

HABEAS CORPUS Nº 349.945 - PE (2016/0049887-3)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

CARLOS EURICO FERREIRA CECÍLIO estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal Regional Federal da 5ª Região** que, em ação penal originária, recebeu a denúncia ofertada.

Depreende-se dos autos que o paciente, então Prefeito Municipal de Serrita/PE, foi denunciado pela Procuradoria Regional da República pela suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, art. 1º, V, § 1º, II, e art. 1º, § 2º, I, todos da Lei n. 9.613/1998, e art. 288 do Código Penal. A denúncia foi recebida, relativamente ao paciente, apenas pela prática do crime de desvio de verbas públicas (art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967).

Neste habeas corpus, sustenta o impetrante a ocorrência de diversas nulidades, notadamente a da decisão que recebeu parcialmente a denúncia, porquanto não reconheceu a falta de fundamentação das decisões que deferiram as quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico do paciente, bem como das buscas e apreensões, tampouco a consequente ilicitude das provas colhidas.

Além disso, afirma que a decisão de quebra de sigilo bancário e fiscal se fundamentou exclusivamente em relatório do COAF – peça meramente informativa e inidônea ao deferimento de medida cautelar – e não foi precedida de anteriores atos de investigação, estando ausentes, ademais, os requisitos de cautelaridade, nestes termos (fls. 4-5):

A presente medida de quebra de sigilo bancário e fiscal carece justamente de todos os requisitos de validade: *fumus commissi delicti*, necessidade e *periculum in mora*, carecendo, portanto, de fundamentação idônea. Isso porque o requerimento da quebra de sigilo bancário e fiscal dos investigados (16 pessoas físicas) e das 17 pessoas jurídicas a estes relacionadas se deu com base exclusivamente no Relatório do COAF e como primeira medida investigativa adotada, de fato, pela autoridade policial.
[...]

Superior Tribunal de Justiça

Tal situação por si comprova a inexistência de efetivação de diligências prévias ao requerimento, bem como demonstra que não se buscou obter os resultados através de outros meios menos gravosos e, ao mesmo tempo, adequados. Não havia, *ab initio*, a certeza quanto à ineficácia das investigações até então, mas tão somente pressa e especulação por parte da autoridade policial.

Após o voto do Ministro Nefi Cordeiro concedendo a ordem, sob o argumento de ter sido ilegal a decisão que determinou a quebra de sigilo bancário e fiscal, uma vez que baseada exclusivamente em relatório produzido pelo COAF, pedi vista do feito para melhor análise.

I. Considerações iniciais

O sigilo financeiro, que pode ser compreendido como sigilo fiscal e bancário, fundamenta-se, precipuamente, na **garantia constitucional da preservação da intimidade** (art. 5, X e XII, da CF), faceta esta que manifesta, de forma expressiva, verdadeiro direito da personalidade, notadamente porque se traduz em um direito fundamental de inviolabilidade de dados e informações inerentes à pessoa, advindas de suas relações com o Sistema Financeiro Nacional.

Entretanto, mesmo reconhecendo que o sigilo é expressão de uma relevante garantia fundamental ligada à personalidade, a jurisprudência firmou a compreensão de que **não se trata de um direito absoluto**. De fato, embora deva ser preservado na sua essência, **este Superior Tribunal de Justiça entende que é possível afastar a sua proteção quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante, invariavelmente por meio de decisão proferida por autoridade judicial competente, suficientemente fundamentada, na qual se justifique a necessidade da medida para fins de investigação criminal ou de instrução processual criminal, sempre lastreada em indícios que devem ser, em tese, bastantes à configuração de suposta ocorrência de crime sujeito a ação penal pública**.

Não descuro, na linha das diretrizes traçadas pela jurisprudência, que é necessário estejam presentes concretos indícios que apontem a prática de uma infração penal pelo titular das informações sigilosas afetadas pela decisão. O fato indiciário, portanto, que autoriza um juízo de probabilidade ou verossimilhança, não se identifica com a mera suspeita ou com simples conjectura sem apoio em elementos fáticos concretos.

A obtenção desses indícios mínimos que denotem real possibilidade da prática delituosa não pode, porém, desatrelar-se das novas formas criminosas surgidas com o desenvolvimento tecnológico e com o aprofundamento internacional de integração econômica, v.g., a lavagem de dinheiro, os crimes contra o sistema financeiro etc. Como adverte Paulo Augusto Moreira Lima, **é necessário mudança de paradigma na visão clássica de investigação e de análise da prova possível de ser produzida**, ou seja, "a análise do *modus operandi* destes 'novos delitos' é suficiente a demonstrar que raramente virão à tona por confissão, prova testemunhal ou flagrante. Se os julgadores se contentarem apenas com esse tipo de prova, assistiremos a uma saraivada sem fim de absolvições, pois a experiência demonstra que nos casos pertinentes à macrocriminalidade impera forte código de silêncio na instrução criminal" (*A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 126).

Com efeito, crimes desse jaez – que compõem a também conhecida criminalidade corporativa – são "cada vez mais um segmento terceirizado do mercado de serviços ilegais, proporcionada por especialistas, indivíduos e empresas, **não só hábeis em elaborar complexas técnicas de escamoteação da origem ilícita de ativos mais habilitados a fornecer sofisticada assessoria na análise e gerenciamento de riscos e no estabelecimento de retaguarda jurídica para implementação de tais operações**" (MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA. 2004, p. 13).

É possível antever, portanto, que os indícios de prova, suficientes para dar lastro a um juízo de probabilidade da ocorrência do fato delituoso – com a formação de uma suspeita razoável para pronunciamentos judiciais menos gravosos que a condenação, como a quebra de sigilo fiscal e bancário, por exemplo – devem ser colmatados com outras formas indiciárias distintas das formas clássicas já conhecidas e que, geralmente, são precedidas de inquérito policial, de modo a possibilitar, com eficiência, o desmantelamento dos complexos delitos corporativos.

Nessa perspectiva, avultam os esforços internacionais para implementação de mecanismos de enfrentamento da criminalidade corporativa, especialmente, para o caso dos autos, a lavagem de capitais, em cujas bases repousam as justificativas para a criação do Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF).

De fato, segundo levantamento feito pelo Escritório das

Nações Unidas sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime*), o valor estimado de dinheiro lavado anualmente no mundo está entre 2% e 5% do PIB mundial, ou seja, algo entre US\$ 800 bilhões e US\$ 2 trilhões (disponível em <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/campanhas.html>>. Visto em 7/11/2016).

II. Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)

Para o acurado deslinde desta impetração, é mister ter-se a compreensão sobre a natureza, os limites de atuação e os objetivos institucionais do COAF.

A partir de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil (principalmente os resultantes das Convenções de Viena/1988 e de Palermo/Convenção das Nações Unidas contra o crime Organizado Transnacional), foi editada a Lei 9.613/1998.

Segundo Gustavo Torres Soares, a referida lei, "ao dispor sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, **buscou criar mecanismos destinados 'à prevenção da utilização do sistema financeiro para os referidos ilícitos' e criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), importante e ativo órgão de vigilância e monitoramento de movimentações financeiras e até de bens móveis de alto valor agregado, como jóias, objetos de arte e antiguidades**" (*Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2016, p. 225).

O COAF, com feição típica de órgão de inteligência financeira do Brasil (já que produz conhecimento sobre algum fator de risco ao Sistema Financeiro Nacional), é responsável, também, pela prevenção e pela fiscalização da prática do delito de lavagem, com finalidade precípua de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades, desenvolvendo atividades com objetivos predominantemente preventivos, à semelhança dos demais países que subscreveram as convenções internacionais sobre lavagem de dinheiro.

Em 1998, a Assembleia Geral das Nações Unidas expediu uma declaração política acompanhada de um plano de ação para combater a lavagem de dinheiro. Desde então, diversos esforços internacionais têm convergido para

combater o poder econômico de indivíduos e de organizações ligados à prática desse crime, impedindo que vantagens provenientes de negócios ilícitos resultem em benefícios para os criminosos e consequências nefastas para a economia formal e legal de todos os países (Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/campanhas.html>>. Acesso em: 7 nov. 2016).

Nesse cenário, "O COAF coordena a participação brasileira em diversas organizações multigovernamentais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (PLD/FT). Dentre estes, o Brasil integra, desde 1999, o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF) e o Grupo de Egmont de Unidades de Inteligência Financeira. Por sua vez, o Brasil faz parte, desde 2000, do Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFISUD), agora denominado Grupo de Ação Financeira da América Latina (GAFILAT)" (Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/atuacao-internacional/atuacao-do-coaf-no-ambito-internacional>>. Acesso em: 7 nov. 2016).

Desse modo, **o Conselho de Controle de Atividades Financeiras é o principal órgão brasileiro de inteligência no combate ao crime de lavagem de capitais**, além de ser responsável por elaborar avaliações, cujos relatórios são enviados anualmente ao GAFI, com propostas preventivas que possam coibir a prática desse delito. Além do seu papel como unidade de inteligência financeira, é também órgão de regulação e repressão dos setores econômicos que não possuem instituição supervisora própria, tais como as empresas de *factoring*, de comércio de joias e metais preciosos, pedras, objetos de arte e antiguidades.

Contudo, para que pudesse se desincumbir de suas funções, era necessário que o COAF tivesse acesso a dados detalhados das transações financeiras das pessoas (jurídicas e naturais), o que não foi possível de início, porquanto **ele não detinha o poder de acessar direta e irrestritamente informações bancárias e fiscais. As instituições financeiras enviavam apenas o registro, sem maiores detalhamentos das operações consideradas atípicas** (com referências a nomes e valores totais). O acesso a outras informações (v.g. operações reversas, origem dos recursos etc.) somente era possível mediante autorização judicial e, nesse contexto, era evidente que **o relatório produzido sob tais condições** (sem acesso a todos os dados bancários e fiscais) **era insipiente e pouco útil no controle e na prevenção aos crimes a que se propunha combater**.

Superior Tribunal de Justiça

Por isso, o Congresso Nacional aprovou, em 2001, a Lei Complementar n. 105 que, em seu art. 2º, § 6º, previu o seguinte:

Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

[...]

§ 6º O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o art. 14 da Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.

A partir daí, o COAF passou a ser desobrigado a postular judicialmente o acesso a todos os dados fiscais e bancários, sendo dotado da prerrogativa de analisar informações financeiras integrais de quaisquer pessoas participantes de transações financeiras consideradas atípicas pelo Banco Central, pela CVM e por demais órgãos de fiscalização.

Tal prerrogativa fez surgir intenso debate doutrinário acerca da constitucionalidade de tal dispositivo da referida Lei Complementar, na medida que o sigilo dos dados fiscais e bancários, a despeito de não constituir direito absoluto, estaria sujeito a reserva de jurisdição. Entretanto, a questão 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**, resguardada, contudo, a publicização de tais dados, inclusive para uso em eventual persecução penal, que ainda permanece sob reserva absoluta de jurisdição.

Fato é que o COAF, desde a edição da LC n. 105/2001, passou a receber, independentemente de autorização judicial, **diversas informações de natureza bancária, securitária, cambiária, relativas a mercados futuros e de títulos ou valores mobiliários, previdenciária, creditícia, de empréstimos com cartão de crédito, enfim, sobre todo negócio jurídico que tenha expressão monetária. Assim, por via transversa, a referida lei, ao tornar o sigilo e as inviolabilidades inoponíveis ao COAF, acabou por permitir que os relatórios produzidos por ele fossem lastreados em elementos de informação da mais alta relevância e precisão técnica.**

Superior Tribunal de Justiça

Por meio da principal ferramenta tecnológica utilizada, o SISCOAF (Sistema de Controle de Atividades Financeiras), **é construída uma base de dados com volume crescente de informações que são utilizadas como subsídios para análise das movimentações financeiras atípicas e, consequentemente, na produção do relatório final.**

Segundo o Relatório de Atividades de 2015:

Na análise individualizada, o conteúdo das comunicações recebidas é avaliado e relacionado com outras informações disponíveis. Além da base de dados do SISCOAF, são utilizadas outras fontes de informações, tais como: **Rede Infoseg (base de inquéritos), Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), Declaração de Operações Imobiliárias (DOI), Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS), Cadastro de Pessoas Expostas Politicamente (Cadastro de PEPs), Prestação de Constas Eleitorais do TSE, Cadastro Nacional de Empresas (CNE), Base de Grandes devedores da União, Bases do Tribunal Superior Eleitoral, Declaração de Porte de Valores (E-DPV).** (Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/3-3-relatorio-de-atividades-2015_versao-site.pdf> Acesso em: 7 nov. 2016).

Ainda, conforme o referido relatório:

Em 2015, o COAF produziu **4.304 Relatórios de Inteligência Financeira (RIF)**, os quais relacionaram aproximadamente **140 mil pessoas físicas ou jurídicas, e consolidaram mais de 140 mil comunicações de operações financeiras.** Atualmente, a base de dados do COAF reúne mais de 11 milhões de comunicações de operações financeiras. Desse total, **1,3 milhão de comunicações foram recebidas somente em 2015, provenientes dos setores econômicos obrigados a comunicar, nos termos da Lei nº 9.613/1998.**

A atuação do COAF, juntamente com o Ministério Público e autoridades policiais, possibilitou, em 2015, o bloqueio judicial de mais de R\$ 50 milhões no Brasil e no exterior, relacionados a investigações sobre lavagem de dinheiro e crimes relacionados. No âmbito da supervisão dos setores regulados e fiscalizados pelo COAF, **foram realizadas 1.561 ações de fiscalização para verificação de conformidade das obrigações voltadas à**

prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo, sendo 1001 Averiguações Eletrônicas de Conformidades (AVEC) e 562 Averiguações Preliminares (AP). Destas, 49 culminaram em Processo Administrativo Punitivo (PAP). Desde o início de suas atividades até o final de 2015, a atuação do COAF resultou na aplicação de R\$ 5,8 milhões em multas pecuniárias. (Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/3-3-relatorio-de-atividades-2015-versao-site.pdf>> Acesso em: 7 nov. 2016).

É possível extrair, de todo o exposto, duas importantes conclusões: 1ª) o relatório produzido pelo COAF fundamenta-se em dados protegidos pelo sigilo financeiro, obtidos por um complexo sistema integrado de instituições, o que lhe imprime altíssimo grau de confiabilidade e precisão técnica; 2ª) A comparação quantitativa feita entre as comunicações dos setores obrigados e os casos que efetivamente apresentam indícios de prática delitiva demonstram a seletividade e a seriedade do trabalho desempenhado pela instituição.

III. Quebra do sigilo financeiro com base no relatório produzido pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)

As comunicações recebidas dos setores obrigados pela Lei n. 9.613/1998, após critério de seleção de prioridades feitas pelo órgão (haja vista a expressiva quantidade de comunicações recebidas), **são detalhadamente analisadas e confrontadas com informações sigilosas que são fornecidas por outras instituições.** No caso de fundados indícios da prática de ilícito penal, diz o art. 1º, § 3º, IV, haverá "**a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa**"

Infere-se que a notícia de crime abrange o fornecimento de dados especificamente relacionados à operação com indícios de ilicitude, vale dizer, a *noticia criminis* que é efetivada pelo COAF deve vir acompanhada de informações que permitam a autoridade policial ou ao Ministério Público formular algum juízo de plausibilidade ou de probabilidade da prática delitiva.

Mas como compatibilizar a manutenção do sigilo financeiro, somente inoponível para os órgãos administrativos de controle, com a produção de relatório baseado em dados protegidos pelo sigilo? Essa é a questão. Tal

circunstância implica, *inter alia*, a conclusão de que a obtenção integral dos dados que subsidiaram a produção do relatório (da comunicação feita à autoridade competente) depende de autorização judicial. Em uma palavra: a comunicação feita à autoridade policial ou ao Ministério Público não pode transbordar o limite da garantia fundamental ao sigilo, o que significa dizer que a obtenção dos dados que subsidiaram o relatório fornecido pelo COAF necessita de autorização judicial.

Logo, parece-me inafastável a ideia de que o relatório produzido pelo COAF subsidia e justifica eventual pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal, porquanto os dados que lhe subjazem são protegidos pelo sigilo. Mostra-se incongruente raciocínio que exija, para justificar a medida invasiva, outros elementos de prova, seja porque **o relatório é construído com base em dados altamente confiáveis, precisos e, sobretudo, fruto de uma conjugação de esforços de inúmeras instituições de controle, seja porque a prática de crimes corporativos dificilmente é compartilhada com testemunhas ou avaliada por simples constatação de sinais exteriores de incompatibilidade patrimonial ou de outros rastros cognoscíveis por investigação convencional precedida da instauração de inquérito policial.**

Por tudo isso, melhor refletindo sobre o tema e diante da importância e do aparato de controle à disposição do COAF, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo STF, é que irei divergir do entendimento externado por ocasião do julgamento do **HC n. 191.378/DF**, de relatoria do Ministro **Sebastião Reis Júnior**, publicado no DJe 5/12/2011, nestes termos, no que interessa:

[...]

3. Representação da quebra de sigilo fiscal, por parte da autoridade policial, com base unicamente no Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Representação policial que reconhece que a simples atipicidade de movimentação financeira não caracteriza crime. Não se admite a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (medida excepcional) como regra, ou seja, como a origem propriamente dita das investigações. Não precedeu a investigação policial de nenhuma outra diligência, ou seja, não se esgotou nenhum outro meio possível de prova, partiu-se, exclusivamente, do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para requerer o afastamento dos sigilos. Não foi delineado pela autoridade policial

nenhum motivo sequer, apto, portanto, a demonstrar a impossibilidade de colheita de provas por outro meio que não a quebra de sigilo fiscal. Não demonstrada a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos, converteu-se, ilegitimamente, tal prova em instrumento de busca generalizada. Idêntico raciocínio há de se estender à requisição do Ministério Público Federal para o afastamento do sigilo bancário, porquanto referente à mesma questão e aos mesmos investigados.

[...]

Sob diversa angulação, é bom que se registre que a atividade desempenhada pelo COAF, ao constatar indícios de crime, não se restringe a simples afirmação de movimentação atípica, mas, ao contrário, apoia-se em um conjunto de informações relevantes que impõe, em alguns casos (até para melhor esclarecer o fato apontado), melhor análise dos dados que subsidiaram a comunicação feita aos órgãos de persecução penal e que, *a fortiori*, importam na necessária quebra de sigilo.

O *punctum saliens*, portanto, não está na possibilidade de quebra de sigilo com base no relatório, mas no conteúdo desse documento que, ao comunicar a possibilidade da prática de crime à autoridade policial ou ao Ministério Público, deve cercar-se de cuidados para que dele não constem dados protegidos pelo sigilo. Sob esse prisma, colhe-se do acórdão impugnado a seguinte passagem (fl. 49-50):

6. Pois bem, o que observei foi que houve inicialmente uma notícia, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF acerca de operações financeiras irregulares (fls. 9/11, do inquisitivo), por volta de sete milhões e seiscentos mil reais, nas contas das pessoas envolvidas. Na visão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, essas movimentações se revelariam atípicas pelo modo como se realizaram, pela constância dos depósitos e saques em dinheiro.

7. Foi com fundamento nessas informações, dados consistentes, diga-se, apresentados em relação a um gestor público, que se iniciaram as investigações, sendo a partir daí implementadas as medidas ora atacadas, como a quebra de sigilo bancário e fiscal, que aconteceram inicialmente, tudo porque os fatos indicavam irregularidades de certa gravidade no município de Serrita/PE.

Como se observa, o referido relatório, ao que tudo indica, apenas destacou os fortes indícios da prática de crime de lavagem sem, contudo, violar o sigilo dos dados que o subsidiaram e, por isso, não constato ilegalidade alguma que justifique a concessão da ordem.

Ainda que a denúncia haja sido recebida apenas pelo crime previsto no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 201/1967, afastada, portanto, a imputação de lavagem, fato é que no início das investigações existiam indícios suficientes para embasar a quebra de sigilo, tanto que foi formulada denúncia pela prática deste último delito.

IV. Sigilo financeiro em face dos demais sigilos ligados à privacidade ou intimidade

Acrescento - após vista regimental solicitada na última sessão - consideração relativa à extensão do sigilo financeiro, quando comparado com outras reservas de jurisdição que visam a proteger o sigilo da privacidade ou da intimidade, como é o caso, por exemplo, do sigilo das comunicações telefônicas.

Mesmo diante da moderna teoria e dogmática constitucional, ainda é acalorada a discussão, principalmente quando se examina o direito comparado, acerca da existência de hierarquia interna entre normas constitucionais, geralmente um subproduto de pré-compreensões e de ideologias havendo quem sustente que certos direitos, como os fundamentais, por serem dotados de uma relevância intrínseca para o ser humano ou para a sustentação das bases democráticas e republicanas, podem, razoável e justificadamente, receber posição hierárquica superior frente a outros direitos constitucionais (v.g. BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 1994, p. 23-43).

Fato é que existe certo consenso na doutrina brasileira de que as normas constitucionais de maneira geral possuem igual hierarquia, admitindo-se, para efeitos de controle, certa diferenciação entre as decorrentes do poder originário e do derivado (STF, **ADI n. 815/DF**, Rel. Ministro **Moreira Alves**, DJ 10/5/1996). **Entretanto, malgrado as normas constitucionais, entre as quais, aquelas que exprimem garantias fundamentais, encontrem-se no mesmo nível, isso não se traduz na impossibilidade de considerar que possuam conteúdos valorativamente distintos.**

Tais diferenças intrínsecas de cada um dos direitos fundamentais não ocasionam, em minha visão, nenhuma incompatibilidade com o discurso

justificante de que a interpretação desses direitos, despidos de hierarquia constitucional, deverá se dar a partir da sistematicidade e principiolgia constitucional, nunca excluindo um direito em detrimento de outro, mas buscando uma correlação entre eles. Na verdade, **sob o prisma de uma constatação empírica, há situações concretas que geram conflitos de compatibilidade entre dois ou mais direitos fundamentais, na maioria dos casos resolvidos por critérios de ponderação, cujo substrato repousa, justamente, na valoração intrínseca de cada direito ou garantia fundamental em análise.**

Creio possível, assim, antever a existência, em cada um desses direitos e garantias, de valores que os distinguem, máxime, como na espécie, quando cuidam de proteção constitucionalda intimidade ou da privacidade. Nesse particular, pertinente a afirmação feita pelo Ministro **Ayres Britto**, no julgamento da **ADPF n. 132/RJ** (DJe 14/10/2011), de que "intimidade e vida privada são direitos individuais de **primeira grandeza constitucional**, por dizerem respeito à personalidade ou ao modo único de ser das pessoas naturais", isto é, os valores ínsitos aos direitos e as garantias fundamentais ligados à intimidade e a vida privada são, em sua ótica, de primeira grandeza.

Nessa direção também se alinha o Ministro **Celso de Melo**: "Sabemos que a tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão em que se projete – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público" (**AgRg no INQ. N. 897/DF**, DJ 24/3/1995).

É inegável, portanto, que as normas constitucionais (entre as quais os direitos e garantias fundamentais), embora hierarquicamente equivalentes, possuem distinções valorativas de conteúdo, que podem repercutir nos procedimentos processuais penais. Com efeito, a existência de barreira que corresponda a uma garantia ou direito fundamental deve nortear o desenvolvimento do caminho do procedimento processual penal, que variará conforme a perspectiva ou o alcance de cada conteúdo dessa garantia.

Ao analisarmos a proteção dada ao sigilo financeiro (inserido na tutela à vida privada previsto no art. 5º, X, da CF, conforme entendimento do STF, v.g, **MS n. 22.801/DF**, Rel. Ministro **Menezes Direito**, DJe 13/3/2008) e a proteção conferida ao sigilo das comunicações telefônicas – aqui compreendido,

restritivamente, como a captação do conteúdo da comunicação ou conversação em curso, sem conhecimento dos interlocutores – (art. 5º, XII, da CF), ambas destituídas de caráter protetivo absoluto, **é possível estabelecer nítida distinção valorativa entre ambas as proteções constitucionais.**

Com efeito, **a interceptação telefônica atinge uma das liberdades mais importantes do indivíduo, que é a livre expressão do pensamento externado durante a comunicação, que pode abarcar os segredos pessoais mais íntimos** ou, como explicita José Afonso da Silva, “confissões íntimas, na confiança que se deu pura confidência” (*Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editoria, 2006, p. 104). **Diversamente ocorre com o sigilo bancário**, cujas informações pessoais são estáticas, em regra unipessoais, e de conhecimento de todas as instituições financeiras e de inúmeras pessoas (funcionários, gerentes, escriturários etc), cujo acesso somente não é franqueado ao público de maneira geral.

Há, pela própria leitura do art. 5º, XII, da CF, uma forte proteção às comunicações, **cujo sigilo somente pode ser violado para fins penais (investigação criminal ou instrução processual penal), o que não ocorre com o sigilo bancário em que se permite até o compartilhamento de informações**, nos termos do § 3º, art. 1º da LC n. 105/2001. Então, v.g., um juiz de uma vara de execução fiscal jamais poderia autorizar uma interceptação de conversa telefônica, pois somente os juízes criminais possuem essa competência. Entretanto, pode, e o faz com frequência através do *Bacenjud* (sistema que interliga a Justiça ao Banco Central), quebrar o sigilo fiscal ou bancário de um devedor, a fim de amealhar bem passível de penhora para satisfação do crédito que é executado.

A própria possibilidade - amparada em lei já definida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, consoante destacado supra - de que um órgão administrativo, integrante do Poder Executivo, tenha acesso a todas as movimentações dos usuários do sistema financeiro já demonstra bem que a proteção da privacidade relativa aos dados bancários não é tão rígida quanto a proteção das comunicações telefônicas, somente acessíveis por prévia autorização judicial, em limites e condições bem delineadas tanto na Constituição da República quanto na Lei n. 9.296/96.

Anoto que, malgrado haja opiniões de relevo ao contrário, prevalece a ideia de que **o sigilo bancário não estaria abrangido pelo art. 5º, XII, da CF**, quando se refere à dados, conforme a compreensão externada pelo STF de que “a proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da

comunicação 'de dados' e não dos 'dados em si mesmos', ainda quando armazenados em computador" (RE n. 418.416/SC, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 10/5/2006).

Com esse raciocínio, portanto, não soa desarrazoado afirmar, sem nenhum prejuízo à hierarquia constitucional, que **os fundamentos ensejadores da violação, pelo Estado, do sigilo financeiro e do sigilo telefônico devem ser graduados de maneira distinta e sem rigor idêntico ao exigido para a interceptação de conversas telefônicas**. Nesse sentido, a própria legislação infraconstitucional (LC n. 105/2001) aponta o caminho, cingindo-se a prever, no tocante ao sigilo bancário, o seguinte:

§ 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**.

Já para a interceptação telefônica, prevê o art. 5º, da Lei n. 9.296/1996 a exigência de que se demonstre a necessidade da cautela probatória, mas acrescenta, no inc. II do art. 2º, que a providência não será autorizada se "a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis". Confirma-se:

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça.

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
I - [...]; II - **a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;**

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Observe-se que há distinção entre ambas as previsões, na medida em que para as interceptações exige-se comprovação da inexistência de outros meios para a obtenção da prova, o que não ocorre com a decisão que determina a quebra de sigilo bancário. Por isso é farto o entendimento jurisprudencial, em

relação à interceptação das conversas telefônicas, de que é necessária diligências preliminares que demonstrem a necessidade e indispensabilidade da medida (v.g. **AgRg no RHC n. 118.621/ES**, Rel. Ministro **Roberto Barroso**, DJe 1/9/2015) e, no que tange à quebra de sigilo bancário, que haja autorização judicial (v.g. **AgRg no RE n. 243.157/MS**, Rel. Ministro **Cezar Peluso**, DJe 1/2/2008).

Por tudo isso, além do que foi já exposto, reforço o entendimento de que o relatório do COAF, cuja produção se deu com base em elementos sigilosos de alta confiabilidade, permite a quebra de sigilo sem que haja o mesmo rigor que é dado para o deferimento das interceptações telefônicas, cuja comprovação da necessidade e indispensabilidade deve ser precedida de diligências preliminares da autoridade policial.

V. Interceptações telefônicas e buscas e apreensões

No que tange à possível ilegalidade das interceptações telefônicas – seja porque decretada "em decisão sem fundamentação idônea" (fl. 17), seja porque cada interceptação autorizada foi prorrogada, por igual período, de forma automática pela autoridade judicial –, gostaria de fazer algumas ponderações iniciais.

Realço a dificuldade, em habeas corpus dirigido a este Superior Tribunal, de analisar o conteúdo de cada decisão que determinou a interceptação telefônica, bem como suas prorrogações, principalmente quando o caso é de extrema complexidade e envolve investigações paralelas, fruto de desmembramento pela descoberta de outras ilegalidades ou por resultado da descoberta de intrincada rede criminosas que enseja apuração por etapas.

Em hipóteses tais, **é necessário que o habeas corpus seja instruído de maneira a viabilizar, *ictu oculi*, a verificação da ocorrência de constrangimento ilegal no procedimento sem que parem quaisquer dúvidas nessa análise, notadamente porque a via mandamental não é dotada de contraditório e sua instrução documental é feita unilateralmente.** É bom que se frise isso, porque, muito embora haja a participação do *Parquet* Federal com assento nesta Corte, fato é que o Ministério Público que efetivamente atua como parte, na origem, nem sempre toma conhecimento da existência de pedido formulado pela defesa perante este Tribunal e, nessa medida, é surpreendido na origem com a comunicação do resultado do julgamento.

Faço tais afirmações porque a documentação trazida pelo

Superior Tribunal de Justiça

impetrante não segue uma sequência similar aos fatos que subjazem ao pedido, de sorte a ensejar dúvidas e cautela no reconhecimento das ilegalidades aventadas.

Mas, de toda documentação trazida pelo impetrante, é possível concluir, na linha do que afirmou o Ministro Nefi Cordeiro, que as decisões que determinaram a quebra de sigilo foram fundamentadas. Todavia, **algumas prorrogações de 15 dias se deram de forma automática**, conforme documentos apontados pelo relator, v.g., de fls. 528-532, 575-578 etc.

É até possível inferir que tais prorrogações se deram dessa forma porque a autoridade policial estaria encontrando dificuldades em operacionalizar o procedimento, de modo a torná-lo eficaz, dada a burocracia envolvida e o curto espaço de tempo das interceptações, conforme destacou à fl. 251:

Tal procedimento, da forma como vem sendo efetuado, tem trazido prejuízos a investigação, na medida em que o dispêndio de tempo para a prestação de informações a esse Juízo, que por sua vez as repassa à operadora, impede momentaneamente a realização dos trabalhos de interceptação e, por conseguinte, a obtenção de dados porventura valiosos ao deslinde do feito.

Certo, porém, é que **a jurisprudência desta Corte tem rechaçado esse tipo de decisão, na linha do que ressaltou o Ministro Nefi Cordeiro. Logo, impõe-se o desentranhamento dos autos do material colhido a partir da primeira prorrogação automática, mantendo-se, contudo, aqueles elementos que derivaram dos primeiros 15 dias do primeiro período, ficando a cargo do Juízo a quo levar a efeito essa distinção, bem como reconhecer eventual consequência dela decorrente.**

Por fim, no que tange às **buscas e às apreensões**, embora hajam os impetrantes afirmado que elas teriam derivado das interceptações telefônicas (fl. 33), observa-se que **provavelmente derivaram da perícia contábil** realizada nos dados bancários e nas declarações feitas à Receita Federal, conforme se extrai da seguinte passagem (fl. 329):

Realizada a perícia (fl. 07/09) pela autoridade policial, foi constatada alta divergência entre os valores movimentados em contas bancárias de titularidade de CARLOS CECÍLIO e de empresa de sua propriedade, em relação aos valores declarados à Receita federal pelo investigado nos anos de 2002 a 2004, sendo

tais diferenças superiores a dois milhões de reais.

Foi observado, outrossim, ainda em análise preliminar, que a contraposição entre origem e destino de créditos e débitos registrados nas contas referidas identificou um crédito na conta particular do primeiro representado oriundo da prefeitura de Serrita/PE, no valor de quinze mil reais, datado de 08/11/2002, não condizente com o salário que o investigado fazia jus na condição de Prefeito, fato esse indicativo de origem ilícita de tal verba.

Conforme bem aludido pelo MPF (fl.82): "os elementos probatórios até então colhidos indicam a participação de familiares do investigado Carlos Eurico Ferreira Cecílio nos fatos em apuração, tanto que a movimentação bancária suspeita foi realizada através de conta bancária de titularidade Rodrigo Rufino Cecílio, seu filho. Observe-se que Ricardo Rufino Cecílio e Flávia de Oliveira Alves Cecílio figuram como sócios de empresas do grupo econômico liderado por Carlos Eurico Ferreira Cecílio, conforme se vê dos espelhos de consultas do sistema INFOSEG, que acompanham a representação formulado nos autos do processo 2008.83.04.000245-6.'

Por sua vez, DAYSE MARIA PARENTE é esposa de RODRIGO RUFINO CECÍLIO e participa da administração da filial do posto imperador em Parnamirim/PE, conforme informes da autoridade policial no Processo 2008.83.04.000186-5, enquanto MARLY RUFINO CECÍLIO é esposa de CARLOS EURICO FERREIRA CECÍLIO, de onde se extrai a grande possibilidade de sua participação nos crimes perpetrados, conforme aludiu o MPF.

No que se refere a MARLY CECÍLIO existem consideráveis discrepâncias entre a movimentação financeira nas suas contas e suas rendas declaradas, conforme laudo pericial realizado pela Polícia Federal de nº 1266/08-SETEC/SR/DPF/PE, citado à fl. 10 da representação criminal em epígrafe.

Assim, se lícita a quebra de sigilo bancário e fiscal e, portanto, os elementos de informação colhidos nessa etapa, lícito também será o pedido de busca e apreensão realizado a partir desses dados.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, peço vênias ao relator para conceder a ordem em menor extensão, tão somente **para determinar seja descartado dos autos todo o material obtido a partir da primeira prorrogação automática,**

Superior Tribunal de Justiça

mantendo-se incólumes, contudo, aqueles elementos que derivaram dos primeiros 15 dias do primeiro período, ficando a cargo do Juízo *a quo* levar a efeito essa distinção, bem como reconhecer eventual consequência dela decorrente, preservadas, outrossim, todas as provas decorrentes da busca e apreensão e da quebra de sigilo fiscal e bancário.