law*."(fls. 47/48).

Ante essas circunstâncias, julgo procedente, em parte, a ação para declarar inconstitucional o artigo 3º da Lei 9034, de 03 de maio de 1995, na fração em que se refere aos dados "**fiscais**" e "**eleitorais**".

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a series of loops and a long horizontal stroke.

12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, acompanho Vossa Excelência, com a ressalva, contudo, de não o fazer no ponto em que opta pelo que eu chamaria de "a primazia policial" no processo criminal. Preocupo-me mais com o País. O Ministério Público com postura meramente contemplativa faz do processo penal, no Brasil, uma fachada.



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL

À revisão de apertes do Sr. Ministro Nelson Jobim.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Senhor Presidente, acompanho a ressalva do eminente Ministro Joaquim Barbosa. Não vou declinar as razões pelas quais estou absolutamente convicto de o Ministério Público ter, sim, poderes de investigação criminal. Não se trata disso neste momento.

Quanto à lei objeto da ação direta de inconstitucionalidade, fico um pouco perplexo e partilharei com meus eminentes pares essa perplexidade.

Segundo entendi do relatório de Vossa Excelência — vamos falar numa linguagem mais desabrida —, o art. 3º da lei adversada regulamenta o inciso III do art. 2º da Lei nº 9.034/95, que diz:



"Art. 2º.

III- O acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais".

Tudo isso, porém, relacionado com a cabeça do art. 2º, que se refere, exclusivamente, à "persecução criminal que verse sobre a ação praticada por organizações criminosas" (*sic*).

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Preciso fazer uma retificação: o **caput** do art. 2º já foi alterado pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, e suprimiu a referência à "organização criminosa". Está redigido assim:

"Lei nº 9.034.

.....  
Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos em investigação e formação de provas:  
....."

Ou seja, a Lei nº 10.217/2001 suprimiu a parte restrita à organização criminosa.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - É uma informação preciosa. Estava fazendo uma pesquisa com legislação e perdi essa parte importante do relatório.




ADI 1.570 / UF

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM -- A Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, deu uma nova redação ao art. 2º, **caput**, suprimindo a expressão: "que verse sobre ações praticadas por organizações criminosas".

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Isso realmente altera o fundamento do voto que iria proferir. Agradeço ao Ministro Nelson Jobim.

Senhor Presidente, com a ressalva feita pelo Ministro Joaquim Barbosa, acompanho o voto de Vossa Excelência.

\* \* \* \* \*



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERALV O T O

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** - Senhor Presidente, apenas faço algumas observações para evitar que se possa tomar a literalidade do fundamento, como também a virtual inspeção judicial do Código de Processo Civil, que tem uma natureza processual de prova.

Diz o CPC, no seu art. 440:

*"Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa."*

O Código de Processo, na área cível, viabiliza ao juiz realizar inspeções judiciais.

Marcarei uma inspeção judicial logo. Quero exatamente estabelecer que, nesta Casa, não participo dos fundamentos essencialistas - não é o caso de Vossa Excelência -, como se a função do juiz fosse essencial e não é definida na Constituição. Se esta modificar, determinar e criar, como se está discutindo no Congresso Nacional - embora eu seja contra -, o chamado "poder instrutório do Juiz", diria que essas mudanças não alteram nada quanto à essência em relação ao juiz. E faço o registro da aliança do Ministério Público com a polícia, neste caso.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO** - Ministro Nelson Jobim, na lei citada por Vossa Excelência, o juiz poderá.

**ADI 1.570 / UF**

Aqui, na lei impugnada, o juiz não tem opção: ele é obrigado a diligenciar; é muito mais grave.

12/02/2004

TRIBUNAL PLENO


AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO: - Senhor Presidente, peço licença para divergir de Vossa Excelência.

A figura do juiz estático, espectador, do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade.

Li o artigo de notável cronista de um jornal do Rio de Janeiro, em que ele dizia justamente o seguinte: sempre que um juiz fiscaliza de perto um processo, o resultado sai mais favorável à verdade.

Quero dizer que o processo, hoje, não tem sentido privatístico, em que o juiz era mero expectador. O juiz conduz o processo, conduz a instrução e deve buscar a verdade material, em que vai se fundar o pronunciamento do Estado-juiz.




ADI 1.570 / UF

O art. 2º da Lei nº 9.034/95, inciso III, diz no seu caput:

"Art. 2º. Em qualquer fase de persecução criminal" - neste ponto houve uma alteração - "são permitidos sem prejuízo, dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III- o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais."

E o que faz o dispositivo, aqui acimado de inconstitucional? Simplesmente diz que, na hipótese do inciso III do art. 2º, se ocorrer - veja a excepcionalidade - "possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça". Como isso pode tirar a imparcialidade do julgador?

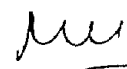
É uma lei que, ao contrário, assegura garantias ao jurisdicionado, a fim de impedir que "o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais", seja divulgado. Coisa que assistimos quase todos os dias na imprensa. 

ADI 1.570 / UF

Outro dia, um notável advogado me dizia que certas investigações ocorridas em Estados da Federação não são conhecidas pela defesa em razão do sigilo, mas pela imprensa sim.

Então penso que essa norma, ao contrário de tratar mal a Constituição, presta obséquio - com licença do eminente Ministro Sepúlveda Pertence - à justiça, às garantias constitucionais das pessoas.

Vossa Excelência citou parte de um voto meu em que digo ser da polícia a competência para instaurar inquéritos e, assim, realizar investigações. Continuo fiel a esse ponto de vista. Todavia, não encaro de forma ortodoxa essa posição. Nesta Casa, recentemente, citei exemplo, formulado comumente pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence: se amanhã o Ministério Público receber uma carta com documentos, contendo uma acusação que possibilite a instauração de ação penal, ele o faz, dispensando o inquérito. Mais: se é procurado em seu gabinete por um cidadão com uma denúncia, ele não pode tomar o seu depoimento? É claro que pode. Seria desarrazoado o entendimento sustentando o contrário.




ADI 1.570 / UF

O que o Ministério Público não pode fazer é baixar portaria e instaurar inquérito policial, que isto é da competência da polícia, está na Constituição.

Quero dizer mais: o fato de ser da polícia a atividade principal da investigação não significa que não poderia o juiz, em caráter excepcional, realizar uma diligência. Como juiz de primeiro grau, fiz muitas inspeções, que foram relevantes na busca da verdade material.

Desse modo, com essas breves considerações, peço licença a Vossa Excelência, cujos votos tenho costume de acompanhar, para, divergindo, julgar improcedente a ação.



\* \* \* \* \*

*Supremo Tribunal Federal*

12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Nelson Jobim, Carlos Velloso, Carlos Britto e Sepúlveda Pertence.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570

VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - A supressão decorreu do abuso que a magistratura italiana estava fazendo desse sistema.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Substituiu o juiz pelo promotor.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Daí por que o Ministério Público Federal, no caso, invoca o art. 129, inciso I, como violado por essa lei. E invoca também ferimento ao art. 93, inciso IX, da Constituição. Enxerguei isso também porque até o advogado é excluído do acesso aos autos, como se lê da parte final do § 3º do art. 3º da lei atacada. Ou seja, Vossa Excelência está interpretando que essa lei, longe de prestigiar o juiz, força-o a exercer uma atividade que, para ele, é uma *capitis deminutio*. Assim entendi.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Vossa Excelência me permite um esclarecimento? O advogado não. O § 3º do art. 3º é expresso:

"Art. 3º.





*Supremo Tribunal Federal*

ADI 1.570 / UF

§ 3º - O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa ..."

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - E os advogados?

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Vossa Excelência não interpreta que a parte legítima é representada por advogado?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não na leitura do art. 93.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Perdoe-me, mas sempre, quando damos vista de um processo às partes, quem tem a vista é o advogado constituído.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência me permite ler o art. 93, inciso IX? A Constituição não se contenta com a presença das partes; exige o advogado.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - É advogado, Ministro.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não levemos "os primeiros princípios às últimas conseqüências". Ou Vossa Excelência vai obrigar a audiência de defesa antes de autorizar a quebra do sigilo telefônico?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, a Constituição preserva o princípio da publicidade nas audiências.

*Supremo Tribunal Federal*

ADI 1.570 / UF

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Então tem de ouvir o advogado se for requerida a interceptação telefônica.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas em nenhum momento os advogados podem ser excluídos.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Nem nesse momento?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - É preciso ouvir previamente a defesa para autorizar a interceptação telefônica?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quero dizer o seguinte: na audiência, diz a Constituição, a lei só poderá restringir a publicidade. Veja bem o inciso IX do art. 93:

"Art. 93.

IX - ...limitar a presença, em determinados atos," - veja a diferença entre partes e advogados - "às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes."

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro, quando o juiz dá vista às partes, ele não se refere a "vista ao advogado da parte". O mais humilde servidor do cartório sabe que ele está dando vista ao advogado da parte.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, a lei, ao falar de partes, pode sugerir a interpretação de que os advogados estariam excluídos.

*Supremo Tribunal Federal*

ADI 1.570 / UF

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Não sugere, absolutamente.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Então a Constituição foi inútil ao separar a parte dos advogados.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - A Constituição não é um código de processo.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Ao contrário, fez isso para dizer que normalmente, nos atos processuais públicos, podem estar presentes não só o advogado, mas também a parte.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas acontece que a lei adversada só fala em partes, não em advogado.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - E daí Ministro?

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Data venia, se for interpretar a legislação processual com esse sentido, chegaremos a situações de absoluta ilogicidade.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas por que o Ministério Público invocou exatamente como violado o art. 93, inciso IX?

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Não sei por que o Ministério Público o invocou.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente porque interpretou como eu estou fazendo.

*Supremo Tribunal Federal*

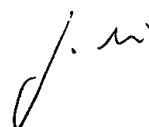
ADI 1.570 / UF

Ministro Celso de Mello, apenas quero dizer que, longe de interpretar, a lei impugnada obriga o juiz a atuar na realização de diligências e na produção de provas que, depois, serão julgadas por ele mesmo. Assim interpretei.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, todas essas providências postas à realização empírica do juiz se passarão, diz a lei duas vezes, sob o mais absoluto segredo de Justiça.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro Celso de Mello, isso é *ad referendum*, é crítica para um debate parlamentar na elaboração da lei.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - O fato é que outro tipo de processo também não teve resultado; alguma coisa está errada.



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, no julgamento liminar, comecei o meu voto pedindo vênias à douta maioria, já formada no sentido do indeferimento da medida cautelar.

Hoje, para gáudio meu, só tenho, embora o lamentando, de pedir vênias ao meu caríssimo amigo, Ministro Carlos Velloso.

No julgamento liminar, comecei por dizer (lê voto na ADIn 1.517 - Medida Liminar):

*"A mim me bastariam os argumentos do Professor Luiz Flávio Gomes, aos quais a inicial se reporta."*

E, hoje, também, não tenho dúvida em endossar outros doutrinadores, a exemplo da Mestre Ada Pellegrini Grinover, citados no parecer do eminente ex-Procurador-Geral da República.

Continuei:

*"Por outro lado, a manifesta inconstitucionalidade, a meu ver, não está em função da explicitude da regra de padrão perante a qual se deva concluir pela invalidade da norma."*

Aqui, então, se argumentara não haver, na Constituição, nenhuma norma explícita dizendo que juiz não investiga, promotor não julga e delegado faz inquérito. Respondi:



"Ao contrário, ouvimos muito falar os doutos, em suas dissertações teóricas, que os princípios são mais importantes que as normas. E creio estar poucas vezes tão manifesta a violação do devido processo legal do que no retrocesso desta lei" - e friso retrocesso - "em relação ao que é uma conquista de muitos séculos de evolução do processo penal, a desvinculação do juiz, não da colheita de provas, mas da investigação criminal."

Permito-me uma breve observação ao voto eloqüente e inteligente, como sói, do Ministro Carlos Velloso. Segundo Sua Excelência, o processo se publicizou no sentido de abolir o juiz absolutamente passivo e dar-lhe função mais ativa, mesmo na instrução da causa.

Isso é de absoluta precisão no tocante ao processo civil.

No processo penal, com todas as vênias, a evolução histórica deu-se em sentido inverso: o que se tinha outrora era o juiz-inquisidor: "todo juiz é procurador", lembrou o Ministro Celso de Mello. E, paulatinamente, se foi liberando o juiz da função de acusar e, conseqüentemente, da colheita preliminar de provas, para resguardar-lhe a condição de terceiro imparcial.

Dizia eu, no voto liminar:

"O que se estabelece neste malsinado dispositivo é o "juiz investigador". O seu § 2º é manifesto:

Art. 3º.....

§ 2º - O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão 'ad hoc'."(sic)

"Vale dizer, o juiz, ante uma massa bruta de documentos que ele vai pesquisar, na Receita Federal, num

banco, seja lá onde for, selecionará os documentos que lhe parecerem de relevância probatória. Está restabelecido o juízo inquisitorial."

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Isto faz o Ministério Público hoje: tem apenas a função acusatória, e manda para o jornal, para Folha de São Paulo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Se manda para o jornal, é outro problema.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não é pelo receio do abuso que se proíbe o uso.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É a lógica do sistema.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Não há lógica.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não tenho a pretensão de convencer o Ministro Carlos Velloso. O meu computador falhou, dessa forma não posso continuar a acompanhar o meu voto na medida cautelar.

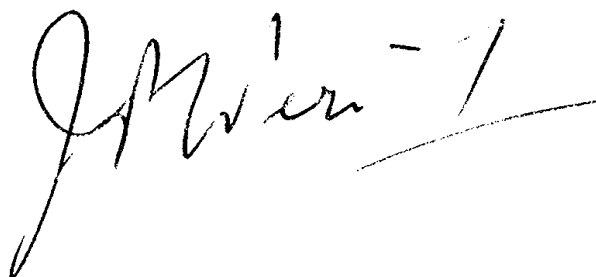
Digo apenas que, ao me referir à evolução histórica, não no sentido de aumentar os poderes instrutórios do juiz, mas, ao contrário, de diminuí-los, a meu ver, de modo absoluto na fase investigatória, na fase pré-processual, não pretendi elidir, no processo *stricto sensu*, eventuais iniciativas do juiz na instrução.



ADI 1.570 / UF

Não estamos perante um juiz absolutamente neutro, pelo menos, na nossa versão de processo acusatório, que não é a do puro processo acusatório anglo-saxão, em que se tem, idealmente, o juiz totalmente passivo. De forma que não se afasta a constitucionalidade de iniciativas do juiz de aprofundamento ou complementação da prova no curso do processo, como foram os exemplos aqui citados da inspeção pessoal de pessoas ou coisas.

Com essas observações, não tenho a menor dúvida em acompanhar o voto de Vossa Excelência, Sr. Presidente, e saudar a sua vinda para nossa banda.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J. A. M. Vieira", with a horizontal line underneath.



12/02/2004

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2 UNIÃO FEDERAL

**RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA**  
REQUERENTE: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA  
REQUERIDO : CONGRESSO NACIONAL

À revisão de aparte do Sr. Ministro Sepúlveda Pertence.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Senhor Presidente, insisto na manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence - e a agradeço -, no sentido de preservar esse fundamentalismo que, às vezes, se encontra em determinada doutrina e é completamente fora da realidade quando da afirmação fundamentalista da absoluta transparência. Poderia levar, em nível risível, à comunicação da parte de que seu telefone será grampeado a partir do dia 20 de janeiro às três horas da tarde. E se poderá julgar inconstitucional, ou uma falta da preservação do devido processo legal, se não for comunicada a hora do grampeamento telefônico - para citar o exemplo dado anteriormente.

Quero lembrar ao Ministro Celso de Mello o seguinte: o que se passa nessa legislação é exatamente uma transição entre a tentativa dos velhos instrumentos de perseguição criminal do crime individual para o crime organizado. Darei um exemplo, introduzido depois de 2001: à época, na Câmara dos Deputados, foi rejeitada lei

**ADI 1.570 / UF**

a respeito da infiltração dos agentes de polícia. Os fundamentalistas do Direito Penal não admitiam, em hipótese alguma, essa infiltração nas organizações criminosas. Havia, então, uma capacidade incrível desses personagens, no discurso irrealista do processo investigatório, de empurrar a polícia para a ilegalidade. Lembre-se Sua Excelência de que, antes da existência desse tipo de norma, toda vez que a polícia implodia o "bunker" de uma organização criminosa, alguém fugia. Era exatamente o informante.

Precisamos ter a lucidez de compreender que em determinado tipo de ilícito são absolutamente inadequados os instrumentos tradicionais que vêm de um fundamentalismo acadêmico, que não tem nada a ver com a realidade histórica e com a responsabilidade do Estado com a perseguição da organização criminosa. Tenho absoluta tranqüilidade em relação aos instrumentos de perseguição processuais que dizem respeito ao crime individual. Na verdade, estamos em um momento de transição.

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Aliás, esse vício de tratar os fenômenos de massa como se fossem individuais não pára no processo penal. Veja Vossa Excelência a discussão sobre a proposta de súmula vinculante.

**O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM** - Exatamente. Neste caso - faço uma confissão, não há memória -, essa lei decorreu de um projeto de lei elaborado pelos deputados Michel Temer e Miro Teixeira, em 1989, decorrente de um grupo criado pela comissão de justiça da época, para tratar dos crimes organizados. O projeto outorgava, autorizado pelos juizes, esse tipo de investigação. Mas houve uma reação, naquele momento, contra o Ministério Público,

**ADI 1.570 / UF**

contra a polícia, porque a maioria da Câmara não aceitava outorgar esse tipo de poder ao Ministério Público, nem à Polícia, daí porque acabou saindo para o juiz. Essa foi a razão histórica de ter acontecido.

Sou absolutamente contrário ao processo de instrução, como também às atividades investigatórias do Ministério Público, desde que as mesmas atividades sejam dadas à defesa; o mesmo "status" de requisição que o Ministério Público deseja nas investigações seja assegurado à defesa. Se a defesa não tiver esse poder, junto ao poder investigatório parcial do acusador - e foi dito que o juiz não deve investigar porque não pode se parcializar; evidentemente, está-se presumindo que o Ministério Público será sempre parcial no sentido de colher somente prova acusatória. Asseguraremos à defesa os mesmos tipos de preceito, aí poderemos entrar em um entendimento. Caso contrário, o "*due process of law*", a que Sua Excelência se refere, é somente para o Ministério Público.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.570-2

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. MAURÍCIO CORRÊA

REQTE.: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

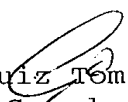
REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, no que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais", vencido o Senhor Ministro Carlos Velloso, que a julgava improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 12.02.2004.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

  
Luiz Tomimatsu  
Coordenador