

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.055.941 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. O caso em julgamento

Trata-se de recurso extraordinário **interposto** pelo Ministério Público Federal contra acórdão que, **confirmado** em sede de embargos de declaração pelo E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **está assim ementado**:

“PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. NULIDADE DO COMPARTILHAMENTO PARA A ESFERA PENAL DE DADOS ACOBERTADOS POR SIGILO BANCÁRIO OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO COMPETENTE. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO.

1. *Conforme precedentes do C. STJ e da Quarta Seção deste Regional, a quebra do sigilo bancário para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, está sujeita à prévia autorização judicial.*

2. *Hipótese em que a prova da materialidade encontra-se em procedimento administrativo no bojo do qual a Receita Federal, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, obteve dados acobertados por sigilo mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial.*

3. **Reconhecida a ilicitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público Federal,**

*para fins penais, e estando a materialidade delitiva demonstrada exclusivamente com base em tais elementos (ou em provas deles derivadas), **tem-se que a ação penal padece de nulidade** desde o início quanto à apuração do crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.”*
(grifei)

A parte ora recorrente, no apelo extremo em questão, **sustenta** que o Tribunal “a quo”, **ao reconhecer a ilicitude do compartilhamento de dados sigilosos** com o Ministério Público Federal, para fins penais, **dados que foram obtidos** em procedimento administrativo fiscal pela Receita Federal do Brasil, **teria transgredido** os preceitos **inscritos** nos arts. 5º, X e XII, 129, VI, e 145, § 1º, da Constituição da República.

O presente recurso extraordinário **foi submetido** à sistemática da repercussão geral por seu Relator, o eminente Ministro DIAS TOFFOLI, **tendo o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **reconhecido a existência de repercussão geral da questão constitucional** suscitada, **fazendo-o em acórdão assim ementado:**

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.”

(RE 1.055.941-RG/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

Reconhecida a repercussão geral, a matéria em discussão neste julgamento **foi incluída no Tema 990**, cujo teor foi assim enunciado: “Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, ***obtidos pela Receita Federal*** no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário” (grifei).

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra da então Procuradora-Geral da República, eminente Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, **opinou pelo provimento** deste recurso extraordinário **em parecer** que está assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO DE DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO SEM INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO, COM O MINISTÉRIO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E AO DIREITO AO SIGILO (ARTIGO 5º X e XII DA CONSTITUIÇÃO).

I – Recurso Extraordinário ‘leading case’ do Tema 990 da sistemática da repercussão geral: Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.

II – Direito à intimidade e à vida privada contra o Interesse Público. Os direitos à intimidade e à vida privada são direitos que podem sofrer limitação, a fim de se resguardar o interesse público, não resultando sua ofensa quando a Receita Federal, no legítimo exercício de seu poder de fiscalizar, obtém dados bancários e informações financeiras e fiscais e os encaminha ao Ministério Público, nos casos em que verifica a possível, ocorrência de ilícito criminal. Licitude da prova. Inteligência do artigo 145-§ 1º da Constituição.

III – O Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 e da

obtenção direta de dados bancários e financeiros pela Receita Federal sem prévia autorização do Poder Judiciário. Precedentes.

IV – *Ausência de quebra de sigilo bancário na espécie. Hipótese de mera transferência de dados obtidos pela Receita Federal ao Ministério Público em razão de dever legal.*

V – *Ausência de vedação legal ao compartilhamento de Informação obtida pelo fisco em razão do ofício sobre situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros ou sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. Dever de a Administração Pública reportar à autoridade competente ilícitos de que tenha conhecimento. Artigos 1º § 3º IV, 6º e 9º da LC 105/2001, artigo 198-§ 3º-1 do Código Tributário Nacional e artigo 83 da Lei 9.430/96.*

VI – *Dever de sigilo que se estende ao Ministério Público em relação a dados bancários e documentos fiscais e financeiros.*

VII – *Proposta de tese de repercussão geral: É possível o compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela, Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.*

– *Parecer pelo provimento do recurso e fixação da tese sugerida.*” (grifei)

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), por sua vez, **foi admitido** na condição formal de “amicus curiae”.

2. Questão preliminar: a indevida expansão do objeto do Recurso Extraordinário submetido, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, à sistemática da Repercussão Geral

Devo assinalar, desde logo, **que se revela plenamente acolhível** a questão prévia suscitada pela douta Procuradoria-Geral da República, **no que concerne à impossibilidade da ampliação objetiva do “thema decidendum”** referente à presente demanda, **pois entendo** que

eventual expansão da controvérsia constitucional ora em exame, cuja repercussão geral foi reconhecida **pele Plenário** da Suprema Corte, **importaria em grave transgressão ao postulado do devido processo constitucional**.

Esse entendimento *tem o beneplácito do magistério doutrinário, valendo reproduzir, em face de sua pertinência, a lição* de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA (“Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal”, p. 353, item n. 3.4, 7ª ed., 2017, RT):

“A ‘definição precisa’ da questão é imprescindível, seja para se saber quais processos deverão ficar suspensos (e quais deverão ser excluídos da suspensão, consoante se expõe adiante), seja para se conhecer, também, qual será a abrangência da decisão que, futuramente, fixará a tese jurídica (isto é, a tese a ser adotada deve dizer respeito à questão fixada na decisão de afetação). A definição da questão ‘limita’ a decisão sobre a tese a ser adotada, que não poderá ser distinta ou mais abrangente que a questão definida na decisão de afetação. (...). A tomada de decisão para os fins previstos no art. 1.040 do CPC/2015 sobre tema que não tenha sido objeto da decisão de afetação, assim, contrariaria os princípios que informam os procedimentos concebidos para a criação de precedentes, no modelo do CPC/2015. Tal orientação, além disso, contrariaria a regra prevista no ‘caput’ do art. 979 do CPC/2015 (aplicável também aos recursos extraordinário e especial repetitivos, cf. § 3º do mesmo artigo), pois só é possível dar-se ‘ampla e específica divulgação e publicidade’ se se sabe, de antemão, sobre o que se decidirá (e uma decisão sobre questão a respeito da qual não se tiver dado ampla e específica divulgação e publicidade, assim sendo, viola também a regra prevista no art. 979 do CPC/2015).” (grifei)

Cabe ter presente, por relevante, que o eminente Ministro LUIZ FUX, no julgamento do RE 581.947-ED/RO, de que é Relator, expendeu valiosas considerações em torno da necessária vinculação do julgamento do apelo extremo à decisão que reconheceu a repercussão geral do tema, advertindo, ainda, naquela oportunidade, que eventual ampliação do objeto da demanda configuraria ofensa ao princípio do devido processo legal:

“O recurso deve ser conhecido para ficar esclarecido que é indevida a retribuição pecuniária pelo uso de bens públicos por concessionárias prestadoras de serviços públicos. É por essa razão que tem pleno cabimento a tese da delimitação estreita do tema nos exatos termos pretendidos pelo Recorrente, tendo em vista que a referida adstrição foi feita na decisão que reconheceu a existência de repercussão geral, o que deslegitima uma apreciação mais vasta que compreenda a análise da possibilidade, ou não, de se cobrar qualquer tipo de receita pela utilização de áreas públicas.

A ampliação do objeto da controvérsia dos autos no resultado do julgamento é algo indesejável, mormente porquanto este processo está sob o regime da repercussão geral, o que poderia ofender o devido processo legal, e, em particular, a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa. (...).” (grifei)

Vale transcrever, nessa mesma linha de entendimento, ante a inquestionável procedência de suas considerações, fragmento do parecer oferecido, na presente causa, pela douta Procuradoria-Geral da República:

“2. QUESTÃO PRELIMINAR: A EXPANSÃO INDEVIDA DO OBJETO DO RE

O objeto original deste feito era a possibilidade ou não de os dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo Fisco, serem compartilhados com o Ministério Público para fins penais, sem a intermediação do Poder Judiciário (tema 990 da repercussão geral).

Na decisão proferida nestes autos em 15 de julho de 2019, o Ministro Dias Toffoli 'ampliou' o tema objeto deste RE e nele incluiu, também, a possibilidade ou não de outros órgãos de fiscalização e controle, como o COAF, o BACEN, a CVM e outros, compartilharem dados acobertados por sigilo com o Ministério Público, sem a intermediação do Poder Judiciário.

Ocorre que não há dispositivo legal que permita a ampliação unilateral da controvérsia posta a exame, incluindo no julgamento de processo em que reconhecida a repercussão geral da matéria controvérsia a ela estranha.

Com efeito, os artigos 322 e seguintes do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disciplinam o procedimento dos julgamentos de recursos extraordinários com repercussão geral: inicialmente, compete ao Ministro Relator, inexistentes outras razões de inadmissibilidade do recurso, submeter aos demais, por meio eletrônico, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral; na sequência, os demais integrantes do STF têm prazo de 20 dias para se manifestar, somente podendo ser recusada a repercussão geral com o voto de 2/3 dos integrantes da Corte.

Como se vê, houve inobservância do procedimento adequado para o reconhecimento da repercussão geral da matéria, na medida em que o Ministro Presidente, monocraticamente, inseriu no Tema 990 da repercussão geral tema estranho à controvérsia versada no presente RE, usurpando a competência do Plenário para acolher ou rejeitar recurso extraordinário.

.....
E não se argumente que a ampliação do objeto original do recurso extraordinário se justifica por que seria indiferente qual é o órgão – a RFB, o COAF, a CVM ou o BACEN – responsável pelo compartilhamento de dados sigilosos com o Ministério Público. Sob essa visão, a controvérsia constitucional relevante seria a mesma – constitucionalidade ou não do repasse de dados sigilosos diretamente ao MP – independentemente do órgão responsável pelo repasse.

Esse argumento não se sustenta. É que, a depender do órgão de fiscalização e controle que efetua o compartilhamento dos dados com o MP ou a Polícia, o arcabouço normativo em que se funda atuação de cada um desses órgãos será diferente, na exata medida em que ela – a atuação de cada um dos órgãos – é regida por regramentos legais e supraleais completamente diversos. Com isso, o bloco normativo objeto do controle de constitucionalidade também será diverso.

.....
Ao examinar a compatibilidade ou não desse arcabouço normativo com a Constituição, toda a lógica própria do microsistema jurídico antilavagem deve ser apreendida, compreendida e considerada, sob pena de dele se retirar uma das peças que permite que a sua complexa engrenagem funcione.

Já a atuação da Receita Federal do Brasil funda-se em arcabouço normativo completamente diverso, que segue a lógica própria do sistema antissonegação fiscal vigente no Brasil. Do mesmo modo ocorre com a atuação dos demais órgãos de fiscalização e controle, como a CVM e o Banco Central do Brasil: cada qual possui regramentos e observam lógicas próprias.

Assim, a ampliação do objeto deste RE, realizada monocraticamente pelo Ministro Dias Toffoli e à revelia da disciplina regimental, implicou na necessidade de esta Corte, assim como as partes legitimadas para participarem do julgamento previsto para o dia 21 de novembro de 2019, avaliarem a compatibilidade ou não com a Constituição Federal não apenas do arcabouço normativo que rege o compartilhamento de dados fiscais e financeiros do Fisco com o MP – tal qual impunha o objeto originário deste RE –, mas também do arcabouço normativo em que se funda essa mesma atuação por parte de todos os demais órgãos de controle e fiscalização existentes no país.

Como consequência desse raciocínio, a decisão proferida pelo Ministro Dias Toffoli no dia 15.7.2018 deve ser revogada, de modo a que o julgamento que se aproxima recaia

exclusivamente sobre tema original deste RE. Saliente-se que esta preliminar consiste em um dos pontos levantados pela PGR nos embargos de declaração que se encontram pendentes de apreciação.” (grifei)

Com efeito, a competência do Plenário desta Suprema Corte para reconhecer, ou não, a existência de repercussão geral de determinada matéria emana da própria Constituição da República (CF, art. 102, § 3º), sendo certo, ainda, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelece procedimento específico para esse efeito (RISTF, arts. 322 e ss.), de modo que a expansão unilateral do objeto da demanda, em inobservância às normas regentes da sistemática da repercussão geral, afronta os postulados constitucionais do devido processo, do contraditório e da reserva de Plenário.

Cabe referir, no ponto, que o direito fundamental à observância do “due process of law” estende-se aos processos de índole objetiva, tal como tem sido assentado por ilustres autores em sede doutrinária (SORAYA LUNARDI, “Teoria do Processo Constitucional: Análise de sua Autonomia, Natureza e Elementos”, 2013, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, “Tribunal e Jurisdição Constitucional”, 1998, C. Bastos), valendo destacar, em face da pertinência de que se reveste, o magistério de RENATO GUGLIANO HERANI e RENNAN FARIA KRUGER THAMAY (“Do Devido Processo Legal ao Devido Processo Constitucional” “in” Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, set-dez, 2015, p. 539/540):

“Já, o devido processo da Constituição implica o direcionamento específico das garantias jurisdicionais para a defesa da ordem constitucional. Sob esse conceito, há, é claro, um entroncamento de princípios, muitos em comum com aqueles contidos no devido processo legal, mas outros diferentes, porque são informadores das garantias jurisdicionais da defesa da Constituição.

.....

Com isso, as normas processuais constitucionais assumem a função de regular uma especial atividade jurisdicional, fixando procedimentos, formalidades e pressupostos de ordenação da proteção, ou seja, o devido processo em duas dimensões:

a) Devido processo constitucional das liberdades: realça a proteção da relação jurídica fundamental, assim compreendida, grosso modo, aquela em que a Constituição autoriza ao titular resistir à intervenção estatal em sua esfera de liberdade individual ('status negativus') e exigir a ação estatal ('status positivus'); compreende, assim, as garantias em torno dos instrumentos consagrados no texto constitucional de proteção dos direitos fundamentais (os chamados remédios constitucionais).

(b) Devido processo constitucional orgânico: realça a proteção da norma constitucional, com os instrumentos e procedimentos para garantir a solução justa dos conflitos constitucionais orgânicos. Orienta a operacionalização dos instrumentos e procedimentos de proteção objetiva, concentrada ou difusa, da Constituição, no chamado sistema de controle de constitucionalidade." (grifei)

Entendo, por isso mesmo, **assistir plena razão** à douda Procuradoria-Geral da República, **no ponto em que sustenta** que a análise do presente recurso extraordinário **deve se restringir aos estritos limites materiais definidos na decisão plenária que reconheceu existente a repercussão geral da controvérsia constitucional, tal como claramente resulta do Tema 990, assim enunciado:** "Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário".

3. Da proteção constitucional da intimidade financeira e fiscal das pessoas físicas e jurídicas

Como se sabe, Senhor Presidente, o Supremo Tribunal Federal, por ampla maioria, **a partir** da decisão **proferida**, *em sede de repercussão geral*, **no RE 601.314/SP**, Rel. Min. EDSON FACHIN, **reconheceu possível** à Administração Tributária **requisitar**, *diretamente*, às instituições financeiras informações bancárias **a respeito** de contribuintes em geral, **fazendo-o** em julgamento assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto *entre* o direito ao sigilo bancário *e* o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, *à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade* em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo *por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte*, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. *Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.*

5. *A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, § 1º, do Código Tributário Nacional.*

6. *Fixação de tese em relação ao item 'a' do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: 'O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal'.*

7. *Fixação de tese em relação ao item 'b' do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: 'A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN'.*

8. *Recurso extraordinário a que se nega provimento."*
(grifei)

Naquela oportunidade, fiquei vencido **juntamente com** o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, **por entender** que a decretação da quebra do sigilo bancário, *ressalvada* a competência extraordinária das CPIs (CF art. 58, § 3º), **pressupõe, sempre**, a existência **de ordem judicial**, sem o que **não se imporá** à instituição financeira **o dever** de fornecer, **seja** à Administração Tributária, **seja** ao Ministério Público, **seja, ainda,**

à Polícia Judiciária ou ao Tribunal de Contas da União, as informações que lhe tenham sido solicitadas.

Não obstante minha posição pessoal – *ora reafirmada* – **em relação ao tema** em questão, **cabe destacar** que esta Corte Suprema **entendeu**, *em referido julgado*, **pela possibilidade** do Fisco de **receber**, *diretamente*, das instituições financeiras e **sem prévia** autorização judicial, os dados bancários de contribuintes.

É importante assinalar, *no entanto*, que essa decisão plenária do Supremo Tribunal Federal **teve em consideração** *um aspecto singular da questão*, pois a **controvérsia** objeto de referido julgamento **dizia respeito** às relações **entre** a Administração Tributária, *de um lado*, e as instituições financeiras, *de outro*, **de tal modo que se entendeu constitucional** a norma **inscrita** no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, **em ordem a viabilizar** o Poder Público a proceder, *com finalidade eminentemente fiscal*, **à regular constituição do crédito tributário**, como resulta claro do conteúdo do acórdão em que se consubstanciou o julgado que deu origem ao precedente que venho de mencionar, **valendo reproduzir esclarecedora passagem constante** de sua própria ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da

tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

.....
3. *Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.*

.....
6. *Fixação de tese em relação ao item 'a' do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: 'O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal'.*

7. *Fixação de tese em relação ao item 'b' do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: 'A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN.'*

(RE 601.314/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei)

Vê-se, do exame de referido julgado, **bem assim** de diversos votos que então compuseram a corrente majoritária, que o Supremo Tribunal Federal **ênfatizou** que o reconhecimento da prerrogativa de acesso do Estado a informações e a documentos **revestidos** de sigilo, **em poder** das instituições financeiras, é constitucional, **desde que** a superação dos limites impostos pelo sigilo se justifique, *unicamente*, em razão de pretensões de caráter estritamente fiscal, **para efeito** de permitir ao Poder Público tributante a regular constituição de seu crédito tributário.

Daí a **correta** orientação jurisprudencial **firmada** pelas colendas Quinta e Sexta Turmas **que compõem** a 3ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, **a propósito** da distinção que se deve fazer na interpretação do

art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, **afastando-se** a cláusula de sigilo *unicamente quando se tratar* de requisição da Administração Tributária, *para efeitos exclusivamente fiscais*.

Reconheço, no entanto, que o E. Superior Tribunal de Justiça, **a partir** do julgamento **do HC 422.473/SP**, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, **alterou** sua jurisprudência, **passando a refletir**, em seus julgados (**AREsp 1.208.106/SP**, Rel. Min. NEFI CORDEIRO – **RHC 101.459/SP**, Rel. Min. LAURITA VAZ, *v.g.*), o pensamento **hoje prevalecente** no Supremo Tribunal Federal:

“2. É imperiosa a necessidade de alinhamento da jurisprudência dos tribunais nacionais a fim de preservar a segurança jurídica, bem como afastar a excessiva litigiosidade na sociedade e a morosidade da Justiça.

3. O entendimento de que é incabível o uso da chamada prova emprestada do procedimento fiscal em processo penal, tendo em vista que a obtenção da prova (a quebra do sigilo bancário) não conta com autorização judicial contraria a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal de que é possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal.

4. No caso, não há falar em ilicitude das provas que embasam a denúncia contra os pacientes, porquanto, assim como o sigilo é transferido, sem autorização judicial, da instituição financeira ao Fisco e deste à Advocacia-Geral da União, para cobrança do crédito tributário, também o é ao Ministério Público, sempre que, no curso de ação fiscal de que resulte lavratura de auto de infração de exigência de crédito de tributos e contribuições, se constate fato que configure, em tese, crime contra a ordem tributária (Precedentes do STF).

5. Ordem denegada. Liminar cassada.”

(**HC 422.473/SP**, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR – grifei)

Essa **nova** visão **adotada** pelo E. Superior Tribunal de Justiça **teve um só objetivo: o de adequar** o seu entendimento jurisprudencial à posição **predominante** na prática jurisdicional **desta** Corte Suprema, **daí resultando a nova orientação** que venho de referir **e que se acha exposta, p. ex., no seguinte julgado** emanado daquele Alto Tribunal:

*“Em síntese, **não constitui ofensa** ao princípio da reserva de jurisdição o uso pelo Ministério Público, para fins penais, de dados bancários legitimamente obtidos pela Receita Federal (LC n. 105/2001, art. 6º) e compartilhados no cumprimento de seu dever legal, por ocasião do esgotamento da via administrativa fiscalizatória e constatação de possível prática de crime tributário.”*

(REsp 1.785.915-AgRg/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER – grifei)

De qualquer maneira, no entanto, e mantendo-me fiel ao sentido do voto vencido que proferi **no RE 601.314/SP, observo** que o próprio acórdão ora recorrido, **emanado** do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, **destacou**, *de modo inteiramente pertinente*, **a anterior** visão jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, **como se vê** do seguinte fragmento desse julgado:

*“(...) o acórdão proferido pelo E. STF – Supremo Tribunal Federal no julgamento levado a efeito no dia 24.02.2016, que tinha por objeto o RE 601314 e as ADIs 2859, 2390, 2386 e 2397 **apenas tangenciou a questão ao longo dos debates**, tendo, por fim, julgado improcedentes os pedidos de reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 6º, da Lei Complementar 105/2001, fixando quanto ao tema 225 da repercussão geral, as seguintes teses:*

a. ‘O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade

em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal’;

b. ‘A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN’.

Não é possível afirmar, portanto, que o STF analisou a questão da dispensa de exigência de prévia autorização judicial para o compartilhamento com o Ministério Público pela Receita dos dados obtidos por esta última mediante a quebra de sigilo para fins penais com base na Lei Complementar nº 105/2001.

.....
Não obstante, o C. Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, nos termos do art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, apreciar, em grau de recurso, decisões que contrariem lei federal, adotou posição no sentido de que, para utilização em processo criminal, os dados bancários devem ser obtidos com autorização judicial.

Assim, as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ reputam ilegal o compartilhamento, pela Receita Federal, de dados sigilosos obtidos sem autorização judicial, e reconhecem a nulidade de tal prova no âmbito penal e, por conseguinte, da ação penal fundada em tais dados.”
(grifei)

Com efeito, **foi nesse sentido que se consagrou, como já assinalado, diretriz jurisprudencial firmada** pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **só recentemente alterada, como se vê, p. ex., de inúmeros julgados** dessa Alta Corte judiciária (**HC 316.870/ES**, Rel. Min. GURGEL DE FARIA – **HC 317.049/SP**, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO – **RHC 34.952/SP**, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ – **RHC 42.332/PR**, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA –

REsp 1.371.042-AgRg/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, v.g.), **valendo destacar**, em face de seus esclarecedores fundamentos, **passagem** do relatório e do voto do **eminente** Ministro JORGE MUSSI, **Relator do RHC 52.067/DF**:

*“**Noticiam os autos** que o recorrente foi denunciado pela suposta prática do delito previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei 8.137/1990, por 6 (seis) vezes.*

.....
Sustentam os patronos do recorrente que o processo criminal em apreço estaria fundamentado em prova ilícita, decorrente da quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal **sem prévia autorização judicial**.

Afirmam que o auditor fiscal teria, em usurpação de competência do Poder Judiciário, enviado ofícios diretamente às administradoras de cartão Visa, Master e Amex, que lhe encaminharam relatórios de movimentação financeira do recorrente nos períodos fiscalizados.

Entendem que as conclusões que resultaram na denúncia ofertada contra o recorrente teriam decorrido apenas dos documentos provenientes da quebra ilegal de dados, o que ensejaria o trancamento da ação penal em tela.

.....
Contudo, conquanto atualmente este Sodalício admita a quebra de sigilo bancário diretamente pela autoridade fiscal para fins de constituição do crédito tributário, o certo é que tal entendimento não se estende à utilização de tais dados para que seja deflagrada ação penal.

Isso porque, como é cediço, o sigilo bancário é garantido no artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, IX, da Carta Magna).

Em reforço às regras contidas na Lei Maior, o artigo 1º, § 4º da Lei Complementar 105/2001 **prevê** os

requisitos necessários para a quebra do sigilo bancário, 'verbis':

'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:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante seqüestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.'

Embora a referida norma complementar não estabeleça os requisitos necessários para a decretação da medida, assim como em qualquer outra que envolva o afastamento de direitos individuais com repercussão na esfera penal, exige-se que haja fundados indícios de autoria e materialidade delitiva, bem como que a decisão que a autoriza seja devidamente fundamentada.

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci esclarece que a quebra do sigilo bancário constitui 'uma atitude drástica, tomada pelo Poder Judiciário quando já existem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade de um delito

ligado a operações financeiras, assim como nos casos de interceptações telefônicas', admitindo-se a sua implementação 'com a finalidade de investigação de um ilícito grave, cujos alicerces já existem, faltando somente erguer a finalização do conjunto probatório' (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1074).

O mencionado autor prossegue, afirmando que justamente por se tratar de exceção, a decisão que afasta o sigilo bancário 'precisa estar calcada em elementos probatórios outros, minimamente sólidos, exigindo, portanto, do juiz, uma clara e detalhada fundamentação' ('Op. cit.', p. 1074).

Na mesma esteira orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que se firmou no sentido de que, para fins penais, é imprescindível prévia autorização judicial a fim de que sejam utilizados dados decorrentes de quebra de sigilo bancário." (grifei)

A análise da controvérsia constitucional instaurada na presente causa, objeto de repercussão geral, **permite**, segundo penso, **que se estabeleça a distinção quanto à finalidade da requisição da Administração Tributária dirigida** às instituições financeiras, **permitindo** ao Estado o acesso a informações e a documentos sigilosos por elas mantidos, **desde que destinados a fins de ordem exclusivamente fiscal**, notadamente para efeito de regular e legítima **constituição** do crédito tributário.

A questão discutida nestes autos, portanto, **consiste em saber se** a Receita Federal, com base nos documentos e informações obtidos das instituições financeiras, **pode compartilhá-los**, ou não, com o Ministério Público **ou** com a autoridade policial **para fins penais**, **sem prévia** autorização judicial.

Antes, porém, Senhor Presidente, **devo fazer** uma observação que reputo necessária.

O eminente Ministro EDSON FACHIN, **ao mencionar** decisões de Ministros desta Corte **que entenderam lícito** o encaminhamento de

informações e dados sigilosos **fornecidos** à Administração Tributária por instituições financeiras e **permitiram** que os órgãos fazendários **compartilhassem** tais elementos informativos com o Ministério Público e a Polícia Judiciária, **fez referência** a um julgado **de que fui** Relator nesta Corte (RE 999.148/SP).

É certo que eu, em respeito e em atenção ao princípio da colegialidade, **fiz incidir, naquele caso, a jurisprudência prevacente** no Supremo Tribunal Federal, **não obstante** minha posição pessoal **em sentido contrário**.

Devo enfatizar, portanto, que, embora julgando possível tal compartilhamento **para fins** de persecução criminal, **deixei expressamente consignada a minha convicção em sentido diverso, como se vê** do seguinte fragmento da decisão que **então** proferi:

*“O exame da presente causa **evidencia** que o acórdão ora impugnado **diverge** da diretriz jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** na matéria em referência.*

Impende salientar, por oportuno, que esse entendimento vem sendo aplicando em sede criminal (ARE 953.058/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – ARE 987.248/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RE 947.296/RS, Rel. Min. EDSON FACHIN, v.g.).

Ressalvo, finalmente, a minha posição pessoal, externada por ocasião de referido julgamento plenário, pelo fato de que entendo que a quebra de sigilo fiscal, bancário e/ou telefônico **submete-se ao postulado constitucional da reserva de jurisdição.**

Sendo assim, com expressa ressalva pessoal e observando o princípio da colegialidade, **dou provimento** ao presente recurso extraordinário, por estar o acórdão recorrido em confronto com entendimento emanado do Plenário desta Suprema Corte (CPC, art. 932, V, ‘b’), **em ordem a determinar** seja observada a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte.”

(RE 999.148/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Enfatizo, por isso mesmo, *Senhor Presidente*, **que a controvérsia** suscitada na presente causa **impõe**, *uma vez mais*, algumas reflexões em torno do delicadíssimo tema **pertinente** ao alcance da norma inscrita no art. 5º, **incisos X e XII**, da Constituição, cujo texto, **ao consagrar a tutela jurídica de valores essenciais**, **dispõe** que “**são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)**” (grifei).

Convém esclarecer, desde logo, **que a noção de privacidade** leva em consideração **as múltiplas dimensões** em que essa ideia nuclear se desenvolve, **projetando-se**, *p. ex.*, **no plano da privacidade financeira**, **que se revela comum tanto** às pessoas físicas **quanto** às pessoas jurídicas.

Esse tema **ganha maior relevo se** se considerar **o círculo de proteção** que o ordenamento constitucional **estabeleceu** em torno das pessoas em geral, *notadamente dos contribuintes do Fisco e daquelas sujeitas a investigação criminal*, **objetivando** protegê-los **contra** ações *eventualmente* arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais, **o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva**, **que torna inafastável a necessidade** de autorização judicial **para efeito** de exposição e revelação de dados protegidos *pela cláusula do sigilo bancário*.

Reafirmando a posição **que adotei** nos julgamentos proferidos pelo Plenário desta Corte **no RE 389.808/PR e no RE 601.314/SP**, **a reserva de jurisdição traduz inestimável garantia institucional** de proteção a direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais das pessoas em geral, cuja integridade **merece tutela especial** do Estado, **concretizada** mediante respeito à cláusula constitucional da proteção judicial efetiva.

Em havendo situação de colidência entre princípios impregnados de qualificação constitucional, **como pode ocorrer** entre as prerrogativas institucionais da Administração Tributária, *de um lado*, **e** os direitos e garantias básicas dos contribuintes, *de outro*, **a resolução** desse estado de antagonismo **deverá constituir** objeto de um pertinente juízo de

ponderação, a ser exercido **não** por um dos sujeitos parciais da relação litigiosa, que certamente atuaria “pro domo sua”, **mas**, *isso sim*, por um **terceiro** *juridicamente desinteressado*, **como** os órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Não tem sentido, contudo, que o legislador haja outorgado essa competência à própria Administração Tributária, **incumbindo-a de superar**, ainda que mediante critérios e procedimentos indicados na lei, **a situação de polaridade conflitante** que a opõe ao contribuinte, **quando**, na realidade, **essa função**, de caráter eminentemente arbitral, **deve ser desempenhada** pelo Poder Judiciário, **que ostenta**, nessa particular condição institucional, **o atributo** – *inerente à jurisdição* – da “*terzietà*”.

A primazia judiciária, por isso mesmo, **fundada** no postulado da essencialidade do controle jurisdicional, **verdadeiro** “*parágrafo régio do Estado democrático de Direito*”, **na feliz expressão** do saudoso GARCIA DE ENTERRÍA, **desempenha importantíssimo papel** na defesa e amparo dos direitos das pessoas, **notadamente** quando postas em situação de antagonismo *em suas desiguais relações* com a potestade do Estado.

Já se enfatizou que os órgãos estatais da Administração Tributária **não guardam**, em relação ao contribuinte, **posição** de equidistância **nem dispõem** do atributo (**apenas** inerente à jurisdição) da “*terzietà*”, **o que põe em destaque o sentido tutelar** da cláusula inscrita **no § 1º** do art. 145 de nossa Lei Fundamental.

Com efeito, a própria Constituição da República, em seu art. 145, § 1º, **ao dispor** sobre o sistema tributário nacional, **prescreve**, em caráter *impositivo*, que a Administração Tributária, **quando** no exercício de sua competência, **respeite** os direitos individuais das pessoas em geral **e** dos contribuintes em particular.

Impende reconhecer, desde logo, **que não são absolutos** – *mesmo porque não o são* – os poderes de que se acham investidos os órgãos e

agentes estatais, **cabendo assinalar**, por relevante, Senhores Ministros, **presente** o contexto ora em exame, que o Estado, **em tema** de tributação e de investigação penal, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e prerrogativas **que assistem**, *constitucionalmente*, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. **Na realidade**, os poderes do Estado **encontram**, *nos direitos e garantias individuais*, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar ilícito constitucional**.

Daí a necessidade de rememorar, sempre, **a função tutelar** do Poder Judiciário, **investido** de competência institucional **para neutralizar** eventuais abusos das entidades governamentais, que, **muitas vezes deslembradas da existência**, em nosso sistema jurídico, **de um verdadeiro “estatuto constitucional do contribuinte” – consubstanciador** de direitos e limitações *oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet 1.466/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “in” Informativo/STF nº 125) – culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo* da obrigação tributária, **inviabilizando-lhe**, *injustamente*, **trate-se** de obrigação tributária principal, **cuide-se** de obrigação tributária acessória ou instrumental, **a prática** de garantias legais e constitucionais **de que é legítimo titular, fazendo instaurar**, *assim, situação que só faz conferir* permanente atualidade **ao “dictum”** do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. (“*The power to tax is not the power to destroy while this Court sits*”), **em palavras segundo as quais**, em livre tradução, “o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema”, **proferidas**, ainda que como “*dissenting opinion*”, **no julgamento**, em 1928, **do caso “Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi Ex Rel. Knox”** (277 U.S. 218).

A submissão do Fisco, da autoridade policial e do Ministério Público às limitações decorrentes da cláusula da reserva de jurisdição não desampara o legítimo exercício de suas atividades institucionais, **pois estes sempre poderão pretender o acesso** às contas bancárias **e** aos dados **existentes** em instituições financeiras, **referentes** aos contribuintes e as pessoas em geral, **desde** que o façam **por intermédio** do Poder Judiciário, **expondo** a sua postulação ao controle **e** à supervisão dos juízes e Tribunais.

O que me parece significativo, no contexto ora em exame – e assim já me pronunciei no julgamento tanto do RE 389.808/PR quanto do RE 601.314/SP –, é que a Administração Tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que lhe é somente lícito atuar, “*respeitados os direitos individuais e nos termos da lei*” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.

Cumprido ter presente, neste ponto, Senhores Ministros, a propósito do tema ora em exame, a advertência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério jurisprudencial – apoiando-se em autorizado entendimento doutrinário (HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO, “Processo Tributário”, p. 76/86, item n. 2.5.2, 2004, Atlas; SACHA CALMON NAVARRO COELHO, “Curso de Direito Tributário Brasileiro”, p. 893/907, itens ns. 17.12 a 17.20, 8ª ed., 2005, Forense; HUGO DE BRITO MACHADO, “Curso de Direito Tributário”, p. 214/223, itens ns. 1 a 1.6, 21ª ed., 2002, Malheiros; ROQUE ANTONIO CARRAZZA, “Curso de Direito Constitucional Tributário”, p. 404/411, item n. 3, 21ª ed., 2005, Malheiros, v.g.) – orienta-se no sentido de preservar e amparar o contribuinte contra medidas arbitrárias adotadas pelos agentes da Administração Tributária, muitas das quais configuram atos eivados de ilicitude, quando não de transgressão à ordem jurídica fundada na própria Constituição da República (RTJ 162/3-6, 4, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RTJ 185/237-238, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – RE 331.303-AgR/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.).

Sustenta-se que o litígio constitucional em questão não envolve quebra do sigilo bancário ou fiscal, mas, sim, mera transferência de dados sigilosos ou simples compartilhamento de informações e de documentos

reservados **existentes** em procedimento fiscal conduzido pela Administração Tributária **relativos** aos contribuintes e às pessoas em geral.

Vejo, nessa alegação, **um claro eufemismo** *que mal consegue disfarçar* uma situação *de evidente inconstitucionalidade* **que culmina** por viabilizar, *sem qualquer controle jurisdicional prévio*, **o repasse** de dados e de documentos sigilosos de contribuintes aos órgãos de persecução criminal.

Na realidade, a circunstância de o Estado **achar-se investido** de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária **e** de instaurar a investigação penal **não o exonera** do dever de observar, **para efeito do correto desempenho** de tais prerrogativas, **os limites** impostos pela Constituição **e** pelas leis da República, **sob pena** de os órgãos governamentais **incidirem em frontal desrespeito** às garantias **constitucionalmente** asseguradas aos contribuintes e às pessoas em geral submetidas à persecução penal.

O procedimento estatal da Administração Tributária **que contrarie** os postulados consagrados pela Constituição da República **revela-se inaceitável**, Senhores Ministros, **e não pode ser corroborado** por decisão desta Suprema Corte, **sob pena de inadmissível subversão** dos postulados constitucionais **que definem**, *de modo estrito*, **os limites** – *inultrapassáveis* – **que restringem** os poderes do Estado **em suas relações** com os contribuintes **e** com terceiros, **tal como advertiu** o Supremo Tribunal Federal **em julgamento** consubstanciado em acórdão assim ementado:

“ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTE E DE TERCEIROS.

– ***Não são absolutos*** os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da Administração Tributária, **pois** o Estado, **em tema** de tributação, **inclusive** em matéria de fiscalização tributária, **está sujeito à observância** de um complexo de direitos e

*prerrogativas **que assistem**, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. Na **realidade**, os poderes do Estado **encontram**, nos direitos e garantias individuais, **limites intransponíveis**, cujo desrespeito **pode caracterizar** ilícito constitucional.*

*– **A Administração Tributária**, por isso mesmo, **embora** podendo muito, **não pode tudo**. **É que**, ao Estado, **é somente lícito** atuar, '**respeitados** os direitos individuais e **nos termos** da lei' (CF, art. 145, § 1º), **consideradas**, sobretudo, e para esse específico efeito, **as limitações** jurídicas decorrentes do próprio sistema **instituído** pela Lei Fundamental, **cuja eficácia** – **que prepondera** sobre todos os órgãos e agentes fazendários – **restringe-lhes** o alcance do poder de que se acham investidos, **especialmente** quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, **que são titulares** de garantias **impregnadas** de estatura constitucional e **que**, por tal razão, **não podem ser transgredidas** por aqueles **que exercem a autoridade em nome do Estado**. (...)."*

(HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

***Não** se pode ignorar que **o direito à intimidade** (e, também, **o direito à privacidade**) – **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 e intrusões de terceiros na esfera de sua vida privada*.*

***Dá 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 **ou** aspectos 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 **e** à privacidade (MS 23.669-MC/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **pois** 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 (e da privacidade) **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 e da privacidade – **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 a garantia constitucional da privacidade, **protege**, especificamente, a esfera de *privacidade financeira* das pessoas.

Embora o sigilo bancário, *também ele*, **não tenha** caráter absoluto (RTJ 148/366, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 172/302-303, 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 privacidade – e *da privacidade em sua dimensão*

financeira – das pessoas em geral e dos contribuintes 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 (e, também, da privacidade) 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 (CE art. 5º, X), cuja **proteção normativa** busca erigir e reservar, **sempre em favor do indivíduo** – e 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 consequência, **à proteção jurídica** a ele dispensada pelo ordenamento positivo do Estado.

O eminente Professor ARNOLDO WALD, **em precisa abordagem** do tema (“Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas”, vol. 1/206, 1992, RT), **expendeu** lúcidas considerações **a respeito** dessa questão, **destacando a essencialidade** da tutela constitucional na proteção político-jurídica da intimidade e da privacidade pessoais 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." (grifei)

O direito à inviolabilidade dessa franquia individual – que constitui, insista-se, um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas – ostenta, como precedentemente enfatizado, caráter meramente relativo. Não assume nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, e sempre em caráter excepcional, às exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público, tal como acentuado, em diversos julgamentos, por esta Suprema Corte (AI 528.539/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – AI 655.298-AgR/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.):

“CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF art. 5º, X.

I. – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege – art. 5º, X –, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. (...).”

(RE 219.780/PE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – grifei)

Esse caráter meramente relativo do sigilo bancário justificou decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheceu, em determinado caso, a possibilidade de o Ministério Público, mediante direta requisição dirigida ao Banco do Brasil S/A, ter acesso aos dados sigilosos mantidos por essa instituição financeira, concernentes a qualquer pessoa, desde que se trate de pedido de informações referentes a empréstimos de recursos públicos concedidos com apoio em plano governamental destinado a criar condições para implementação e fomento de políticas públicas na área creditícia.

O julgamento plenário em questão restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

“Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal, ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ‘ut’ art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção

*econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992.
7. Mandado de segurança indeferido.”*

(**MS 21.729/DE**, Red. p/ o acórdão Min. NÉRI DA SILVEIRA – grifei)

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 e que se submete**, *por isso mesmo*, **ao postulado** da reserva de jurisdição – **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.

A relevância do direito ao sigilo bancário **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 (**CE**, 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 com a norma inscrita no art. 5º, **incisos** X e XII, da Constituição (**Pet 577-QO/DE**, 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**, para esse específico efeito, a garantia constitucional do contraditório, **embora exigível** prévia autorização judicial.

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 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 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, impor-se-á o deferimento judicial da quebra de sigilo bancário, **sempre** que essa medida se qualificar como providência *essencial e indispensável* à satisfação das finalidades inderrogáveis da investigação (**e/ou** da fiscalização) estatal, **e 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 judicial** 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** (*a ser valorada pelo Poder Judiciário e não* pela própria Administração Tributária), **não** se justifica a “*disclosure*” das contas bancárias, **sob pena** de inadmissível consagração do arbítrio estatal **e de inaceitável** opressão do indivíduo pelo Poder Público, **eis que** a decretação da quebra do sigilo **não pode converter-se** *num instrumento de indiscriminada e ordinária devassa* da vida financeira das pessoas em geral.

Por maiores que possam ser as garantias *meramente legais instituídas* em favor do contribuinte, **nos procedimentos administrativos** de natureza fiscal contra ele formalmente instaurados, **não há proteção maior** – *e muito mais intensa* – **do que aquela resultante da observância, pelos agentes estatais, do postulado constitucional da reserva de jurisdição.**

Não se pode perder de perspectiva, como salientou o IBCCrim, em sua condição de “amicus curiae”, que “*É a garantia da jurisdição que assegura uma análise imparcial do caso concreto, em que se conclua pela necessidade, adequação e proporcionalidade da medida que legitimamente restringirá a proteção da vida privada do investigado e, eventualmente, a sua liberdade*” (grifei).

Respeitando-se, desse modo, a exigência constitucional de reserva de jurisdição, e submetendo-se o pedido de quebra de sigilo bancário e/ou fiscal ao Poder Judiciário, com a necessária demonstração da existência de causa provável, por parte dos órgãos e agentes incumbidos da persecução criminal e da Administração Tributária, evitar-se-ão arbitrárias intrusões e indevidas interferências na esfera de intimidade das pessoas em geral, obstando-se práticas inaceitáveis que culminam por gerar inadmissível devassa na vida financeira dos contribuintes e dos investigados.

O efeito positivo daí resultante certamente inibirá o Poder Público de ultrapassar os limites juridicamente estabelecidos que lhe restringem, sob a égide do regime democrático, a atividade probatória, pois desestimulará aventuras irresponsáveis e atitudes temerárias dos órgãos e agentes fiscais, do Ministério Público e da Polícia Judiciária, impedindo-os de proceder, caso dispensada fosse a existência de ordem judicial escrita, específica e fundamentada, a verdadeiras e lesivas “fishing expeditions”, medidas essas que se traduzem em ilícitas investigações meramente especulativas ou randômicas, de caráter exploratório, também conhecidas como diligências de prospecção, simplesmente vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como resulta não só da doutrina (AURY LOPES JR. e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, “A Ilegalidade de Fishing Expedition via Mandados Genéricos em Favelas”, “in” Consultor Jurídico, 2017; PHILIFE BENONI MELO E SILVA, “Fishing Expedition: A Pesca Predatória por Provas por parte dos Órgãos de Investigação”, “in” Empório do Direito, 2017; VIVIANI GHIZONI DA SILVA, PHILIFE BENONI MELO E SILVA e ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, “Fishing

Expedition e Encontro Fortuito na Busca e na Apreensão: Um Dilema Oculto do Processo Penal”, 2019, EM/EMais Editora), mas, também, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (RHC 66.126/PR, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS – RHC 72.065/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – RHC 96.585/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, v.g.) e do próprio Supremo Tribunal Federal (HC 106.566/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 137.828/RS, Rel. Min. DIAS TOFFOLI).

A quebra do sigilo **inerente** aos registros bancários (**inclusive** fiscais e telefônicos), **por traduzir** medida de caráter excepcional, **revela-se incompatível** com o ordenamento constitucional, **quando fundada** em deliberações cujo suporte decisório **apoie-se** 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, tal como tem decidido esta Corte Suprema:

“A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE.

– A quebra de sigilo, para legitimar-se em face do sistema jurídico-constitucional brasileiro, necessita apoiar-se em decisão revestida de fundamentação adequada, que encontre apoio concreto em suporte fático idôneo, sob pena de invalidade do ato estatal que a decreta.

A ruptura da esfera de intimidade de qualquer pessoa – quando ausente a hipótese configuradora de causa provável – revela-se incompatível com o modelo consagrado na Constituição da República, pois a quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. Não fosse assim, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada, que daria, ao Estado – não obstante a ausência de quaisquer indícios concretos – o poder de vasculhar registros sigilosos alheios, em ordem a viabilizar,

mediante a ilícita utilização do procedimento de devassa indiscriminada (que nem mesmo o Judiciário pode ordenar), o acesso a dado supostamente impregnado de relevo jurídico-probatório, em função dos elementos informativos que viessem a ser eventualmente descobertos.”

(RTJ 182/560, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

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 expressiva limitação constitucional **ao próprio poder** do Estado (**ADI 1.063/DE**, 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 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 de 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 (CF, art. 58, § 3º), **pode eximir** as instituições financeiras **do dever** que lhes incumbe **em tema** de sigilo bancário.

Daí a correta decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **em julgamento** sobre o tema ora em análise, **assim apreciou** a

questão **pertinente à indispensabilidade** de prévia autorização judicial para efeito de quebra do sigilo bancário:

“SIGILO BANCÁRIO – INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS – AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

O sigilo bancário do contribuinte **não pode ser quebrado** com base em procedimento administrativo-fiscal, **por implicar indevida intromissão** na privacidade do cidadão, **garantia** esta expressamente **amparada** pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso X).

Por isso, cumpre às instituições financeiras manter sigilo acerca de qualquer informação ou documentação **pertinente** à movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, **bem como dos serviços bancários a ele prestados.**

Observadas tais vedações, cabe-lhes atender às demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, **desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscritas por autoridade administrativa competente.**

Apenas o Poder Judiciário, por um de seus órgãos, **pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação** às matérias arroladas em lei. (...).”

(RDA 197/174, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO – grifei)

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 e/ou de fiscalizar 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 jurisdicional 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, mediante ordem judicial, a cláusula de reserva que protege as contas bancárias nas instituições financeiras.

Não configura demasia insistir, Senhor Presidente, na circunstância – que assume indiscutível relevo jurídico – de que a natureza eminente 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 (ou fiscalizadora) 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 da prevalência desse postulado só possam emanar de órgãos estatais – os órgãos do Poder Judiciário (e, *excepcionalmente*, as Comissões Parlamentares de Inquérito) –, aos quais a própria

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, *insista-se, revela-se* **garantia** de respeito **tanto** ao regime das liberdades fundamentais **quanto** à supremacia do interesse público.

Na realidade, *a resposta do poder público ao fenômeno criminoso*, resposta essa **que não pode** manifestar-se de modo cego e instintivo, **há de ser uma reação** pautada por regras **que viabilizem** a instauração de procedimentos **que neutralizem** eventuais excessos dos agentes da persecução penal, **em ordem a que sempre prevaleça**, *no âmbito de qualquer* atividade investigatória e persecutória **movida** pelo Estado, **o respeito pela autoridade incontestável da Constituição**.

É importante lembrar **e insistir, sempre**, na asserção de que **qualquer** pessoa, **independentemente** de sua posição política, financeira ou social, **quando submetida** a atos de persecução penal, **seja** perante a Polícia Judiciária, **ou** o Ministério Público, **ou** o Poder Judiciário, **não se despoja** de sua condição **de sujeito** de determinadas prerrogativas jurídicas **e de titular** de liberdades e garantias indisponíveis, **como o direito fundamental** ao juiz natural (**CF** art. 5º, LIII) **e** à garantia do devido processo legal (**CF** art. 5º, LIV).

O que se revela fundamental registrar, neste ponto, é uma simples, porém necessária, observação: a função estatal de investigar, de processar e de punir **não pode resumir-se** a uma sucessão de abusos **nem deve reduzir-se** a atos que importem em violação de direitos **ou** que impliquem desrespeito a garantias estabelecidas **ou** a princípios consagrados pela Constituição e pelas leis da República. **O procedimento estatal** – seja ele judicial, policial, parlamentar ou administrativo – **não pode transformar-se** em instrumento de prepotência **nem converter-se** em meio de transgressão ao regime da lei.

Os fins **não** justificam os meios. **Há parâmetros ético-jurídicos** *que não podem e não devem ser transpostos* pelos órgãos, pelos agentes **ou** pelas instituições do Estado. **Os órgãos** do Poder Público, quando investigam, processam **ou** julgam, **não estão exonerados** do dever de respeitar os **estritos** limites da lei e da Constituição, **por mais graves** que sejam os fatos cuja prática tenha motivado a instauração do procedimento estatal.

Cabe advertir, no entanto, **tal como lembrou**, em seu douto voto, no julgamento do **Inq** 4.435-AgR-quarto/DF, o eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, **que a exigência de respeito** aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional, **como aqueles que consagram** o dogma do juiz natural **e** a garantia do devido processo legal, **não** frustra **nem** impede o exercício pleno, por **qualquer** órgão do Estado, dos poderes investigatórios e persecutórios de que se acha investido.

Ao contrário, **a observância dos direitos e garantias** *constitui fator de legitimação da atividade estatal*. **Esse dever de obediência** ao regime da lei **impõe-se a todos** – a magistrados, a administradores e a legisladores **e**, *também*, **aos membros** do Ministério Público e da Polícia Judiciária.

É, portanto, **na** Constituição **e nas** leis – *e não na busca pragmática de resultados*, independentemente da **adequação** dos meios à disciplina

imposta pela ordem jurídica – que se deverá promover a solução do justo equilíbrio *entre as relações de tensão* que emergem do estado de permanente conflito **entre** o princípio da autoridade e o valor da liberdade.

O que simplesmente se revela intolerável, e *não tem sentido*, por divorciar-se dos padrões ordinários de submissão à “rule of law”, é a **sugestão** – *que seria paradoxal, contraditória e inaceitável* – de que o respeito pela autoridade da Constituição e das leis **possa traduzir** fator ou elemento de frustração da eficácia da investigação estatal **ou** do processo penal.

Desse modo, Senhor Presidente, **reafirmo meu entendimento manifestado**, tanto no **RE** 389.808/PR quanto no **RE** 601.314/SP, **no sentido** de que a decretação da quebra do sigilo bancário, *ressalvada* a competência extraordinária das CPIs (**CF**, art. 58, § 3º), **pressupõe, sempre**, a existência **de ordem judicial**, *sem o que não se imporá* à instituição financeira **o dever** de fornecer, **seja** à Administração Tributária, **seja** ao Ministério Público, **seja, ainda**, à Polícia Judiciária **ou** ao Tribunal de Contas da União, **as informações e documentos** que lhe tenham sido solicitadas.

Cabe observar, portanto, que esse **mesmo** entendimento – **exigência de prévia autorização judicial** – **deve ser observado**, com maior razão, **no tocante** ao compartilhamento dos dados bancários e fiscais do contribuinte **com** o Ministério Público e a Polícia Judiciária.

4. Da representação fiscal para fins penais

Vale observar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar**, definitivamente, a **ADI 1.571/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **examinou** a questão **concernente ao art. 83 da Lei nº 9.430, de 27/12/96**,

nela proferindo julgamento declaratório de sua improcedência, fazendo-o em acórdão assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 83 da Lei nº 9.430, de 27.12.1996. 3. Arguição de violação ao art. 129, I, da Constituição. ‘Notitia criminis’ condicionada ‘à decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário’. 4. A norma impugnada tem como destinatários os agentes fiscais, em nada afetando a atuação do Ministério Público. É obrigatória, para a autoridade fiscal, a remessa da ‘notitia criminis’ ao Ministério Público. 5. Decisão que não afeta orientação fixada no HC 81.611. Crime de resultado. Antes de constituído definitivamente o crédito tributário não há justa causa para a ação penal. O Ministério Público pode, entretanto, oferecer denúncia independentemente da comunicação, dita ‘representação tributária’, se, por outros meios, tem conhecimento do lançamento definitivo. 6. Não configurada qualquer limitação à atuação do Ministério Público para propositura da ação penal pública pela prática de crimes contra a ordem tributária. 7. Improcedência da ação.” (grifei)

É certo, no entanto, que essa regra legal foi examinada na perspectiva de sua suposta transgressão ao art. 129, I, da Constituição da República que consagrou, entre nós, como função institucional do Ministério Público, o monopólio sobre a titularidade do poder de agir em sede de ação penal de iniciativa pública.

Em referido julgamento, esta Corte Suprema firmou orientação no sentido de que a atuação persecutória do Ministério Público em matéria criminal tributária não está condicionada nem se acha subordinada ao recebimento dessa representação fiscal.

Vê-se, desse modo, que o único fundamento acolhido – e examinado – por esta Corte para reconhecer a constitucionalidade do art. 83 da Lei nº 9.430/96, posteriormente alterado pela Lei nº 12.350/2010, residiu

na **compatibilidade** dessa norma legal com a cláusula de exclusividade do Ministério Público, **em tema** de ação penal de iniciativa pública, **inscrita** no art. 129, inciso I, da Carta Política.

Tenho por relevante destacar, no ponto, **fragmento** do douto voto, **então proferido** pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **Relator** da já mencionada ADI 1.571/DF:

“Cuida-se de alegada inconstitucionalidade do art. 83 da Lei nº 9.430, de 27.12.96, sob a alegação de que, ao estatuir que representação fiscal para fins penais relativa aos crimes dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 26.12.90, seria encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, teria o legislador afrontado o disposto no art. 129, I, da Constituição Federal.

.....
A norma contida no art. 83 da Lei nº 9.430/96 tem como destinatário os agentes administrativos-fiscais, não afetando em nada a atuação do Ministério Público. Independentemente do encaminhamento da representação fiscal ao Ministério Público, poderá o ‘Parquet’ adotar, a qualquer tempo, as medidas necessárias à propositura da ação penal.” (grifei)

Impende assinalar que o Supremo Tribunal Federal **reconhece na denominada** “representação fiscal para fins penais” **a condição de simples comunicação formal** de **suposta** prática delituosa, **tal como bem observou** o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em voto-vista **proferido** nesse mesmo julgamento (ADI 1.571/DF), **tendo-a qualificado**, **então**, como “*mera notitia criminis*”.

Não se pode desconhecer que a investigação penal **constitui** incontornável dever jurídico do Poder Público **e qualifica-se** como resposta legítima do Estado à “*notitia criminis*”.

A indisponibilidade da pretensão investigatória do Estado impede que os órgãos públicos competentes ignorem aquilo que se aponta na “*notitia criminis*”, motivo pelo qual se torna imprescindível a apuração dos fatos delatados, com o conseqüente e necessário aprofundamento da investigação estatal.

É por tal razão – observa RENATO BRASILEIRO DE LIMA (“*Curso de Processo Penal*”, p. 86/87, item n. 6.7, 2003, Impetus) – que, “Ao tomar conhecimento de notícia de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial é obrigada a agir de ofício, independentemente de provocação da vítima e/ou qualquer outra pessoa. Deve, pois, instaurar o inquérito policial de ofício, nos exatos termos do art. 5º, I, do CPP, procedendo, então, às diligências investigatórias no sentido de obter elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria. Para a instauração do inquérito policial, basta a notícia de fato formalmente típico (...)” (grifei).

O significado e a importância da “notitia criminis” – cabe lembrar – vêm ressaltados no magistério de eminentes doutrinadores, que nela vislumbram um expressivo meio justificador da instauração da investigação penal, pois, transmitido às autoridades públicas o conhecimento de suposta prática delituosa perseguível mediante ação penal pública incondicionada, a elas incumbe, por dever de ofício, promover a concernente apuração da materialidade e da autoria dos fatos e eventos *aleadamente* transgressores do ordenamento penal (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “*Elementos de Direito Processual Penal*”, vol. I/107-114, itens ns. 70-74, e vol. II/124, item n. 312, 3ª atualização, 2009, Millennium; EDILSON MOUGENOT BONFIM, “*Código de Processo Penal Anotado*”, p. 53/57, 3ª ed., 2010, Saraiva; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, “*Curso de Processo Penal*”, p. 39/42, item n. 4.1, 9ª ed., 2008, Lumen Juris; DENILSON FEITOZA, “*Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis*”, p. 178, item n. 5.7, 6ª ed., 2009, Impetus; RENATO BRASILEIRO DE LIMA, “*Curso de Processo Penal*”, p. 92/93, item n. 8, 2013, Impetus; E. MAGALHÃES NORONHA, “*Curso de Direito Processual Penal*”, p. 18/19, item n. 8, 19ª ed., 1989, Saraiva; FERNANDO CAPEZ e RODRIGO COLNAGO,

“Código de Processo Penal Comentado”, p. 24, 2015, Saraiva; CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, “Comentários ao Código de Processo Penal”, vol. 1/187-193, itens ns. 55-58, 2002, Edipro; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, p. 64/68, item n. 3.3, 18ª ed., 2008, Atlas, v.g.).

Mostra-se importante advertir, no entanto, na linha da correta decisão proferida pelo eminente Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, no julgamento do HC 260.519/SP, de que foi Relator no E. Superior Tribunal de Justiça, **que a representação fiscal para efeitos penais, **destinada** ao Ministério Público, **não poderá conter dados bancários sigilosos** que instituições financeiras tenham eventualmente compartilhado com a autoridade tributária **para fins de lançamento fiscal**:**

“Anoto que a controvérsia sobre a possibilidade de o fisco obter, de forma direta, informações bancárias do contribuinte foi superada com o julgamento da ADI n. 2859/DF (DJe 21/10/2016), que reconheceu a constitucionalidade do compartilhamento ou da transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, resguardando a publicização de tais dados, principalmente para uso em eventual persecução penal, que ainda permanece sob reserva absoluta de jurisdição.

*Em julgamento conjunto de cinco processos que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, **que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, por maioria de votos, prevaleceu o entendimento** de que a norma **não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.***

*Confira-se a Tese 225 do Supremo Tribunal Federal, **fixada sob a sistemática** da repercussão geral: ‘O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois*

realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal'. Transcrevo, por oportuno, trecho da ementa do julgado:

[...]

Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresse, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.

[...]

(RE n. 601314, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL, DJe de 15/9/2016)

Nesse cenário, não há ilegalidade a ser reconhecida no ponto em que ocorreu transferência de dados bancários para a autoridade fazendária, no âmbito de procedimento administrativo fiscal.

Era cogente, por parte do fisco, ante fundados indícios da prática de ilícito penal, a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais. Contudo, na Representação para Fins Penais houve indevido compartilhamento de dados sigilosos pelo fisco, que tinha o dever de manter a obrigação de sigilo.

A notícia de crime não poderia abranger o compartilhamento de extratos bancários e documentos fiscais com conteúdo protegido por sigilo (declaração de imposto de renda, livros contábeis etc.). Repito, em benefício da clareza: apesar

de, no âmbito fiscal, haver permissão para transferência de dados financeiros do contribuinte, as informações sigilosas obtidas durante o procedimento administrativo fiscal devem ser protegidas contra o acesso de terceiros e, assim, não podem ser compartilhadas para uso em persecução penal sem autorização judicial, pois, no âmbito penal, ainda permanecem sob reserva absoluta de jurisdição.

Nesse cenário, como a denúncia faz referência a livro caixa e a valores creditados em contas bancárias do paciente, deve ser reconhecido o ilegal compartilhamento de dados fiscais e bancários do paciente.” (grifei)

Em suma: *tenho para mim, diante da garantia constitucional de proteção ao sigilo bancário e fiscal, que devem constar de mencionada “representação fiscal”, instruindo-a, unicamente, a descrição objetiva do fato alegadamente delituoso, além de outros dados informativos referentes ao contribuinte a quem se atribui o cometimento de delitos contra a ordem tributária ou de crimes contra a Previdência Social. Não se revela possível, contudo, em referida representação, para fins penais, a remessa – aos órgãos incumbidos da persecução penal – de peças documentais protegidas pela cláusula constitucional do sigilo, tais como extratos bancários, declarações de imposto de renda, livros contábeis, p. ex.*

5. Constitucionalidade do art. 15 da Lei nº 9.613/98: o papel da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (antigo COAF) no âmbito do sistema normativo antilavagem

Examino, agora, o âmbito de incidência da cláusula inscrita no art. 15 da Lei nº 9.613/98, **notadamente** quanto à sua compatibilidade, *ou não*, com a norma prevista no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição, cujo texto, **ao consagrar a tutela jurídica de valores essenciais, dispõe** que *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)” (grifei).*

Antes, porém, entendo pertinente expor algumas considerações sobre a natureza jurídica e as atribuições da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (antigo COAF).

A Medida Provisória nº 893, de 19 de agosto de 2019, **ao vincular** a Unidade de Inteligência Financeira (UIF) ao Banco Central do Brasil (BACEN), **também definiu** as atribuições desse órgão administrativo – anteriormente denominado Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), **que havia sido instituído** pela Lei nº 9.613/98 (e cujo atual Estatuto foi aprovado pelo Decreto nº 9.663/2019) –, **conferindo-lhe** a função precípua de *“produzir e gerir informações de inteligência financeira para a prevenção e o combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo e ao financiamento da proliferação de armas de destruição em massa e promover a interlocução institucional com órgãos e entidades nacionais, estrangeiros e internacionais que tenham conexão com a matéria”* (grifei).

O papel institucional da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil **compreende**, portanto – **considerado o arcabouço normativo** que lhe conferiu identidade e finalidade próprias (Lei nº 9.613/98, MPv nº 893/2019 e Dec. nº 9.663/2019) –, **o desempenho** de *funções de inteligência e de gestão de informações voltadas* a dar efetividade, no território brasileiro, *à política global antilavagem*, **com especial destaque** para as seguintes atribuições:

(a) **receber**, das pessoas a que alude o art. 9º da Lei nº 9.613/98 (que discrimina as *“pessoas obrigadas”*), **as chamadas** *Comunicações de Operações Financeiras* (Lei nº 9.613/98, art.11, inciso II, *“a” e “b”*), como gênero **que se biparte** em duas espécies: *Comunicação de Operações em Espécie* (COE) – que está disciplinada, no que concerne aos Bancos, na Circular nº 3.461/2009 do BACEN, e *Comunicação de Operações Suspeitas* (COS), nos termos pormenorizados na Circular nº 3.542/2012 do BACEN;

(b) **examinar e identificar**, no conjunto das comunicações recebidas, *“as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas”* **caracterizadoras** do delito de lavagem de dinheiro, na forma do comando previsto no art. 14, *“caput”*, da Lei nº 9.613/98, **na redação dada** pela Lei nº 13.901/2019; e

(c) **comunicar** *“às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito”* (**Lei nº 9.613/98**, art. 15 – grifei)

Vê-se, pois, que o papel institucional da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil **qualifica-se**, quanto à natureza de sua atuação, **por sua relativa passividade, uma vez que se limita a receber, monitorar e sistematizar** informações oriundas, especialmente, de instituições financeiras **e a promover**, em momento subsequente, o **intercâmbio desses dados** sensíveis **não apenas** com os órgãos responsáveis, no plano interno, pela persecução penal, **mas, também**, com Unidades de Inteligência Financeira **de outros países** (**Lei nº 9.613/98**, art. 14, 2º c/c o **Decreto nº 9.963/2019**, arts. 9º, XI e 11, VI), **tudo com o propósito de aperfeiçoar, por meio de ações de inteligência e de gerenciamento de dados**, a política de prevenção e de repressão aos crimes de lavagem de dinheiro e de financiamento ao terrorismo, dentre outros ilícitos penais.

É que o **poder de requisição** outorgado ao antigo COAF (**hoje**, UIF) **aplica-se**, **tão somente, aos dados cadastrais**, bancários e financeiros, *“de pessoas envolvidas em atividades suspeitas”* (**Lei nº 9.613/98**, art. 14, § 3º, **incluído pela Lei nº 10.701/2003**), **assim como as funções regulatória e repressiva** desse órgão de inteligência, **descritas** no art. 14 da Lei nº 9.613/98, **incidem, com exclusividade**, apenas sobre as *“pessoas obrigadas”* a cooperar com o sistema nacional antilavagem (**Lei nº 9.613/98**, art. 9º), **e desde que** essas pessoas **não estejam sujeitas**, em seu específico ramo de atividade, à supervisão de órgão regulador próprio (**Decreto nº 9.963/2019**, art. 18,

parágrafo único), **o que pré-exclui** da ação sancionatória da UIF brasileira as instituições financeiras cujo segmento de atuação já se encontre sob o domínio regulatório e de controle do BACEN, **ou** da CVM, **ou** da SUSEP, *v.g.*, **evidenciando**, assim, *o caráter residual* de tal atribuição da Unidade de Inteligência brasileira (que **se instaura**, *p. ex.*, em face de sociedades que exploram empresa de “*factoring*”).

Daí a correta observação de GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ e PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (“**Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**”, p. 43, item n. 2.3.4, 4ª ed. rev., atual. e ampl., 2019, RT), **que tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário** (MARCO ANTONIO DE BARROS, “**Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas**”, p. 417, item n. 12.3, 4ª ed., 2013, RT; MÁRCIO ADRIANO ANSELMO, “**Compliance e Lavagem de Dinheiro: o Papel dos Novos Reguladores**”, p. 11/12, item n. 3.1, “*in*” Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 69/2015, Jul-Set/2015, RT, *v.g.*), **cuja lição, ao tratar da matéria ora em exame, destaca que essas unidades administrativas de inteligência** “(...) *têm atribuição exclusiva de sistematização de informações e produção de análises sobre possíveis operações ilegais ou atípicas. Não tem poder de determinar medidas de coerção ou de iniciar processos judiciais. Apenas colhem a informação, provocam ou instruem os demais órgãos competentes para a persecução penal ou investigação, como o Ministério Público e a Polícia*” (grifei).

Idêntica orientação é também professada por MARCELO BATLOUNI MENDRONI (“**Crime de Lavagem de Dinheiro**”, p. 187, 4ª ed. rev., atual. e ampl., 2018, Atlas), **que põe em destaque**, *a propósito dessa questão específica* (atribuições e finalidades da UIF, antigo COAF), **os seguintes aspectos:**

“O compromisso do Conselho é reforçar (e contribuir com) a eficácia global das medidas de prevenção/repressão e promover o objetivo primordial da lei de Lavagem de Dinheiro, que é o de resguardar a ordem política e socioeconômica, tendo em

vista que esse crime representa uma ameaça não só à integridade e estabilidade dos Estados e de seus sistemas financeiros, mas também à própria democracia.

Sabendo-se que a lavagem de dinheiro é o complemento de inúmeras práticas delituosas graves e que essa operação só é possível com o trânsito dos recursos ilícitos pelos setores regulares da economia, fica evidente a importância do trabalho desenvolvido pelo Coaf em conjunto com os demais entes reguladores, fiscalizadores e operativos, visando fixar procedimentos que dificultem a realização de ações criminosas.” (grifei)

Outra não é a percepção revelada pela própria Unidade de Inteligência Financeira do Brasil, **que também enfatiza**, em Nota Técnica produzida nos presentes autos, a particular natureza de suas atribuições institucionais, conferindo especial relevo à missão, **que lhe é imanente, de receber, de analisar e de disseminar informação e comunicação sobre operações suspeitas, cuja existência possa configurar, no plano** da tipicidade penal, entre outras infrações delituosas, os crimes de lavagem de capitais e de financiamento ao terrorismo:

“A produção de Inteligência Financeira configura um dos processos de trabalho da UIF, o qual consiste no recebimento de comunicações de operações suspeitas de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo, provenientes dos setores obrigados pela Lei nº 9.613, de 1998; e em sua análise, na qual também se consideram o conteúdo de denúncias e as comunicações recebidas de autoridades nacionais e estrangeiras, inclusive de outras unidades de inteligência financeira. Somente nos casos em que, no trabalho de análise das comunicações de operações suspeitas, se conclui pela existência de fundados indícios de ilícitos, são difundidos RIF às autoridades competentes para investigação.

Conforme dispõe a Lei, ‘o Coaf comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito’. Trata-se de um dever legal, não uma faculdade.

Assim, mesmo nos casos em que tenha recebido uma comunicação de autoridade competente, ou tenha havido uma 'provocação de outros órgãos públicos' (como descrito no item 1.2 da decisão do STF), a atuação da UIF tem natureza de ação 'ex officio'. Esse entendimento é corroborado pela Nota Interpretativa da Recomendação 29, emitida pelo GAFI, cujo item B (c) contém a seguinte previsão: 'Quando a UIF receber um pedido de uma autoridade competente, a decisão de conduzir a análise e/ou disseminar as informações para as autoridades solicitantes será da própria UIF'. (...)

.....
Finalmente, cabe ressaltar que não compete à UIF acessar contas bancárias em busca de operações suspeitas de lavagem de dinheiro. Além de ser materialmente impossível, já que a UIF não dispõe de acesso direto a contas bancárias, falta-lhe sobretudo competência legal para tanto. Nesse sentido, o Coaf atém-se unicamente às comunicações recebidas. Pode eventualmente requisitar que a instituição financeira esclareça o conteúdo de algumas delas. Porém, jamais para solicitar informações outras, alheias ao escopo da comunicação em questão.

.....
Ao receber as Comunicações das Autoridades Competentes, o Siscoaf imediatamente verifica se existem na base de dados informações acerca das pessoas investigadas. Cumpre destacar que a análise neste momento realizada toma como base comunicações de operações financeiras já existentes na base de dados da UIF, que passaram pelos procedimentos de PLD/FTP implementados pelos entes obrigados e foram selecionadas por sua atipicidade ou por critério de comunicação automática antes do recebimento de qualquer comunicação de autoridade competente por meio do SEI-C.

Em seguida, a UIF verifica se o procedimento de investigação informado pela autoridade é válido e se foi descrito o 'modus operandi' criminoso investigado. Essas informações recebidas, quando confrontadas com o conjunto de informações já possuídas pela

UIF, podem se revelar significativas para identificação de fundados indícios da prática de crime de lavagem de dinheiro e de outros ilícitos.

.....
Concluída a análise, poderá ser elaborado RIF, tendo muito provavelmente entre seus destinatários a própria autoridade originariamente comunicante. Destaca-se que não se trata, absolutamente, de um RIF 'por encomenda'. A elaboração de RIF continua a depender de decisão da própria UIF, conforme os critérios próprios indicados na resposta ao item 1.1, acima, tratando-se de atuação 'ex officio'." (grifei)

Conclui-se, daí, que, mesmo quando a UIF **dissemina** informações em razão de anterior provocação do Ministério Público **ou** da Polícia Judiciária, *p. ex.*, a sua atuação **não se despoja do signo, da relativa passividade, que é próprio** da atividade de inteligência em questão (**e que a distingue**, sob esse aspecto, dos atos de persecução penal).

Afinal, não constitui demasia reafirmá-lo, ainda que a fase de difusão de informações **instaure-se**, no âmbito da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil, **em virtude** de estímulo interorgânico, **os subsídios coletados** para a eventual produção do *Relatório de Inteligência Financeira (RIF)* – que constitui o instrumento por meio do qual a UIF **divulga**, segundo seu único e exclusivo juízo decisório, **o resultado** de sua precedente análise – **serão aqueles que já faziam parte** da banco de dados da própria UIF, **sendo de destacar-se**, ainda, *a propósito do tema em análise, a advertência* de FÁBIO RAMAZZINI BECHARA (“**Natureza Jurídica do Relatório de Inteligência Financeira do COAF**”, p. 80, item n. 2.5.3, “*in*” Revista Fórum de Ciências Criminais, ano 1, n. 1, p. 69-84, jan./jun. 2014), que, **ao discorrer** sobre a natureza das atividades desempenhadas pelo antigo COAF *em confronto com* as funções investigativas protagonizadas pelos órgãos responsáveis, no aparelho de Estado, pela “*persecutio criminis*”, **corretamente assinala:**

“Com efeito, ainda, a análise do COAF apenas revela a situação de atipicidade na movimentação financeira, contudo,

a natureza desta atipicidade sempre dependerá de esforço investigatório a qualificá-la como ilícito administrativo ou penal, ou afastar a situação de desconformidade inicialmente apontada.” (grifei)

Feitas essas considerações, torna-se necessário examinar, neste ponto, sob uma perspectiva histórica, o delito previsto no art. 1º da Lei nº 9.613/98, para cujo enfrentamento foi concebida e estruturada a Unidade de Inteligência Financeira do Brasil.

É que não se pode desconsiderar **nem** desconhecer, Senhores Ministros, **na abordagem jurisdicional** do tema ora em exame, *o caráter transnacional* do delito de lavagem de dinheiro, **cuja origem**, em termos normativos, **é fruto de consenso** obtido no âmbito de negociações internacionais, **todas elas regidas, em seus aspectos jurídicos, pelo Direito das Gentes.**

Com efeito, o delito de lavagem de dinheiro é o produto normativo da comunhão de esforços e vontades de Estados soberanos, cujas preocupações, externadas na arena internacional, mostraram-se convergentes quanto aos graves riscos derivados da prática criminosa em referência, tal como se verifica das considerações preambulares à “Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas”:

“(…) Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados,

Reconhecendo também que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional, cuja supressão exige atenção urgente e a mais alta prioridade,

Conscientes de que o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e

corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.

Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade,

.....
Convêm o que segue:" (grifei)

O reconhecimento, pela comunidade internacional, do cenário acima descrito, **constituiu** o fundamento em virtude do qual **celebrou-se**, no dia 20 de dezembro de 1988, em Viena, a *Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas* – posteriormente **promulgada**, no Brasil, **pelo Decreto** nº 154, de 26 de junho de 1991 –, em cujo âmbito **os Estados contraentes**, ao resgatarem inquietações já sinalizadas, duas décadas antes, por ocasião da “*Convenção Única de 1961 sobre Entorpecentes*”, **obrigaram-se a instituir**, no âmbito interno de seus respectivos ordenamentos jurídicos, **o tipo penal** (até então inexistente) de lavagem de dinheiro (Artigo 3, item 1-b, “i” e “ii”).

Vale registrar, considerada essa perspectiva internacional de combate às ações caracterizadoras da lavagem de dinheiro, **que**, simultaneamente à celebração da Convenção de Viena, **os Estados membros do G-10**, além de Espanha e Luxemburgo – **ao conscientizarem-se** de que as instituições bancárias **constituíam** campo extremamente fértil à ação criminosa dos “*lavadores de dinheiro*” – **firmaram**, por intermédio dos dirigentes de seus respectivos Bancos Centrais, a *Declaração dos Princípios de Basileia*, **que caracteriza** a fonte embrionária do atual sistema de “*criminal compliance*” e, por isso mesmo, **representa** um marco decisivo na formação do vigente sistema global antilavagem, **impondo** o nascimento de uma relação de proximidade, **até então desconhecida**, **entre** o setor público e a iniciativa privada **no confronto** com essa espécie de criminalidade financeira.

A Declaração internacional em referência, portanto, tem sua gênese relacionada, de modo indissociável, à constatação de que os crimes de lavagem de dinheiro apoiam-se, em larga medida, para o seu sucesso, na nota de invisibilidade que caracteriza as transações financeiras, lícitas e ilícitas, realizadas por meio do sistema bancário oficial. Daí que a ação estatal de enfrentamento a esse particular modelo de macrocriminalidade, de índole predominantemente transnacional, impôs “uma aproximação inédita, na esfera criminal, entre o poder público e o setor privado”, revelando-se “de inestimável importância a cooperação de setores estratégicos da iniciativa privada com o poder público para o combate a essa modalidade criminosa” (FABIANO EMIDIO, “Lavagem de Dinheiro e Paraísos Fiscais: A Captura da Economia pelo Crime Organizado”, p. 61, item n. 1.6.1, 2018, Lumen Juris).

Registre-se, a respeito do caráter seminal de que se reveste a Declaração de Princípios de Basileia, a precisa lição de VINCENZO MAIELLO (“Riciclaggio e Reati nella Gestione dei Flussi di Denaro Sporco: Teoria e Pratica”, “a cura di” Vincenzo Maiello e Luca Della Ragione, p. 21, item n. 3.1, 2018, Giuffrè Editore), para quem:

“È proprio sulle basi poste dalla Dichiarazione di Basilea che si è innestato lo sviluppo di tutta la successiva normativa antiriciclaggio, sia a livello internazionale che nazionale, e che si è mossa sulle seguenti linee direttrici:

- 1) l'imposizione dell'obbligo di identificazione della clientela, con contestuale esortazione a non eseguire operazioni di importo rilevante in caso di identità dubbia;*
- 2) l'assunzione da parte delle banche dell'impegno a rinunciare al compimento delle operazioni richieste da clienti sospetti di riciclaggio;*
- 3) la previsione, in capo alle banche, di un dovere di collaborazione con le autorità inquirenti, nei limiti del*

rispetto della normativa interna prevista per la tutela della riservatezza della clientela.

.....
Nonostante la proliferazione di provvedimenti in materia, le zone d'ombra non mancavano, ma i successivi interventi normativi hanno provato a colmare le lacune.” (grifei)

Cabe acentuar, de igual modo, o surgimento, no ano de 1989, do Grupo de Ação Financeira Internacional contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF), de caráter intergovernamental, **que é vocacionado**, desde a sua concepção, a estabelecer padrões internacionais mínimos de combate à lavagem de dinheiro e – após a expansão de seu objeto, *para o fim de nele incorporar* novas ameaças e riscos emergentes – de repressão ao financiamento **tanto** do terrorismo **quanto** da proliferação de armas de destruição em massa.

Nesse sentido, **o GAFI publicou 40 (quarenta) recomendações**, *ainda nos idos de 1990* (que foram **revistas** em 15 de fevereiro de 2012 **e**, *desde então*, regularmente **atualizadas até** o mês de junho de 2019), **com o propósito** de nortear a implementação, pelos Estados nacionais, *“de medidas legais, regulamentares e operacionais para o combate ao branqueamento de capitais, ao financiamento do terrorismo, ao financiamento da proliferação [de armas de destruição em massa], bem como a outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional”* (“**As Recomendações do GAFI**”, p. 07, Introdução, 2012), **e das quais decorre** o modelo que atualmente **caracteriza, em escala global, a estrutura de normatividade que compõe o sistema antilavagem de dinheiro.**

Assinale-se, *sob tal aspecto*, **que** o Conselho de Segurança da ONU – a cujas decisões submetem-se, por determinação convencional expressa (**Carta das Nações Unidas**, Artigo 25), **todos** os membros das Nações Unidas – **conferiu caráter cogente** às Recomendações do GAFI, **conforme se depreende** da Resolução nº 1.617, *de 29 de julho de 2005*, **cujo teor foi**

reafirmado pela Resolução nº 2.253, de 17 de dezembro de 2015 (incorporada ao direito pátrio por meio do Decreto nº 8.799, de 06 de julho de 2016):

“O Conselho de Segurança,

.....
7. Insta veementemente todos os Estados Membros a que deem cumprimento às normas internacionais globais consubstanciadas nas 40 recomendações relativas ao branqueamento de capitais do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e às nove recomendações especiais relativas ao financiamento ao terrorismo do GAFI (...).” (grifei)

Percebe-se, assim, que o Estado brasileiro obrigou-se, no plano internacional, a dar fiel cumprimento às Recomendações emanadas do Grupo de Ação Financeira Internacional contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF).

Os compromissos político-jurídicos assumidos pelo Estado brasileiro, no plano internacional, regem-se pelo princípio basilar que conforma a prática convencional dos Estados soberanos, tão bem realçado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, cujo Artigo 26, ao consagrar o postulado do “*pacta sunt servanda*”, estabelece que: “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*”, sendo certo, ainda, considerado o que prescreve o Artigo 27 dessa mesma Convenção, que “*Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado (...)*”.

Também a Carta de Bogotá, que instituiu a Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948, ao dispor sobre esse mesmo princípio do “pacta sunt servanda”, estabeleceu, em seu Artigo 18, que “O respeito e a observância fiel dos tratados constituem norma para o desenvolvimento das relações pacíficas entre os Estados. Os tratados e acordos internacionais devem ser públicos” (grifei).

O Brasil vem assumindo **importantes compromissos internacionais** voltados à prevenção e à repressão de graves delitos, de perfil transnacional, *como o evidencia a assinatura*, por nosso País, **da Convenção das Nações Unidas** contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (**celebrada** em Viena em 1988), **da Convenção Interamericana** contra a Corrupção (**celebrada** na Venezuela em 1996), **da Convenção das Nações Unidas** contra a Corrupção (**celebrada** em Mérida, no México, em 2003) **e da Convenção de Palermo** contra o Crime Organizado Transnacional (**celebrada** sob a égide da Organização das Nações Unidas, em 2000) **e, em consequência disso, estruturou-se**, no plano interno, *um sistema de combate* a essa espécie de macrocriminalidade, em cuja essência **entremeia-se**, como decorrência de sua própria natureza delituosa, **a nota da transnacionalidade**.

As **razões determinantes** da celebração dessas convenções internacionais (**uma de caráter regional e outras três de projeção global**) **residem**, basicamente, **na preocupação** da comunidade internacional *com a extrema gravidade* dos problemas e das consequências nocivas **decorrentes** de tais práticas criminosas para a estabilidade e a segurança da sociedade, **com particular referência à criminalidade organizada, à delinquência governamental, à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo**.

Não constitui **demasia reafirmar**, neste ponto, **considerado** o que dispõe a *Carta de São Francisco* – que instituiu a *Organização das Nações Unidas* como órgão sucessor **da antiga Sociedade ou Liga das Nações** (1919) –, **cujo texto**, ao dispor sobre as funções e atribuições do Conselho de Segurança, **expressamente reconheceu**, em seu Artigo 25, **que** “Os membros das Nações Unidas **concordam em aceitar e executar** as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta” (grifei).

Daí os fundamentos invocados, no caso ora em exame, pela própria Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (UIF), antigo COAF, que sustenta a obrigatoriedade de o Estado brasileiro observar as cláusulas consagradas em instrumentos internacionais por ele subscritos, em ordem a viabilizar a prevenção e a repressão aos delitos transnacionais, dentre os quais avultam, por seu inquestionável e perverso desvalor, os crimes de lavagem de dinheiro, de corrupção governamental e de financiamento ao terrorismo:

“Desde quando editou sua Resolução nº 1.617, de 2005, ocasião em que ‘strongly urg[ed] all Member States to implement the comprehensive, international standards embodied in the Financial Action Task Force’s (FATF) Forty Recommendations on Money Laundering’, o Conselho de Segurança das Nações Unidas tem exortado os países membros da organização internacional ao fiel cumprimento das diretrizes emitidas pelo GAFI. Mais recentemente, nos termos da Resolução nº 2.253, adotada em 17 de dezembro de 2015 e incorporada ao ordenamento nacional pelo Decreto nº 8.799, de 6 de julho de 2016, o Conselho segurança assim se manifestou:

‘(...)

16. Insta firmemente todos os Estados Membros a cumprirem os padrões internacionais abrangentes reunidos nas Quarenta Recomendações Revistas sobre Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação [de armas de destruição em massa] do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) (...);’

Em linha com as determinações do Conselho de Segurança das Nações Unidas e na condição de membro pleno do GAFI, o Brasil assumiu o compromisso de seguir e implementar as Quarenta Recomendações. Dentre elas, ao menos três são especialmente importantes para o funcionamento regular de uma unidade de inteligência financeira, notadamente quanto ao conteúdo e tipo

de dados contidos em sua tarefa primordial de 'receber', 'analisar' e, sobretudo, 'disseminar' informações. **Trata-se das Recomendações 9, 20 e 29 e respectivas Notas Interpretativas, de cujos teores são ilustrativas as seguintes passagens:**

9. Leis de sigilo de instituições financeiras

Os países deveriam assegurar que as leis de sigilo das instituições financeiras não inibam implementação das Recomendações do GAFI.

20. Comunicação de operações suspeitas

Se uma instituição financeira suspeitar ou tiver motivos razoáveis para suspeitar que os fundos sejam produtos de atividade criminosa ou estejam relacionados ao financiamento do terrorismo, ela deveria estar obrigada, por lei, a comunicar prontamente suas suspeitas à unidade de inteligência financeira (UIF)

Nota Interpretativa da Recomendação 20 (comunicação de operações suspeitas)

(...)

3. Todas as transações suspeitas, inclusive tentativas, deveriam ser comunicadas, independentemente do valor da transação.

.....
É sob a luz dessas e de outras Recomendações, a cuja aplicação estão adstritos mais de cento e sessenta países, que os setores obrigados cumprem seu dever colaborativo – e são dezenas deles, não apenas o setor financeiro –, bem como desempenha a UIF o mister principal de uma unidade de inteligência financeira: a mencionada tríplex função de 'receber', 'analisar' e 'disseminar'.

Assim, a fundamentação legal para o recebimento de comunicações, análise e disseminação de relatórios de inteligência financeira permaneceu a mesma, antes e após a decisão do STF nas ADI nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, quais sejam, os artigos 1º, § 3º, IV, e 2º, § 6º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, os art. 11, 14 e 15 da Lei nº 9.613, de 1998, e as Recomendações do GAFI. Igualmente, os critérios utilizados para a elaboração dos RIFs,

detalhados acima, tampouco sofreram alterações em decorrência das referidas ADIs.” (grifei)

*Mais do que isso, não há como ignorar, no que concerne às medidas de repressão ao financiamento do terrorismo, os novos parâmetros **consagrados** pela vigente Constituição da República, **notadamente** em função do que a Lei Fundamental do Brasil **prescreve** em seu art. 4º, **inciso VIII**, em norma que definiu o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais **que devem orientar** o Estado brasileiro no âmbito de suas relações internacionais, **além do que** dispõe o art. 5º, **inciso XLIII**, de nossa Carta Política, que determinou uma pauta de valores a serem protegidos na esfera interna, **mediante** qualificação da prática do terrorismo como delito inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado.*

***Constata-se, desse modo, que os novos** parâmetros constitucionais **inscritos** no art. 4º, VIII, e no art. 5º, XLIII da Constituição da República **demonstram** que o Estado brasileiro **assumiu**, *perante a Nação*, **expressivo compromisso de frontal hostilidade às práticas terroristas**, tanto que, ao proclamar os princípios fundamentais **que regem** as relações internacionais do Brasil, **ênfaticou**, *de modo inequívoco*, **o seu repúdio ao terrorismo e**, *mais do que isso*, a Constituição do Brasil **também determinou** ao legislador comum **que dispensasse**, ao autor do crime de terrorismo, tratamento penal mais severo, **compatível** com aquele já previsto para os delitos hediondos.*

*Essas diretrizes constitucionais, **que põem em evidência** a posição explícita do Estado brasileiro, de frontal repúdio ao terrorismo, têm o condão **de desautorizar** qualquer inferência **que busque atribuir, às práticas terroristas e de financiamento ao terrorismo**, um tratamento benigno **de que resulte** o estabelecimento, em torno desses agentes criminosos, de um inadmissível círculo de proteção que os **tornem imunes** ao poder persecutório do Estado brasileiro – imunidade essa **que restaria definitivamente instituída**, *p. ex.*, a partir de um **ato judicial de censura e de esvaziamento** das atribuições institucionais conferidas à UIF brasileira –,*

notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembleia Nacional Constituinte **formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor** em relação a **quaisquer** atos delituosos **impregnados** de índole terrorista.

Esse particular aspecto **projeta-se**, *de modo veemente*, em declarações internacionais **subscritas** pelo Brasil, como aquela **aprovada** na *Vigésima Terceira Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores dos Países integrantes do sistema interamericano*, **ocasião em que** a Organização dos Estados Americanos, **tendo presente** a necessidade de fazer preservar a integridade do princípio democrático, **censurou e repudiou** a prática do terrorismo, **fazendo constar** dos “*consideranda*” **pertinentes** à Resolução nº 01/2001, **o que se segue**:

*“**REAFIRMANDO** a rejeição absoluta, por parte dos povos e dos governos das Américas, dos atos e atividades terroristas que atentam contra a democracia e a segurança dos Estados do Hemisfério;*

.....
***CONVENCIDA** de que a resposta dos Estados membros à situação atual exige que se apliquem ou adotem, de acordo com sua legislação nacional, medidas urgentes, no âmbito nacional e internacional, para combater as ameaças à paz, à democracia e à segurança do Hemisfério resultantes de atos terroristas e que se submetam à justiça os autores, organizadores e patrocinadores desses atos, bem como as pessoas que lhes proporcionem assistência, apoio ou proteção;*

***CONSIDERANDO TAMBÉM** que a Carta Democrática Interamericana, aprovada no Vigésimo Oitavo Período Extraordinário de Sessões da Assembleia Geral em 11 de setembro de 2001, reconhece o compromisso dos Estados membros de promover e defender a democracia e que **nenhum Estado democrático pode permanecer indiferente à clara ameaça que o terrorismo representa** para as instituições e liberdades democráticas;*

***LEVANDO EM CONTA** a responsabilidade de todos os Estados de cooperar na identificação, julgamento e punição de todos os responsáveis por atos terroristas, que constituem crimes da maior gravidade e a necessidade imperativa de acelerar os processos de extradição nos casos em que esta for procedente.” (grifei)*

Cabe referir, neste ponto, ante a sua inquestionável relevância político-jurídica, **a assinatura**, pelo Brasil, em 03/06/2002, em Barbados (32ª Assembleia Geral da OEA), **da Convenção Interamericana Contra o Terrorismo**, que traduziu um gesto consequente do Estado brasileiro, **a evidenciar fidelidade e respeito** aos novos paradigmas constitucionais consagrados no texto da Lei Fundamental **promulgada** em 1988, **cuja interpretação**, presente esse contexto, **legitima** a assertiva de que **qualquer tratamento favorável ao autor de atos terroristas e seus financiadores** revela-se essencialmente incompatível com os valores que conformam a atividade do Poder Público, cujos servidores não podem demonstrar indiferença ética **em face** das gravíssimas consequências que derivam da prática criminosa do terrorismo, **seja** em âmbito nacional, **seja** no plano internacional.

Daí o inteiro acerto com que se houve o Parlamento brasileiro, **ao reproduzir**, no arcabouço normativo **instituído** pela Lei nº 9.613/98, as linhas conceituais do **sistema antilavagem** concebido pelo *Grupo de Ação Financeira Internacional contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo* (GAFI/FATF), **incorporando**, desse modo, ao ordenamento interno, “*inter alia*”, **o teor das Recomendações 9, 10, 20, 29 e 40 (e de suas respectivas Notas Interpretativas)**, **todas emanadas** da organização intergovernamental em referência.

Nesse ensejo, e tendo igualmente presente o contexto em função do qual **foram introduzidas**, no ordenamento interno, as **normas** de “*criminal compliance*” **concebidas** no plano supranacional, **é que sobreveio**, p. ex., a regra legal **que impôs**, às instituições financeiras nacionais, **a adoção** da política “*Know Your Costumer*” – e de outros deveres de diligência e

vigilância relacionados aos clientes bancários (“*Customer Due Diligence*” – CDD) –, **além da** necessária conservação, pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos, dos registros de transações por elas intermediadas, **sendo de observar-se**, *por oportuno*, **que esses preceitos estão disciplinados**, *em seus aspectos substanciais*, nas **Recomendações** nºs 10 e 11 do GAFI, cujo sentido normativo **foi reproduzido** em diversos incisos e parágrafos do art. 10 da Lei nº 9.613/98.

Também em cumprimento a **compromissos internacionais** (expressos, *no caso*, pelo conteúdo da **Recomendação nº 20** do GAFI), o legislador nacional **estabeleceu** a obrigatoriedade – **que incide**, *com especial destaque*, sobre as instituições **integrantes** do Sistema Financeiro Nacional – **da comunicação de operações suspeitas** à Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (**Lei nº 9.613/98**, art. 11), **valendo transcrever**, *por relevante*, o comando inscrito na norma internacional em questão:

“20. Declaração de operações suspeitas

Se uma instituição financeira suspeitar ou tiver motivos razoáveis para suspeitar que certos fundos são provenientes de uma atividade de natureza criminal ou que estão relacionados com o financiamento do terrorismo, deveria ser-lhe exigido por lei que efetue imediatamente uma declaração de operação suspeita à Unidade de Informação Financeira (UIF).” (grifei)

Mostra-se importante insistir, neste ponto, na afirmação **de que** as sobreditas regras legais de “*criminal compliance*” **constituem** – **seja** no plano global, **seja** no domínio interno – **a tradução normativa** daquela **premente e inédita necessidade**, já anteriormente insinuada na *Declaração de Basileia*, **de promover-se** uma aproximação **entre** o aparelho de Estado e determinados setores da iniciativa privada, *para o fim de instituir-se*, *de modo minimamente eficaz*, uma **política de prevenção e repressão** aos atos delituosos caracterizadores da lavagem de dinheiro e de financiamento ao terrorismo.

Nesse sentido, é importante ter sempre presente, na análise da matéria ora em exame, que “o modus operandi” que caracteriza os atos de lavagem de capitais – cuja execução, não raro, envolve a participação de consultores e de técnicos especializados (de formação contábil, jurídica, empresarial, financeira, v.g.) e ações impregnadas de significativo coeficiente dissimulatório, muitas das quais perpetradas no contexto de sofisticados expedientes de engenharia financeira transnacional – praticamente inviabilizaria, à míngua de mecanismos de cooperação estabelecidos entre diferentes países e organismos intergovernamentais, de um lado, e da conjugação de esforços entre os setores público e privado, de outro, a ação repressiva (e preventiva) do Estado no que concerne a essa preocupante espécie de macrocriminalidade, consoante adverte, em valioso estudo sobre a matéria em causa, FABIANO EMIDIO (“Lavagem de Dinheiro e Paraísos Fiscais: A Captura da Economia pelo Crime Organizado”, p. 61, item n. 1.6.1, 2018, Lumen Juris):

“Diferentemente do que acontece em relação à criminalidade Clássica, em que o exercício da potestade pública, de ‘per se’, revela-se suficiente ao enfrentamento dos fenômenos criminológicos que têm por objeto bens jurídicos como a vida, o patrimônio e a liberdade, o embate à criminalidade financeira impõe uma aproximação inédita, na esfera criminal, entre o poder público e o setor privado (...).

Considerados, portanto, o grau de tecnicismo e as arenas em que são desenvolvidos os atos de lavagem de dinheiro (bancos, corretoras de seguros, empresas, etc.), afigura-se de inestimável importância a cooperação de setores estratégicos da iniciativa privada com o poder público para o combate a essa modalidade criminosa.

As políticas de enfrentamento à lavagem de dinheiro exigem, dessa forma, uma permanente cooperação entre os órgãos públicos encarregados da repressão e da prevenção a esse fenômeno criminológico (Polícia, Ministério Público, Receita, Banco Central, COAF) e setores privados que, pela

natureza de suas atividades, guardam uma relação de proximidade com os fluxos de dinheiro ilícito, detendo informações e manejando sistemas de extrema relevância para o combate à lavagem de dinheiro, sendo, por essas razões, conhecidos como 'gatekeepers', ou seja, guardiões da integridade do sistema financeiro." (grifei)

Dá que esse sistema de cooperação entre o aparelho de Estado e setores específicos da iniciativa privada – sistema esse idealizado e concebido no âmbito das relações internacionais e que foi reproduzido, no plano interno, nos comandos normativos inscritos nos arts. 10 e 11 da Lei nº 9.613/98 –, longe de restringir, de maneira indevida e desproporcional, o direito fundamental à intimidade (CF, art. 5º, inciso X), expressa, na verdade, o adimplemento de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na esfera do Direito das Gentes, bem assim a necessidade inadiável de conceber-se, no âmbito dos Estados nacionais, um plano eficaz de enfrentamento – que, acentue-se, ainda não foi alcançado – não só ao delito de lavagem de dinheiro, mas, também, às ações de financiamento ao terrorismo e de patrocínio à proliferação de armas de destruição em massa.

Idêntica abordagem hermenêutica **deve orientar**, segundo penso, a **análise jurisdicional da cláusula inscrita** no art. 15 da Lei nº 9.613/98, cujo conteúdo tão somente **confere** concreção, no âmbito jurídico interno, ao comando constante da Recomendação nº 29 do GAFI, **conforme se depreende** da análise de suas respectivas expressões normativas, **que a seguir reproduzo:**

“Lei 9.613/98, art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.” (grifei)

“RECOMENDAÇÃO 29. Unidades de informação financeira

Os países deveriam criar uma **Unidade de Informação Financeira (UIF)** que sirva como centro nacional **para receber e analisar** (a) declarações de operações suspeitas e (b) outras informações relativas ao branqueamento de capitais, a infrações subjacentes associadas e ao financiamento do terrorismo, e **para a disseminação** dos resultados dessa análise. A UIF deveria estar em condições de obter informação adicional por parte das entidades responsáveis pela transmissão de informação, e deveria ter acesso em tempo útil às informações financeiras, administrativas e provenientes das autoridades de aplicação da lei, para desempenhar cabalmente as suas funções.” (grifei)

Penso que se reveste de fundamental importância, neste ponto, **observar-se**, para o adequado exame da matéria, **o teor** da **Nota Interpretativa emanada** do próprio GAFI – **que se propõe**, no exercício de verdadeira interpretação autêntica, **a delimitar** o sentido e o alcance da Recomendação nº 29 – **cujo conteúdo**, é necessário acentuar, **ostenta o mesmo grau de positividade jurídica usufruído** pelo texto a que ela visa interpretar.

Nesse sentido, ao explicitar a diretriz normativa constante de sua Recomendação 29, **que discrimina** a missão precípua e o papel institucional das Unidades de Inteligência Financeira (UIFs), **a organização intergovernamental “Financial Action Task Force” (FATF) conferiu densidade jurídica e expressão concreta a cada uma** das funções a serem atribuídas, no plano doméstico, a esses centros de inteligência, e **que consistem**, basicamente, nas atribuições **de receber e de analisar** declarações de operações suspeitas e **de disseminar**, em momento subsequente, o resultado de tal análise.

A função de receber os comunicados de operações suspeitas **dispensa**, por seu próprio caráter intuitivo, **quaisquer** considerações adicionais, **o que não se verifica no que concerne** ao papel, atribuído à

UIF, **de analisar** o teor de tais documentos, **especialmente se se considerar que** “A análise realizada pela UIF **deveria acrescentar valor às informações que esta recebe e detém**”, **o que é explicitado** nos seguintes termos (“in” “As Recomendações do GAFI”, p. 98, Nota Interpretativa da Recomendação 29 – grifei):

“As UIF deveriam efetuar os seguintes tipos de análise:

*A **análise operacional** explora as informações disponíveis e que podem ser obtidas **para identificar alvos específicos** (por exemplo, pessoas, bens ou redes e associações criminosas), **para acompanhar atividades ou operações concretas e para estabelecer ligações** entre os alvos e um possível produto do crime, do branqueamento de capitais, das infrações subjacentes ou do financiamento do terrorismo.*

*A **análise estratégica** utiliza as informações disponíveis e que podem ser obtidas, nomeadamente os dados que podem ser fornecidos por outras autoridades competentes, **a fim de identificar as tendências e os padrões** em matéria de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. Estas informações são posteriormente utilizadas pela UIF ou por outras entidades estatais para determinar as ameaças e vulnerabilidades relacionadas com o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo. A análise estratégica pode igualmente **contribuir para a definição de políticas e de objetivos para a UIF** ou, mais amplamente, para as outras entidades relevantes do regime de ABC/CFT.” (grifei)*

Nota-se, então, que a assim chamada “análise operacional” a ser realizada pela UIF **deve acrescentar valor às declarações de operações suspeitas** anteriormente recebidas das instituições financeiras, **podendo a referida Unidade de Inteligência, a fim de concretizar esse particular desígnio, (a) identificar** alvos específicos (pessoas, bens **ou** redes e associações criminosas, v.g.); **(b) acompanhar** atividades ou operações concretas; **e (c) estabelecer** conexões **entre** os alvos **e** um possível produto do crime de branqueamento de capitais, **ou** das infrações subjacentes, **ou** do financiamento ao terrorismo, **para o fim de disseminar**, em marco

temporal ulterior, como logo adiante se evidenciará, **o resultado** dessa análise, **compartilhando-o** com os órgãos responsáveis pelos atos de persecução penal.

Devo registrar, ainda, *por relevante*, **que idêntico marco regulatório** foi **firmado** no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), em cujo âmbito **instituiu-se**, ainda nos idos de 1997, o “Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem de Ativos Relacionados com o Tráfico de Drogas e Outros Delitos Graves”, **atualizado** em novembro de 2011, que, **ao delinear**, *agora no plano regional*, as funções institucionais das Unidades de Inteligência Financeira, **conferiu-lhes**, em seu Artigo 13 – assim como já o fizera, na esfera global, o GAFI/FATF – o papel de “**receber, solicitar, analisar e submeter** às autoridades competentes **os relatórios sobre as transações financeiras** a que se refere este Regulamento, **quando tais transações envolvam ativos** sobre cuja procedência haja suspeita de ilicitude” (grifei), **cabendo ainda destacar**, a esse respeito, as normas de “*criminal compliance*” **estabelecidas** no diploma normativo em referência, que também **confere**, às instituições financeiras, **o dever de transmitir** à UIF o mesmo documento que fora qualificado, no âmbito do GAFI, como “Declaração de Operações Suspeitas”:

Artigo 19. COMUNICAÇÃO DE TRANSAÇÕES FINANCEIRAS SUSPEITAS

1. As instituições financeiras dispensarão especial atenção a todas as transações, concluídas ou não, complexas, incomuns, ou de valor significativo e a todos os padrões de transação não habituais, assim como às transações de pequeno valor, porém periódicas, que não tenham fundamento econômico ou legal aparente.

2. Ao suspeitarem de que as transações descritas no parágrafo 1 deste artigo possam constituir-se em atividades ilícitas ou estar relacionadas com um delito de lavagem de ativos ou financiamento do terrorismo, as instituições financeiras deverão comunicar imediatamente tal fato às autoridades competentes, especialmente à mencionada no artigo 13 deste Regulamento.” (grifei)

Incompatível, *portanto*, com as próprias funções institucionais das Unidades de Inteligência Financeira, tal como concebidas e estruturadas **tanto** pelo GAFI, *no plano global*, **quanto** pela OEA, *no âmbito regional*, a pretensão de fazer incidir, quanto a elas (UIFs), a cláusula inscrita no § 2º do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, **sob pena** de o Brasil incorrer na prática de um ilícito internacional e, em consequência, **dar ensejo** à instauração, no plano do Direito das Gentes, de um conflito de igual natureza.

Cumpr **ter presente**, de qualquer modo, **que** à Unidade de Inteligência Financeira **não foi conferida** a mesma prerrogativa outorgada, *no plano da legislação infraconstitucional* (**Lei Complementar nº 105/2001**, art. 6º, “*caput*”) **aos agentes fiscais** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujas autoridades tributárias **detêm** a faculdade de, *por autoridade própria*, **ter acesso e** “(...) *examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras*” (grifei).

Na realidade, **os Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs)** – produzidos pela UIF e posteriormente compartilhados com os órgãos responsáveis, *no aparato estatal*, pela “*persecutio criminis*” – **destinam-se a aparelhar**, *a partir da configuração de causa provável*, o pedido judicial de quebra do sigilo bancário, a ser formulado, perante o juízo competente, pelo Ministério Público.

Vale observar, por oportuno, **que a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal** (**AC 3.872-AgR/DF**, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – **Inq 4.011/DF**, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – **RE 1.058.429-AgR/SP**, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES – **RE 1.066.844-AgR/SP**, Rel. Min. Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, *v.g.*) **quanto do E. Superior Tribunal de Justiça** (**HC 349.945/PE**, Red. p/ o acórdão Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ – **RMS 52.677/SP**, Rel. Min. Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, *v.g.*) **reconhece** a plena legitimidade

RE 1055941 / SP

da comunicação **que o antigo** COAF (**hoje**, UIF) **dirige** às autoridades competentes, **noticiando-lhes** a suposta prática de ilícitos penais **e/ou** administrativos.

Daí a decisão que o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI **proferiu, como Relator, no julgamento do HC 140.440/DF:**

“Ademais, não há falar em ilicitude da diligência que solicitou informações do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF relativa a eventuais movimentações financeiras atípicas acerca das pessoas físicas e jurídicas investigadas.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF é no sentido de que

‘a mera solicitação de providências investigativas é atividade compatível com as atribuições constitucionais do Ministério Público. Se a legislação de regência impositivamente determina que o COAF ‘comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito’ (art. 15 da Lei 9.613/1998), seria contraditório impedir o Ministério Público de solicitar ao COAF informações por esses mesmos motivos’ (...; RE 1.058.429-AgR/SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes).” (grifei)

De outro lado, torna-se necessário enfatizar, presente o contexto ora em exame, **que eventual veto** desta Suprema Corte às atividades hoje **desenvolvidas** pela Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (o antigo COAF), **em inaceitável oposição** a todas as normativas internacionais, **converteria** o Brasil em um atraente paraíso fiscal, **posicionando, definitivamente**, o sistema bancário brasileiro **na rota internacional dos fluxos de dinheiro ilícito, com todas** as nefastas consequências daí decorrentes.

Isso significa, portanto, que as operações financeiras envolvendo valores ilícitos, quando deflagradas em solo brasileiro, passariam ao largo dos radares oficiais, esvaziando-se, integralmente, desse modo, as funções públicas desempenhadas pela Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (antigo COAF), o que colocaria em xeque a própria necessidade de sua existência.

Em suma: tenho para mim, Senhor Presidente, consideradas todas as razões que venho de expor, que a estrutura de normatividade que conforma, no plano doméstico, o exercício da missão pública e do papel institucional atribuídos, no âmbito internacional, à Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (antigo COAF), não se ressentem de qualquer eiva de inconstitucionalidade senão que apenas reflete, como precedentemente assinalado, o fiel cumprimento de obrigações assumidas pelo Estado brasileiro, seja no domínio global, seja na esfera regional (na qual se projeta a atuação da Organização dos Estados Americanos – OEA).

6. A ilicitude da prova penal produzida no caso ora em julgamento

Entendo assistir razão ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região quanto ao reconhecimento da ilicitude da prova penal que se produziu no caso ora em julgamento, consideradas as próprias razões que essa colenda Corte judiciária invocou no acórdão ora recorrido, eis que o procedimento adotado pelos órgãos estatais envolvidos (Receita Federal do Brasil e Ministério Público Federal) culminou por gerar situação apta a tornar imprestáveis os elementos informativos que constituíram, no caso, os únicos dados probatórios nos quais se apoiou a sentença penal condenatória proferida no primeiro grau de jurisdição.

Impõe-se lembrar, neste ponto, Senhores Ministros, até mesmo como fator de expressiva conquista (e preservação) dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado,

a inquestionável hostilidade do ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

A norma inscrita no art. 5º, LVI, da vigente Lei Fundamental consagrou, entre nós, o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre (MAURO CAPPELLETTI, “Efficacia di Prove Illegittimamente Ammesse e Comportamento Della Parte”, “in” Rivista di Diritto Civile, p. 112, 1961; VICENZO VIGORITI, “Prove Illecite e Costituzione”, “in” Rivista di Diritto Processuale, p. 64 e 70, 1968) – pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...” (ADA PELLEGRINI GRINOVER, “Novas Tendências do Direito Processual” p. 62, 1990, Forense Universitária).

A cláusula constitucional do “due process of law” – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu (contra quem já se presume provada qualquer acusação penal) tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos pelo ordenamento jurídico ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado.

A absoluta nulidade da prova ilícita produzida pelo Estado qualifica-se como causa de radical invalidação de sua eficácia jurídica, destituindo-a de qualquer aptidão para revelar, legitimamente, os fatos e eventos cuja realidade material ela pretendia evidenciar. Trata-se, presente tal contexto, de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo (notadamente em juízo penal) e que exclui, de modo peremptório,

a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário.

A prova ilícita é prova inidônea. Mais do que isso, prova ilícita é prova imprestável. Não se reveste, por essa explícita razão, de qualquer aptidão jurídico-material. A prova ilícita, qualificando-se como providência instrutória repelida pelo ordenamento constitucional, apresenta-se destituída de qualquer grau, por mínimo que seja, de eficácia jurídica, como esta Suprema Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 163/682 – RTJ 163/709 – HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RE 251.445/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

Tenho tido a oportunidade de enfatizar, por isso mesmo, neste Tribunal, que a “exclusionary rule” – considerada essencial, pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, na definição dos limites da atividade probatória desenvolvida pelo Estado – destina-se a proteger os réus, em sede processual penal, contra a ilegítima produção ou a ilegal colheita de prova incriminadora (Weeks v. United States, 232 U.S. 383, 1914 – Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493, 1967 – Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643, 1961 – Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471, 1963, *v.g.*), impondo, em atenção ao princípio do “*due process of law*”, o banimento processual de quaisquer evidências que tenham sido ilicitamente coligidas pelo Poder Público.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5º, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 – RTJ 163/709), ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508).

Foi por tal razão que esta Corte Suprema, quando do julgamento plenário da AP 307/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, desqualificou, por ilícita, prova cuja obtenção decorrerá do desrespeito, por parte de autoridades públicas, da garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar (RTJ 162/4, item n. 1.1).

Cabe referir, neste ponto, o magistério de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“Liberdades Públicas e Processo Penal”, p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT), para quem – tratando-se de prova ilícita, especialmente daquela cuja produção derive de ofensa a cláusulas de ordem constitucional – não se revelará aceitável, para efeito de sua admissibilidade, a invocação do critério de razoabilidade do direito norte-americano, que corresponde ao princípio da proporcionalidade do direito germânico, mostrando-se indiferente a indagação sobre quem praticou o ato ilícito de que se originou o dado probatório questionado:

“A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. (...)”
(grifei)

Essa mesma orientação – inadmissibilidade processual das provas ilícitas – é registrada por VÂNIA SICILIANO AIETA (“A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental”, p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris).

Por isso mesmo, Senhores Ministros, assume inegável relevo, na repulsa à “crescente predisposição para flexibilização dos comandos constitucionais aplicáveis na matéria”, a advertência de LUIS ROBERTO BARROSO, que, em texto escrito com a colaboração de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Viagem Redonda: ‘Habeas Data’, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas” “in” RDA 213/149-163), rejeita, com absoluta correção, qualquer tipo de prova obtida por meio ilícito,

demonstrando, ainda, **o gravíssimo risco** de se admitir essa espécie de evidência **com apoio** no princípio da proporcionalidade:

“O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, além de violar a dicção claríssima da Carta Constitucional, é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País.

.....
Embora a idéia da proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes de País, onde as exceções viram regra desde sua criação (vejam-se, por exemplo, as medidas provisórias). À vista da trajetória inconsistente do respeito aos direitos individuais e da ausência de um sentimento constitucional consolidado, não é nem conveniente nem oportuno, sequer de ‘lege ferenda’, enveredar por flexibilizações arriscadas.” (grifei)

Também corretamente sustentando a tese de que o Estado **não pode**, especialmente em sede processual penal, **valer-se de provas ilícitas contra** o acusado, **mesmo** que sob invocação do princípio da proporcionalidade, **impõe-se lembrar o entendimento** de EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO (“O Direito à Defesa na Constituição”, p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva) e de GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI (“Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado”, “in” Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235).

Cabe ter presente, também, por necessário, **que o princípio da proporcionalidade**, em sendo invocado pelo Poder Público, **não pode converter-se em instrumento de frustração** da norma constitucional **que repudia** a utilização, no processo, de provas obtidas **por meios ilícitos**.

Esse postulado, portanto, **não deve** ser invocado **nem** aplicado **indiscriminadamente** pelos órgãos do Estado, **ainda mais quando se**

acharem expostos a uma nítida situação de risco, **como sucedeu** na espécie, **direitos fundamentais** assegurados pela Constituição.

Sob tal perspectiva, portanto, Senhores Ministros, **tenho como incensurável a advertência** feita por ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO (“Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988”, p. 249/266, “in” “Os 10 Anos da Constituição Federal”, coordenação de ALEXANDRE DE MORAES, 1999, Atlas):

“Após dez anos de vigência do texto constitucional, persistem as resistências doutrinárias e dos tribunais à proibição categórica e absoluta do ingresso, no processo, das provas obtidas com violação do direito material.

Isso decorre, a nosso ver, em primeiro lugar, de uma equivocada compreensão do princípio do livre convencimento do juiz, que não pode significar liberdade absoluta na condução do procedimento probatório nem julgamento desvinculado de regras legais. Tal princípio tem seu âmbito de operatividade restrito ao momento da valoração das provas, que deve incidir sobre material constituído por elementos admissíveis e regularmente incorporados ao processo.

*De outro lado, a preocupação em fornecer respostas prontas e eficazes às formas mais graves de criminalidade tem igualmente levado à admissão de **provas maculadas pela ilicitude**, sob a justificativa da **proporcionalidade** ou **razoabilidade**. Conquanto não se possa descartar a necessidade de ponderação de interesses nos casos concretos, **tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional**. Ademais, certamente **não será com o incentivo às práticas ilegais que se poderá alcançar resultado positivo na repressão da criminalidade.**” (grifei)*

ADA PELLEGRINI GRINOVER (“A Eficácia dos Atos Processuais à luz da Constituição Federal”, vol. 37/46-47, 1992, “in” RPGESP), por sua vez, ao versar o tema das limitações que incidem sobre o direito à prova, **analisa a**

questão da ilicitude – mesmo da ilicitude por derivação – dos elementos instrutórios **produzidos** em sede processual, **em lição de que destaco o seguinte fragmento:**

“A Constituição brasileira toma posição firme, aparentemente absoluta, no sentido da proibição de admissibilidade das provas ilícitas. Mas, nesse ponto, é necessário levantar alguns aspectos: quase todos os ordenamentos afastam a admissibilidade processual das provas ilícitas. Mas ainda existem dois pontos de grande divergência: o primeiro deles é o de se saber se inadmissível no processo é somente a prova, obtida por meios ilícitos, ou se é também inadmissível a prova, lícitamente colhida, mas a cujo conhecimento se chegou por intermédio da prova ilícita.

Imagine-se uma confissão extorquida sob tortura, na qual o acusado ou indiciado indica o nome do comparsa ou da testemunha que, ouvidos sem nenhuma coação, venham a corroborar aquele depoimento.

Imaginem uma interceptação telefônica clandestina, portanto ilícita, pela qual se venham a conhecer circunstâncias que, lícitamente colhidas, levem à apuração dos fatos. Essas provas são ‘ilícitas por derivação’, porque, em si mesmas lícitas, são oriundas e obtidas por intermédio da ilícita. A jurisprudência norte-americana utilizou a imagem dos frutos da árvore envenenada, que comunica o seu veneno a todos os frutos. (...).”
(grifei)

Incensurável a análise que, desse tema, fez o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **em voto proferido**, como Relator, no julgamento do **HC 69.912/RS (RTJ 155/508, 515)**:

“Estou convencido de que essa doutrina da invalidade probatória do ‘fruit of the poisonous tree’ é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita.

De fato, vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações

nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não, reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas.

.....
Na espécie, é inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica indevidamente autorizada é que viabilizaram o flagrante e a apreensão da droga, elementos também decisivos, de sua vez, na construção lógica da imputação formulada na denúncia, assim como na fundamentação nas decisões condenatórias.

Dada essa patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subseqüentemente colhidas, não é possível apegar-se a essas últimas – frutos da operação ilícita inicial – sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.” (grifei)

Irrecusável, por isso mesmo, **a constatação de que a absoluta ineficácia probatória** dos elementos de convicção – **cuja apuração tenha decorrido, em sua própria origem, de comportamento ilícito** dos agentes estatais – **torna imprestável** a prova penal, **inibindo-lhe**, assim, **a possibilidade de atuar como suporte legitimador** de qualquer decreto judicial de condenação penal, **que, por sua vez, também não poderá apoiar-se** em outros elementos de convicção **dela resultantes** (a denominada *ilicitude por derivação*), **tal como acertadamente concluiu, no acórdão ora recorrido, o E. TRF/3ª Região, que assim se pronunciou: “Reconhecida a ilicitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público Federal, para fins penais, e estando a materialidade delitativa demonstrada exclusivamente com base em tais elementos (ou em provas deles derivadas), tem-se que a ação penal padece de nulidade desde o início quanto à apuração do crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90” (grifei).**

Esse entendimento, Senhores Ministros, **que constitui** a expressão mesma **da teoria dos “frutos da árvore venenosa”** (“fruits of the poisonous tree”) – **firmada e desenvolvida** na prática jurisprudencial **da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (“Nardone v. United**

States, 308 U.S. 338 (1939); *Wong Sun v. United States*, 371 U.S. 471 (1963); *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914); *Payton v. New York*, 445 U.S. 573 (1980)”), **atenuada**, porém, **quando** o Poder Público, **não obstante** a ilicitude originária de determinada prova, **consegue demonstrar** que obteve, **legitimamente**, os **novos** elementos de informação **a partir** de uma “*independent source*” **ou** fonte autônoma de prova (“*Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920); *Segura v. United States*, 468 U.S. 796 (1984); *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984); *Murray v. United States*, 487 U.S. 533 (1988)”, v.g.) – **encontra pleno suporte** na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 155/508**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RTJ 164/950**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **RTJ 168/543-544**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **RTJ 176/735-736**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **HC 74.116/SP**, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – **HC 82.788/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“(…) 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 6 votos contra 5.**

(**HC 72.588/PB**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – grifei)

Tal orientação, Senhores Ministros, **é também acolhida pelo magistério da doutrina** (ALEXANDRE DE MORAES, “**Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**”, p. 386, item n. 5.102, 6ª ed., 2006, Atlas; FERNANDO CAPEZ, “**Curso de Processo Penal**”, p. 304, item n. 17.2.4.5, 13ª ed., 2006, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, “**Código de Processo Penal Interpretado**”, p. 401,

item n. 155.4, 7ª ed., 2000, Atlas; RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, “**Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória**”, p. 78, item n. 3.1, 2ª ed., 2004, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “**Código de Processo Penal Comentado**”, p. 340/341, item n. 5, 4ª ed., 2005, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “**Ordem Judicial de Busca Apreensão e Ilicitude da Prova dela Extrapolante**”, “in” RT 848/457-470, 468-469; LENIO LUIZ STRECK, “**As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**”, p. 92, item n. 13.2, 1997, Livraria do Advogado), **valendo referir, ante o relevo de suas observações, a lição** de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (“**Código de Processo Penal Comentado**”, vol. 1/474-476, 9ª ed., 2005, Saraiva):

*“**Não só as provas obtidas ilicitamente são proibidas** (busca domiciliar sem mandado judicial, escuta telefônica sem autorização da autoridade judiciária competente, obtenção de confissões mediante toda sorte de violência etc.), **como também as denominadas ‘provas ilícitas por derivação’**.”*

Na verdade, ao lado das provas ilícitas, há a doutrina do ‘fruit of the poisonous tree’, ou simplesmente ‘fruit doctrine’ – ‘fruto da árvore envenenada’ –, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e, nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961, e que teve sua maior repercussão no caso ‘Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 US 385 (1920)’, quando a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. Mediante tortura (conduta ilícita), obtém-se informação da localização da ‘res furtiva’, que é apreendida regularmente. Mediante escuta telefônica (prova ilícita), obtém-se informação do lugar em que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais... Assim, a obtenção ilícita daquela informação se projeta sobre a diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal. Nisso consiste a doutrina do ‘fruto da árvore envenenada’. Os Tribunais norte-americanos têm se valido

dessa doutrina 'com a finalidade de reafirmar os fundamentos éticos e dissuasivos da ilegalidade estatal em que se baseia aquela regra'. Aliás, a Suprema Corte tem sufragado a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou da doutrina denominada 'fruits of the poisonous tree'. No **HC 69.912-RS**, o Ministro Sepúlveda Pertence, **como Relator, observou**: 'Vedar que se possa trazer ao processo a própria 'degravação' das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais informações não colheria, evidentemente, é estimular, e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas... E finalizando: ou se leva às últimas conseqüências a garantia constitucional ou ela será facilmente contornada pelos frutos da informação ilicitamente obtida' ('**Informativo STF**' n. 36, de 21-6-1996). No **HC 73.351/SP**, o STF, **concedendo** o 'writ', **observou** que 'a prova ilícita contaminou as provas obtidas a partir dela. A apreensão dos 80 quilos de cocaína só foi possível em virtude de interceptação telefônica...' ('**Informativo STF**' n. 30, de 15-5-1996).

E a sanção processual para as provas inadmissíveis é a sua imprestabilidade ou, na linguagem do novo 'Codice de Procedura Penale', art. 191, sua 'non utilizzabilità' (art. 191, 1: 'Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento').

Ninguém pode ser acusado ou julgado com base em provas ilícitas. Ressalte-se que a exigência do 'due process of law' destina-se a garantir a pessoa contra a ação arbitrária do Estado e a colocá-la sob a imediata proteção das leis.

Aliás o Pretório Excelso já decidiu que, '...os meios de prova ilícitos não podem servir de sustentação ao inquérito ou à ação penal...' (RTJ, 122/47).

E se, por acaso, em decorrência de prova obtida ilicitamente, por exemplo, um depoimento conseguido mediante tortura, a Polícia se dirige ao verdadeiro culpado, e este, sem a menor resistência, confessa o crime? E se durante busca domiciliar realizada sem mandado judicial, uma empregada da casa, sem qualquer atitude

*agressiva da Polícia, delata o criminoso ou indica o lugar onde se encontra o entorpecente procurado? E, uma vez procurado o criminoso, este, sem qualquer coação, reconhece a sua culpa ou, no outro exemplo, indo a Polícia ao local onde o objeto procurado deveria estar, é encontrado e apreendido? 'Quid inde'? Será que a ilegalidade inicial (tortura da testemunha, busca domiciliar ao arrefio da lei), se projeta sobre outras provas obtidas a partir daquela ilegalidade ou em decorrência dela? **Dir-se-á** que a confissão do criminoso e o depoimento da testemunha foram prestados com inteira liberdade, e, por isso mesmo, constituíram fontes independentes. Mas, se houver outras provas consideradas autônomas, isto é, colhidas sem necessidade dos elementos informativos, revelados pela prova ilícita, não haverá invalidade do processo. Disse-o o STF no HC 76.231-RJ ('Informativo', STF n. 115)." (grifei)*

Não se desconhece, contudo, como previamente salientado, que, **tratando-se** de elementos probatórios absolutamente desvinculados da prova **originariamente** ilícita, com esta não mantendo qualquer relação de dependência, **revelando-se**, ao contrário, **impregnados** de plena autonomia, **não se aplica**, quanto a eles, **a doutrina** da ilicitude por derivação, **por se cuidar**, em tal hipótese (inocorrente, na espécie), **de evidência fundada em uma fonte autônoma de conhecimento** ("an independent source"), **como o demonstram julgados de outras Cortes judiciais** (**HC 40.089-AgR/MG**, Rel. Min. FELIX FISCHER – **HC 43.944/SP**, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA – **HC 60.584/RN**, Rel. Min. GILSON DIPP, v.g.), **inclusive decisões emanadas desta Suprema Corte** (**HC 74.116/SP**, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – **HC 75.497/SP**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **RHC 85.254/RJ**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **RHC 85.286/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA):

"'HABEAS-CORPUS' SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NA FASE INQUISITORIAL. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES. TEORIA DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS

SUBSEQÜENTES. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. PROVA AUTÔNOMA.

1. *Eventuais vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal. O reconhecimento fotográfico, procedido na fase inquisitorial, em desconformidade com o artigo 226, I, do Código de Processo Penal, não tem a virtude de contaminar o acervo probatório coligido na fase judicial, sob o crivo do contraditório. **Inaplicabilidade** da teoria da árvore dos frutos envenenados ('fruits of the poisonous tree'). **Sentença condenatória embasada em provas autônomas produzidas em juízo.***

2. Pretensão de reexame da matéria fático-probatória. Inviabilidade do 'writ'.

Ordem denegada."

(RTJ 191/598, Rel. Min. EROS GRAU – grifei)

Em suma: 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 consequência, no ordenamento normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória, **a fórmula autoritária do "male captum, bene retentum"**.

Cabe referir, finalmente, ante sua extrema pertinência ao tema versado **na presente** causa, **a decisão** que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal **proferiu** nos autos **do HC 82.788/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO:

"(...) ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE 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 ‘Exclusionary Rule’ consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal.***

– **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 consequência, no ordenamento normativo brasileiro, **em matéria** de atividade probatória, **a fórmula autoritária** do ‘male captum, bene retentum’. **Doutrina. Precedentes.** (...).”

É por essa razão que entendo insubsistente a condenação penal proferida pelo magistrado **de primeiro grau**, no caso ora em julgamento, **pois** o seu decreto condenatório **teve por único e exclusivo suporte** prova originariamente ilícita, **absolutamente inadmissível em juízo**, **em razão** de expressa vedação constitucional (CF, art. 5º, inciso LVI), **tal como corretamente acentuou o E. TRF/3ª Região no acórdão** objeto do presente recurso extraordinário, **no qual reconheceu a inadmissibilidade de utilização**, pelo Ministério Público, **em sede** de processo penal, de prova **contaminada pelo vício da ilicitude**.

7. Conclusão

Os aspectos que venho de salientar neste voto, Senhor Presidente, *presente o que se contém* na Constituição da República, nas convenções internacionais e na legislação interna brasileira, **estão sintetizados** nas conclusões a seguir expostas: (1) *a expansão unilateral do objeto da demanda*, com inobservância das normas regentes da sistemática da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º e RISTE, arts. 322 e ss.), **afronta** os postulados constitucionais *do devido processo, do contraditório e da reserva de Plenário*; (2) **a decisão plenária** do Supremo Tribunal Federal no RE 601.314-RG/SP, Rel. Min. EDSON FACHIN, **entendeu constitucional** a norma inscrita no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, **em ordem a viabilizar** o Poder Público a proceder, *com finalidade eminentemente fiscal*, à **regular constituição do crédito tributário**; (3) **a quebra** do sigilo bancário – **ato que se reveste de extrema gravidade jurídica e que se submete**, por isso mesmo, **ao postulado** da reserva de jurisdição – **só** deve ser decretada, *e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade*, quando existentes **fundados** elementos que a justifiquem, **a partir** de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público (*a serem valorados pelo Poder Judiciário e não* pela própria Administração Tributária). **Não constitui demasia insistir** na asserção de que, **a despeito** das garantias asseguradas ao contribuinte **no âmbito** do procedimento administrativo fiscal formalmente **instaurado** pela Administração Tributária, **o fato irrecusável**, *tal como advertiu o IBCCrim, por seus ilustres Advogados, consiste na circunstância, constitucionalmente relevante, de que “É a garantia da jurisdição que assegura uma análise imparcial do caso concreto, em que se conclua pela necessidade, adequação e proporcionalidade da medida que legitimamente restringirá a proteção da vida privada do investigado e, eventualmente, a sua liberdade”*; (4) **a tutela** do valor **pertinente** ao sigilo bancário **não significa** qualquer restrição ao poder de investigar **e/ou** de fiscalizar 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; (5) **a exigência** constitucional de reserva de jurisdição, em tema de quebra de sigilo bancário e/ou fiscal, **certamente inibirá** o Poder Público **de ultrapassar** os limites juridicamente estabelecidos **que lhe restringem**, *sob a égide do regime democrático*, **a atividade probatória, pois desestimulará** aventuras irresponsáveis e atitudes temerárias dos órgãos e agentes fiscais, do Ministério Público e da Polícia Judiciária, **impedindo-os** de proceder, **caso dispensada fosse** a existência de ordem judicial escrita, específica e fundamentada, **a verdadeiras e lesivas** “*fishing expeditions*”, **medidas essas que se traduzem** em ilícitas investigações **meramente especulativas e randômicas**, de caráter exploratório, **também conhecidas** como diligências de prospecção, **simplesmente vedadas** pelo ordenamento jurídico brasileiro, **como resulta não só** da doutrina, **mas, também**, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta própria Suprema Corte; (6) o Supremo Tribunal Federal **reconhece na denominada** “*representação fiscal para fins penais*” **a condição de simples comunicação formal** de **suposta** prática delituosa, **tal como bem observou** o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em voto-vista **proferido** nesse mesmo julgamento (ADI 1.571/DF), **que a qualificou** como “*mera notitia criminis*”; (7) **diante da garantia constitucional** de proteção ao sigilo bancário e fiscal, **devem constar** da mencionada “*representação fiscal para fins penais*”, **instruindo-a, unicamente a descrição objetiva do fato alegadamente delituoso, além de outros dados informativos** referentes ao contribuinte a quem se atribui **o cometimento** de delitos contra a ordem tributária ou de crimes contra a Previdência Social. **Não se revela possível**, *contudo*, em referida representação, **a remessa** – aos órgãos incumbidos da persecução penal – **de peças documentais** protegidas pela cláusula constitucional do sigilo, **tais como** extratos bancários, declarações de imposto de renda, livros contábeis, *p. ex.*; (8) **o papel institucional** da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil **compreende** – considerado o arcabouço normativo que lhe conferiu identidade e finalidade próprias (Lei nº 9.613/98, MPv nº 893/2019 e Dec. nº 9.663/2019) –, **o desempenho** de funções de

inteligência e de gestão de informações voltadas a dar efetividade, no território brasileiro, *à política global antilavagem*; (9) a atuação institucional da Unidade de Inteligência Financeira do Brasil **qualifica-se**, quanto à natureza, **por sua relativa passividade**, uma vez que **se limita a receber, monitorar e sistematizar** informações oriundas, *especialmente*, de instituições financeiras **e a promover**, em momento subsequente, o **intercâmbio** desses dados sensíveis **não apenas** com os órgãos responsáveis, no plano interno, pela persecução penal, **mas, também**, com Unidades de Inteligência Financeira de outros países (**Lei nº 9.613/98**, art. 14, 2º c/c o **Decreto nº 9.963/2019**, arts. 9º, XI e 11, VI), **tudo com o propósito de aperfeiçoar, por meio de ações de inteligência e de gerenciamento de dados**, a política de prevenção e de repressão aos crimes de lavagem de dinheiro e de financiamento ao terrorismo, dentre outros ilícitos penais; (10) **é incompatível com as próprias funções institucionais** das Unidades de Inteligência Financeira, tal como concebidas e estruturadas **tanto** pelo GAFI, *no plano global*, **quanto** pela OEA, *no âmbito regional*, **a pretensão de fazer incidir, quanto a elas (UIFs), a cláusula inscrita no § 2º do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, sob pena de o Brasil incorrer na prática de um ilícito internacional e dar ensejo, em consequência, à instauração, no plano do Direito das Gentes, de um conflito de igual natureza**; (11) *a estrutura de normatividade que conforma, no plano doméstico, o exercício da missão pública e do papel institucional atribuídos, no âmbito internacional, à Unidade de Inteligência Financeira do Brasil (antigo COAF)*, **não se ressentem** de qualquer eiva de inconstitucionalidade **senão que apenas reflete**, *como precedentemente assinalado*, o **fiel cumprimento** de obrigações assumidas pelo Estado brasileiro, **seja** no domínio global, **seja** na esfera regional (na qual se projeta a atuação da Organização dos Estados Americanos – OEA).

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, peço vênia para negar provimento ao presente** recurso extraordinário, **mantendo**, em consequência, o **acórdão** proferido pelo E. TRF/3ª Região.

Revogo, ainda, a tutela provisória concedida **neste RE 1.055.941/SP**, **pois**, como destaquei no voto que venho de proferir, **considero plenamente legítimo o compartilhamento**, pela UIF/Brasil (**antigo COAF**), **do que se contiver em seus Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) com os órgãos de persecução criminal, para fins de natureza penal, recaindo sobre o Ministério Público e a Polícia Judiciária o dever de preservar o sigilo de tais dados e informações que lhes foram transmitidos.**

É o meu voto.

Em elaboração