

HABEAS CORPUS Nº 191.378 - DF (2010/0216887-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus*, com pleito liminar, impetrado em benefício de **João Odilon Soares Filho**, contra acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região que, ao apreciar o *writ* originário (HC n. 0027066-38.2010.4.01.0000/MA), em 27 de julho de 2010, à unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, nestes termos (fl. 7.012):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO. CRIMES DA LEI Nº 9.613/1998. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NÃO OCORRÊNCIA. OFÍCIO DO CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS. INQUÉRITO. QUEBRA DE SIGILOS FISCAL, TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. DEFERIMENTO POR AUTORIDADE JUDICIAL COMPETENTE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PROVAS ILÍCITAS: NÃO CARACTERIZAÇÃO. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA: IMPOSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA. MEDIDA GENÉRICA. ILEGALIDADE.

1. Havendo nos autos das peças investigativas apenas menção de nomes de parlamentares, não está caracterizada a alegada incompetência da Justiça Federal de primeira instância para o processamento da causa, visto que não há nos autos elementos suficientes para que se possa afirmar, de forma estreme de dúvidas, que as investigações têm como alvo parlamentares.

2. Apesar de o ofício do COAF não indicar uma precisa prática de ilícitos penais, deixa claro que as movimentações financeiras dos investigados evidenciam situações de atipicidade, o que, durante as investigações, será apurada a possível prática de delitos elencados no artigo 1º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 9.613/1998.

3. A quebra dos sigilos foi devidamente autorizada pelo magistrado federal competente, que declinou em sua decisão indícios consistentes de que as condutas investigadas estariam subsumidas em qualquer das hipóteses do artigo 1º da Lei 9.613/1998.

4. No caso dos autos, "*as interceptações telefônicas devem perdurar pelo tempo necessário à completa elucidação dos fatos delituosos, podendo ser prorrogadas desde que devidamente fundamentadas pelo Juízo competente quanto à necessidade para o prosseguimento das investigações, o que foi observado na hipótese, não havendo limitação do número de renovações*" (do opinativo ministerial).

5. Interceptação telemática decretada de forma indiscriminada, para atingir todos os endereços eletrônicos de dado domínio, ausente motivo que tanto justifique, é ilegal.

6. Ordem parcialmente concedida.

Extrai-se dos autos quanto aos fatos, na parte que interessa no momento, que (fls. 2/3):

O Paciente é bacharel em ciências contábeis, auditor aposentado do tesouro estadual e trabalha como diretor financeiro do Sistema Mirante de Comunicação desde o ano de 1999, na cidade de São Luís - MA.

[...] em 19 de julho de 2002, constituiu a empresa SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA. em conjunto com TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, possuindo, à época, 20% de suas cotas sociais.

Em 1º de novembro de 2006, o COAF encaminhou comunicação à Polícia Federal dando conta de movimentação financeira atípica nas contas correntes das seguintes pessoas físicas e jurídicas: TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, GRÁFICA ESCOLAR S.A. e SÃO LUÍS FACTORING LTDA.

A partir de tal comunicação, a Polícia Federal instaurou o Inquérito nº 001/2007, a fim de investigar tais movimentações financeiras.

O mencionado apuratório, todavia, se tornou palco para o cometimento de inúmeras ilegalidades, razão pela qual o Paciente teve impetrado em seu favor *habeas corpus* perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Referido HC teve a ordem parcialmente concedida, apenas para reconhecer a nulidade da prova obtida por meio da interceptação genérica de e-mails [...]

Não obstante a concessão parcial da ordem, o constrangimento ilegal não foi de todo afastado, razão da presente impetração. [...]

Sustentam os impetrantes para reclamar a concessão da ordem, em síntese (fls. 8/67):

a) flagrante incompetência da autoridade judicial para deliberar sobre os pedidos de quebra de sigilo, em razão de inquérito policial, porquanto, "sem qualquer sombra de dúvidas, que o alvo inicial da investigação era a então Senadora ROSEANA SARNEY e o Deputado Federal JOSÉ SARNEY FILHO" (fl. 8);

b) ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, uma vez que, "por interesses diversos que o de investigar a suposta prática de crime, [...] a quebra de sigilo ocorreu apenas e tão somente

por conta de Ofício remetido pelo COAF encaminhando relatório de movimentação financeira atípica" (fl. 9), sem indícios da prática de crime para justificar a violação da intimidade do paciente;

c) ilicitude da quebra de sigilo fiscal e das comunicações telefônicas, autorizadas judicialmente, ante a inexistência de qualquer indício de ilegalidade e/ou fundamento idôneo a permiti-la;

d) além disso, no tocante ao pedido de interceptação telefônica, "a decisão é extremamente confusa e lacônica. Em que pese ter sido a primeira decisão deferindo o monitoramento telefônico, fala em "inclusão de novos terminais, pertencentes a pessoas, cuja quebra de sigilo já foi autorizada. Tudo leva a crer que o Magistrado estivesse se referindo, na verdade, aos autos **2007.37.00.001751-0** que tratam da quebra de dados telefônicos e não de interceptação! Por conta desta sutil confusão, a autoridade judicial acabou por deferir a interceptação telefônica sem qualquer fundamentação específica, como se estivesse tratando de uma simples prorrogação. O pior é que, na sequência, a transcreve (ctrl-c/ctrl-v) o mesmíssimo trecho das já mencionadas decisões de quebra dos sigilos bancários, fiscal e de dados telefônicos, cuja ilegalidade foi anteriormente demonstrada" (fl. 34);

e) ilegalidade de todas as prorrogações das interceptações telefônicas e telemáticas existentes no processo seja em razão da "a) ausência de fundamentação das decisões, seja por força da b) violação da Lei 9.2896/96 [sic], no que diz respeito ao prazo máximo para as prorrogações" (fls. 35/36);

f) nulidade de todas as provas derivadas das ilícitas.

A liminar requerida foi indeferida às fls. 7.029/7.030.

Dispensadas as informações, foram os autos remetidos ao douto Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem em parecer assim ementado (fl. 7.040):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. INVESTIGAÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. QUEBRA DOS SIGILOS TELEFÔNICO, BANCÁRIO E FISCAL. DECISÃO FUNDAMENTADA DA AUTORIDADE

JUDICIÁRIA COMPETENTE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.
PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 191.378 - DF (2010/0216887-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (Relator): O *writ* busca debater cinco questões centrais a) incompetência do juízo para deliberar sobre as medidas de interceptação e de quebra de sigilo bancário e fiscal, porquanto, desde o início, o objetivo das investigações era apurar a suposta prática de crime eleitoral nas campanhas da Senadora Roseana Sarney e do Deputado José Sarney Filho; b) ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico; c) ilicitude da quebra de sigilo fiscal e das comunicações telefônicas do paciente; d) ilegalidade de todas as prorrogações das interceptações telefônicas e telemáticas, por ausência de fundamentação idônea; e) prazo máximo para as interceptações, considerando o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996.

I) DA PROVA OBTIDA POR JUÍZO INCOMPETENTE

Pretendem os impetrantes ver reconhecida a incompetência do juízo para deliberar sobre as medidas de interceptação e de quebra de sigilo bancário e fiscal.

Contudo, não merece prosperar a alegação.

Dizem os autos, categoricamente, que (fl. 2):

[...]

Em 1º de novembro de 2006, o COAF encaminhou comunicação à Polícia Federal dando conta de movimentação financeira atípica nas contas correntes das seguintes pessoas físicas e jurídicas: TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, GRÁFICA ESCOLAR S.A. e SÃO LUÍS FACTORING LTDA.

A partir de tal comunicação, a Polícia Federal instaurou o Inquérito nº 001/2007, a fim de investigar tais movimentações financeiras.

[...]

E, em igual tom, continuou (fl. 4):

[...] toda a investigação tem início a partir de simples relatório de inteligência financeira do COAF informando:

Consta que, em 23/10/2006, Eduardo Carvalho Lago, empresário, residente em São Luís, realizou TED a favor da conta corrente da Gráfica Escolar Ltda, no valor de R\$ 2 milhões. Segundo a instituição financeira detentora da conta corrente da Gráfica, a conta de Eduardo seria no banco HSBC, agência 737, conta nº 7372847118. Registra-se que constam contra Eduardo inquéritos por não-recolhimento ao INSS de contribuições recolhidas de contribuintes, estelionato, negociação de títulos sem lastro e formação de quadrilha.

No dia seguinte, 24/10/2006, sem causa aparente percebida, a Gráfica devolveu o mesmo valor para a conta de Eduardo. Em seguida, ainda no dia 24/10/2006, Eduardo realizou o TED no mesmo valor destinada à conta conjunta mantida por Fernando José Macieira Sarney, sócio da Gráfica até 2003, e sua provável esposa, Tereza Cristina Murad Sarney, atual diretora da Gráfica em questão foi retirado em espécie por Fernando José nos dias 25/10/2006 (R\$1,2 milhão) e 26/10/2006 (R\$ 800 mil).

[...]

No mesmo dia 27/10/2006, Teresa Cristina Ferreira Lopes efetuou retirada em espécie no valor de R\$ 100 mil na conta da empresa São Luís Factoring e Fomento Mercantil Ltda, pertencente a Tereza Cristina Murad Sarney (80% do capital Social).

[...]

Extrai-se da peça apuratória:

- objeto da investigação: "a apuração de movimentações financeiras atípicas de algumas pessoas físicas e jurídicas";

- partes envolvidas/investigadas: Eduardo de Carvalho Lago, Fernando José Macieira Sarney, Teresa Cristina Murad Sarney, Teresa Cristina Ferreira Lopes, Carlos Henrique Campos Ferro, Gráfica Escolar S/A e São Luís Factoring Ltda.

Temos, então, que o inquérito policial – **IPL n. 001/2007** – foi instaurado para apurar **suposta movimentação financeira atípica de pessoas físicas e jurídicas**, devidamente **identificadas**, que não gozam de foro prerrogativa de função. Em outras palavras: nos fatos narrados na investigação policial, não há nenhum elemento probatório a apontar a participação de parlamentares, mas simplesmente de terceiros, os quais carecem de prerrogativa de foro, não bastando a simples referência a nome

de parlamentares para deslocar a competência para o Supremo Tribunal Federal. Correta, portanto, a competência do Juízo Federal para o respectivo processamento.

Em casos semelhantes, em que se pleiteava o reconhecimento da incompetência do Juízo de primeiro grau ante a suspeita de envolvimento de parlamentares, o Supremo Tribunal Federal afastou tal alegação, em acórdãos que receberam as seguintes ementas:

CONSTITUCIONAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE. DEPUTADO FEDERAL. TRAMITAÇÃO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL. INOCORRÊNCIA. C.F., ART 102, I, b.

I - Inquérito policial em tramitação perante a Justiça Federal de primeira instância, para apurar possível prática de crime de sonegação fiscal e lavagem de dinheiro por pessoas que não gozam de foro por prerrogativa de função.

II - A simples menção de nome de parlamentar em depoimentos prestados pelos investigados não tem o condão de firmar a competência do Supremo Tribunal para o processamento de inquérito.

III - HC Indeferido.

(HC n. 82.647, Segunda Turma, Ministro Carlos Velloso, DJ 25/4/2003 – grifo nosso)

COMPETÊNCIA CRIMINAL. Inquérito. Parlamentar. Suspeita de envolvimento de Deputada Federal. Diligências determinadas. Desmembramento de autos que informaram denúncia contra terceiros sem prerrogativa de foro. Índícios de participação em outros fatos. Incompetência do Supremo Tribunal Federal para apreciar a denúncia. Competência do juízo de primeiro grau. Agravo improvido. Eventual envolvimento de deputada federal nos fatos narrados em denúncia apresentada apenas contra terceiros, os quais carecem de prerrogativa de foro, não basta para deslocar a competência dessa possível ação penal para o Supremo, sobretudo quando, contra aquela, há suspeita de participação noutros fatos ainda por apurar.

(Inq. n. 1.819 AgR/RJ, Ministro Cezar Peluso, DJ 10/11/2005 – grifo nosso)

II) DA ILICITUDE DAS PROVAS DECORRENTES DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO, FISCAL E TELEFÔNICO

Neste segundo tópico, buscamos os impetrantes o reconhecimento da ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, ao argumento de que (fl. 9):

[...] por importar em exceção à garantia constitucional da inviolabilidade da intimidade e vida privada, somente pode ser autorizada em face da existência de indícios da prática de crimes.

[...] a quebra de sigilo ocorreu, apenas e tão somente, por conta de Ofício remetido pelo COAF encaminhando relatório de movimentação financeira atípica.

[...]

Analisei pormenorizadamente as razões da impetração, a farta documentação acostada, o parecer do nobre representante do Ministério Público Federal e entendo que melhor sorte socorre, nesse quesito, a tese defensiva.

Pois bem.

No caso dos autos, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF enviou ofício à Polícia Federal com o seguinte teor (fl. 6.808 – grifo nosso):

1. Em decorrência das atribuições conferidas pelos artigos 14 e 15 da Lei nº 9.613/98, encaminho, em anexo, Relatório de Inteligência Financeira - RIF com informações sobre movimentações que, **embora, não sejam necessariamente consideradas ilícitas**, evidenciam situações de atipicidade. **Essas informações de inteligência destinam-se a subsidiar investigações porventura existentes ou que venham a ser instauradas.**

2. Destaco que as informações constantes do RIF são classificadas como confidenciais, nos termos da Lei 8.159/91, ficando o destinatário responsável pela sua preservação.

3. Com o intuito de resguardar à integridade das pessoas que, por obrigação legal, devem fornecer informações ao COAF, e do sistema brasileiro de inteligência financeira, **o RIF não deve ser exposto aos relacionados, pelo que não é recomendada sua inclusão em inquéritos ou processos.**

Informo, por oportuno, que expediente de igual teor foi encaminhado ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público Estadual.

Observe-se, e isso é bom salientar desde já, que a própria comunicação encaminhada pelo COAF é clara ao afirmar que as

movimentações atípicas não podem ser, necessariamente, consideradas ilícitas.

Em um determinado momento (final de 2.006), não integrante do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR, mas, tratando-se da mesma questão, o Ministério Público Federal, calcado somente nas informações constantes no relatório do COAF, requereu a quebra do sigilo bancário (Proc. n. 2006.37.00.006392-9, fl. 2.662) dos investigados constantes do inquérito policial apontado nestes autos.

O pedido foi deferido pelo Dr. José Valterson de Lima, nos seguintes termos (fls. 2.682/2.686):

[...]

Registrou o *parquet* federal na inicial:

1) que "o **COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão do Ministério da Fazenda, no exercício de suas atribuições, estabelecidas no art. 14 da Lei n. 9.613/98, identificou operações financeiras suspeitas em contas correntes de titulariedade de TEREZA CRISTINA MURAD SARNEY, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, TELEVISÃO MIRANTE LTDA, GRÁFICA ESCOLAR S.A, SÃO LUIS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA e EDUARDO CARVALHO LAGO**" (fl. 2.663 – grifo nosso);

2) que, "**segundo o relatório do COAF, EDUARDO CARVALHO LAGO efetuou transferência de sua conta corrente mantida no HSBC (...), via TED, a favor da conta corrente da empresa GRÁFICA ESCOLAR LTDA, no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em 23.10.2006**",

3) que "**no dia seguinte, 24.10.2006, o mesmo valor foi devolvido à conta corrente de EDUARDO LAGO, o qual transferiu nessa data, via TED, para conta corrente conjunta de TERESA CRISTINA MURAD SARNEY e FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, respectivamente sócia e ex-sócio da GRÁFICA ESCOLAR S.A. Tal montante foi sacado por FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY EM 25.10 e 26.10, nos valores em espécie de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) e R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), respectivamente. A conta bancária utilizada para o saque dos valores foi a de n. (...).**",

4) que "**registrou, ainda, o COAF o saque das importâncias em espécie de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) em 27.09, R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) em 25.10, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em 26.10 e R\$ 132.450,00 (cento e trinta e dois mil, quatrocentos e cinquenta reais) em 27.10. Tais retiradas se deram em contas correntes da TELEVISÃO MIRANTE LTDA, pelas pessoas TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES e CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO. O relatório aponta que FERNANDO**

SARNEY é sócio da empresa TELEVISÃO MIRANTE LTDA e informa as contas bancárias em que foram sacados os citados valores: (...).

5) que " **também registrou o saque de R\$ 100.00,00 (cem mil reais), em 27.10, realizado por TEREZA CRISTINA FERREIRA LOPES da conta corrente da empresa SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA, cuja sócia majoritária é TERESA CRISTINA MURAD SARNEY. A conta corrente cuja importância foi sacada é a de n. (...).**

6) que, "há, diante da vultosa movimentação em dinheiro, indicativos da possível prática de crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90) e lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98), a demandar o aprofundamento da apuração", razão pela qual "impõe-se a flexibilização do sigilo bancário como forma de averiguar a ocorrência dos ilícitos acima descritos, a teor do previsto na Lei Complementar n. 105/2001"(art. 1º, parágrafo 4., VII e VIII).

Pelo exposto, encerrou o MPF requerendo:

a) que seja decretada a quebra de sigilo bancário das contas bancárias de TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, TELEVISÃO MIRANTE LTDA, GRÁFICA ESCOLAR S.A, SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA e EDUARDO CARVALHO LAGO - contas essas já registradas acima e relacionadas, ainda, dos itens 'a' e 'e' das fls. 06/07 da inicial - no período de 01/08 a 15/11/2006;

b) que os estabelecimentos bancários referenciados forneçam a este Juízo os extratos bancários relativos ao aludido período, assim como os documentos de crédito e débitos referentes à movimentação ocorrida nesses interstício;

c) que "seja estendida a documentação acima mencionada à Receita Federal para instauração de procedimento fiscal com o fim de lançamento dos tributos devidos."

É o relatório.

Fundamento e decido.

A Lei nº 9.613/1998, que **"dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências"**, estabelece, no caput de seu artigo 14, que o COAF tem **"a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades"**.

Por seu turno, o artigo 15 do mesmo diploma legal 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"**.

Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/98, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

Os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

A experiência tem demonstrado que uma movimentação de dinheiro "vivo" dessa natureza, está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelo investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pela autoridade policial deve ser deferida eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

Outrossim, também merece deferimento, com fundamento no artigo 198 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966 - redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001), o pedido de extensão da quebra à Receita Federal, para que esta, de posse dos documentos a serem fornecidos pelos bancos em que se deu a movimentação suspeita, instaure procedimento fiscal com o fim de lançamento dos tributos eventualmente devidos.

Pelo exposto, considerando que se encontram plenamente satisfeitas as exigências legais para a decretação da medida requeridas, **DEFIRO** o pedido de fls. 03/07 para [...]

Está claro que nem na requisição do Ministério Público Federal, reproduzida em sua quase totalidade na decisão acima transcrita, nem na própria decisão há qualquer referência a outras investigações ou quanto à impossibilidade de se utilizar outros meios de prova para se apurar os fatos descritos pelo COAF. Os fundamentos, do pedido e da decisão, foram, exclusivamente, as informações do COAF e a simples referência a

dispositivos legais, além da conclusão totalmente subjetiva e desacompanhada de qualquer elemento concreto de que as movimentações financeiras atípicas deveriam ser investigadas por terem ocorrido em período pré-eleitoral.

Com base também neste mesmo comunicado, instaurou-se, em 16 de fevereiro de 2007, o **Inquérito Policial n. 001/2007 - DFIN/DCOR** e, **sem quaisquer outras investigações preliminares**, a autoridade policial representou pela realização de medidas cautelares, como quebra de sigilo fiscal (**2007.37.00.001750-7**) e interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas (**2007.37.00.001751-0**).

A conclusão da autoridade policial para a primeira representação – referente à **quebra de sigilo fiscal** da qual o paciente ainda não figurava como investigado – ficou assim exposta (fls. 6.863/6.866 – grifo nosso):

Com base em comunicação do COAF, foi instaurado o Inquérito Policial em epígrafe, que objetiva apurar a prática do crime descrito no artigo 1º, V, da Lei nº 9.613/98, supostamente praticado por EDUARDO DE CARVALHO LAGO, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES e CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO.

O COAF, no âmbito de sua competência legal, ante o disposto no inciso II do art. 11 da Lei nº 9.613/98, informou à Divisão de Repressão a Crimes Financeiros que os envolvidos teriam praticado uma série de movimentações financeiras entre si, com transferências no valor de R\$ 2.000.000,00 e saques em espécie.

O Conselho de Controle de Atividades financeiras (sic) - COAF foi criado pela Lei nº 9.613, sendo que seu funcionamento segue o modelo de uma Unidade Financeira de Inteligência - FIU, ou seja, uma agência nacional, central, responsável por receber, analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias referentes a operações suspeitas de lavagem de dinheiro.

Tendo em vista que a prática de lavagem envolve pessoas físicas e jurídicas de várias camadas da atividade econômica, bem como o trânsito de recursos por seus diferentes setores, conclui-se pela necessidade de se abordar preventivamente o problema, estabelecendo procedimentos que dificultam encobrir a origem dos recursos e facilitam a investigação.

No desempenho de sua função, o COAF utiliza-se das informações fornecidas pelos órgãos que o compõe, que são obrigados a comunicar operações suspeitas (disclose) conforme estas se enquadrem dentro de certos critérios especificados pelo governo ou pela entidade reguladora.

Dentro das tipologias gerais de lavagem de dinheiro, sem dúvida temos aquela caracterizada por esquemas que procuram ocultar os recursos de origem criminosa dentro das atividades normais de empresas.

Entretanto, *in casu*, não podemos concluir, pelo simples ofício encaminhado, que realmente nos deparamos com práticas de ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes, pois certas transações e movimentações financeiras, apesar de se adequarem aqueles casos considerados suspeitos pelos diversos normativos em vigência, podem na verdade constituir atos normais de comércio ou eventuais negociações ocorridas.

Nota-se que dentre as pessoas mencionadas, ambas apresentam diversos elos de ligação, a saber, EDUARDO CARVALHO LAGO, quem fez a TED no valor de 2 milhões para a conta da Gráfica Escolar S.A., recebeu a mesma transferência no dia seguinte, tendo efetuado nova transferência, no mesmo valor, para a conta corrente de FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, que era sócio da gráfica até o ano de 2003 e sua provável esposa, TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, atual diretora da Gráfica. Tal valor sacado em espécie, nos dois dias seguintes, por FERNANDO.

FERNANDO, por sua vez, é sócio da Televisão Mirante Ltda, de cujas contas correntes foram retirados, em espécie, valores que superam R\$ 1 milhão, entre os dias 27/09 a 27/10/2006, pelas pessoas de TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES, que já foi funcionária do governo do estado (sic), bem como da Televisão Mirante Ltda e de CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO, que já foi funcionário da Televisão Mirante Ltda e da Gráfica Escolar S.A.

A teia de relações entre os depositantes/sacadores denota uma clara relação entre os mesmos, que pode estar sendo utilizada para acobertar operações ilícitas, que demandam uma urgente repressão por parte (sic) Estado.

Assim, a fim que se possa conhecer as relações existentes entre as pessoas mencionadas, imprescindível se faz

ISTO POSTO, encaminho a Vossa Excelência a presente REPRESENTAÇÃO PELA DECRETAÇÃO DE **QUEBRA DE SIGILO FISCAL**, com fulcro no artigo 1º, § 4º da Lei Complementar nº 105/2001, referente as pessoas físicas e jurídicas abaixo relacionadas:

[...]

Assim, decretadas as quebras ora solicitadas, requer a Vossa Excelência que determine a expedição de ofício a **Receita Federal**, solicitando as cópias das DIRPF e DIRPJ das pessoas mencionadas dos últimos 5 (cinco) anos.

Acompanha a presente representação, para fins de instrução, cópias (sic) reprográficas da portaria de instauração do inquérito policial e relatório de inteligência financeira do COAF.

[...]

A leitura do requerimento acima transcrito deixa patente o fato de que o único fundamento dos pedidos de quebra foi o relatório do COAF, não tendo ocorrido referência a nenhuma outra investigação em andamento ou

mesmo à impossibilidade de se investigar os fatos descritos no relatório do COAF por outros meios que não a quebra do sigilo naquele momento requerida.

É de se destacar também que a própria autoridade policial, ratificando o que consta da comunicação do COAF, deixa claro, em seu pedido, que não se pode concluir, pelo simples ofício encaminhado, **que realmente tinha se deparado com práticas de ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes, pois certas transações e movimentações financeiras, apesar de se adequarem aqueles casos considerados suspeitos pelos diversos normativos em vigência, podem na verdade constituir atos normais de comércio ou eventuais negociações ocorridas.**

O Juiz da Primeira Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Maranhão, Dr. Neiam Milhomen Cruz, em **23/3/2007**, acolhendo integralmente a representação, consignou (fls. 157/160):

Trata-se de feito em que a Polícia Federal pugna pela decretação da **quebra de sigilo fiscal** nos últimos cinco anos de pessoas físicas e jurídicas suspeitas de terem praticado crimes contra a ordem tributária (Lei n; 8.137/90) e de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98).

Registrou o *parquet* federal que o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, ante o disposto no inciso II do art. 11. da Lei n] 9.613/98, informou à Divisão de Repressão a Crimes Financeiros que EDUARDO DE CARVALHO LAGO, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES e CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO teriam praticado movimentações financeiras entre si, com transferências no valor de R\$ 2.000.000, 00 e saques em espécie.

Ressaltou que:

"(...) dentre as pessoas mencionadas, ambos apresentam diversos elos de ligação, a saber, EDUARDO CARVALHO LAGO, quem fez a TED no valor de 2 milhões para a conta da Gráfica Escolar S.A., recebeu a mesma transferência no dia seguinte, tendo efetuado nova transferência, no mesmo valor, para a conta corrente de FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, que era sócio da gráfica até o ano de 2003 e sua provável esposa, TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, atual diretora da Gráfica. Tal valor foi sacado em espécie, nos dias seguintes por FERNANDO.

FERNANDO, por sua vez, é sócio da Televisão Mirante Ltda., de cujas contas correntes foram retirados, em espécie, valores que superam R\$ 1 milhão, entre os dias 27/09 a 27/10/2006, pelas pessoas de TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES que já foi funcionária do governo do estado

(sic), bem como da Televisão mirante (sic) Ltda e de CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO, que já foi funcionário da Televisão Mirante Ltda e da Gráfica escolar (sic) S.A.

A teia de relações entre os depositantes/sacadores denota uma clara relação entre os mesmos, que pode estar sendo utilizada para acobertar operações ilícitas, que demandam uma urgente repressão por parte do Estado.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento do pedido nos moldes requeridos pela autoridade policial e pela extensão do pedido em relação a EDUARDO CARVALHO LAGO e à pessoa jurídica SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA, por não ter constado no pedido da autoridade policial.

É o relatório.

Fundamento e decido.

A Lei nº 9.613/1998, que *"dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências"*, estabelece, no caput de seu artigo 14, que o COAF tem *"a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades"*.

Por seu turno, o artigo 15 do mesmo diploma legal 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"*.

Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/98, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

[...] os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

A experiência tem demonstrado que uma movimentação de dinheiro "vivo" dessa natureza, está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores

foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pela autoridade policial deve ser deferida eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

Outrossim, também merece deferimento, com fundamento no artigo 198 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966 - redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001), o pedido de extensão da quebra à Receita Federal, para que esta, de posse dos documentos a serem fornecidos pelos bancos em que se deu a movimentação suspeita, instaure procedimento fiscal com o fim de lançamento dos tributos eventualmente devidos.

Pelo exposto, considerando que se encontram plenamente satisfeitas as exigências legais para a decretação da medida requeridas, **DEFIRO** o pedido da Polícia Federal, como também o requerimento do Ministério Público Federal para **DECRETAR** a **QUEBRA DO SIGILO FISCAL, nos últimos cinco anos (anos de 2002 a 2006) de:**

[...]

(Da decisão autorizadora da quebra do sigilo fiscal, **Proc. n. 2007.37.00. 001750-7**)

Destaca-se que a **fundamentação** desta decisão **é a mesma** daquela que, **proferida por outro juiz**, havia, em dezembro de 2006, autorizado a quebra de sigilo bancário dos investigados e que aqui, ainda, não figura o paciente em tal condição. Esta decisão é exatamente igual a primeira, modificando-se, apenas, o relatório, não obstante tenha sido da lavra de outro magistrado e tenha sido proferida em resposta a pedido diverso do primeiro formulado, feito, inclusive, por outra autoridade. Estamos diante, em que pese à excepcionalidade da situação, de uma cola/cópia, o que autoriza as mesmas observações referentes à decisão anterior: ausência de qualquer referência a outras investigações ou quanto à impossibilidade de se utilizar outros meios de prova para se apurar os fatos descritos pelo COAF, além de conclusões subjetivas quanto a eventual ocorrência de crime.

Simultaneamente, outra representação foi feita pela autoridade (com fundamentação **idêntica** àquela constante do pedido de quebra do sigilo fiscal

– fls. 2.162 e seguintes), agora, para fins da **quebra de sigilo de dados telefônicos** (e que, também, não se voltou contra o paciente), com novo acolhimento do magistrado de primeiro grau, em 28/3/2007, ou seja, apenas cinco dias após a representação pela quebra do sigilo fiscal, com fundamentação **idêntica** àquela presente na decisão que acolhera anteriormente os pedidos de quebra de sigilo fiscal e de sigilo bancário (fls. 152/155):

Trata-se de feito em que a Polícia Federal pugna pela decretação da **quebra de sigilo de dados telefônicos** de pessoas contra as quais recaem fortes suspeitas de terem praticado crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137/90) e de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98) (fls. 03/06 e 21/22).

Registrou a autoridade policial que o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, ante o disposto no inciso II do art. 11 da Lei nº 9.613/98, informou à Divisão de Repressão a Crimes Financeiros que os envolvidos, a saber, EDUARDO DE CARVALHO LAGO, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, TERESA CRISTINA MURAD SARNEY TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES e CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO teriam praticado movimentações financeiras entre si, com transferências no valor de R\$ 2.000.000, e saques em espécie.

Ressaltou que:

"(...) dentre as pessoas mencionadas, ambos apresentam diversos elos de ligação, a saber, EDUARDO CARVALHO LAGO, quem fez a TED no valor de 2 milhões para a conta da Gráfica Escolar S.A., recebeu a mesma transferência no dia seguinte, tendo efetuado nova transferência, no mesmo valor, para a conta corrente de FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, que era sócio da gráfica até o ano de 2003 e sua provável esposa, TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, atual diretora da Gráfica. Tal valor foi sacado em espécie, nos dias seguintes por FERNANDO.

FERNANDO, por sua vez, é sócio da Televisão Mirante Ltda., de cujas contas correntes foram retirados, em espécie, valores que superam R\$ 1 milhão, entre os dias 27/09 a 27/10/2006, pelas pessoas de TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES que já foi funcionária do governo do estado (sic), bem como da Televisão mirante (sic) Ltda e de CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO, que já foi funcionário da Televisão Mirante Ltda e da Gráfica escolar (sic) S.A.

A teia de relações entre os depositantes/sacadores denota uma clara relação entre os mesmos, que pode estar sendo utilizada para acobertar operações ilícitas, que demandam uma urgente repressão por parte do Estado.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento do pedido nos moldes requeridos pela autoridade policial (fls. 16/18 e 25/26).

É o relatório.

Fundamento e decido.

A Lei nº 9.613/1998, que *"dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências"*, estabelece, no caput de seu artigo 14, que o COAF tem *"a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades"*.

Por seu turno, o artigo 15 do mesmo diploma legal 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"*.

Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/98, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

Os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

A experiência tem demonstrado que uma movimentação de dinheiro "vivo" dessa natureza, está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pela autoridade policial deve ser deferida eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

Ante o exposto e tendo em conta o evidente interesse público na investigação de crimes da espécie, com estribo no art. 1º, *caput*, da Lei n.

9.296/96, **DEFIRO** o pedido em tela para **autorizar a QUEBRA DE DADOS TELEFÔNICOS** [...]

(Da decisão autorizadora da quebra do sigilo de dados telefônicos, Proc. n. 2007.37.00.00.001751-7 – 28/3/2007)

Houve, por fim, um pedido de **quebra de sigilo fiscal, interceptação telefônica e interceptação telemática**, com mais um acolhimento do Juízo Federal, passando, então, o paciente à condição de investigado, *in verbis* (fls. 162/169):

Trata-se de pedido de

a) **quebra de sigilo fiscal** de JOSÉ ODILON SOARES FILHO (CPF nº 008.341.063-53), sócio da São Luís Factoring e Fomento Mercantil LTDA e de MARCO AURÉLIO BASTOS CAVALCANTI (CPF nº 095.363.104-49), contador do grupo Imirante, bem como das empresas em que ambos participem do quadro societário.

b) **interceptação telefônica** de TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, JOSÉ ODILON SOARES FILHO, SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTADA, MARCO AURÉLIO BASTOS CAVALCANTI, TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES e CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO; e

c) **interceptação telemática** das contas dos correios eletrônicos marcoscavalcanti@uol.com.br e mmconsultoria@uol.com.br e dos domínios smt.mirante.com.br e ewebmail.mirante.com.br

O presente pedido se dá em complementação às investigações já em curso perante este Juízo, como se expõe:

Nos autos do processo nº 2007.1752-4 foi constatada a existência de movimentações financeiras suspeitas de valores expressivos entre a empresa GRÁFICA ESCOLAR S.A., EDUARDO DE CARVALHO LAGO, TERESA CRISTINA MURAD SARNEY e FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, sendo este último sócio da TELEVISÃO MIRANTE LTDA, de onde também foram constatadas movimentações expressivas, com saques em espécie, efetuados por TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES e CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO.

Deferida a quebra de sigilo bancário e de posse das informações, a autoridade policial observou movimentação suspeita na empresa SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA, como se vê:

"A referida empresa foi constituída no ano de 200, tendo por sócios TERESA CRISTINA MURAD SARNEY (COM 80% DO Capital Social) e JOSÉ ODILON SOARES FILHO, dotada de um capital social de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais) (sic).

[...]

Tais conclusões serviram para embasar decisão deste juízo pela ampliação da quebra de sigilo bancário para inclusão da empresa SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA, tendo sido consignados os seguintes termos:

"Foi constatado também que grandes quantidades de cheques emitidos pelas empresas GRÁFICA ESCOLAR e TELEVISÃO MIRANTE foram nominais à SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA "cheques de valores altos, alguns ultrapassando a cifra de R\$ 200.000,00. Tal situação pode configurar, ainda, a mera troca de cheques, o que é vedado pela factoring. (sic) uma vez que os títulos de créditos vendidos à factoring devem ser embasados em operações oriundas da atividade comercial da empresa cedente dos "créditos", o que se observa, em princípio, não ocorrer no presente caso.

Essa relação "caseira" importou no lançamento, pelas empresas GRÁFICA ESCOLAR e TELEVISÃO MIRANTE, de aproximadamente R\$ **25.000.000,00 (vinte e cinco milhões)** em suas DIRPJ, a título de despesas financeiras, ou seja, como comissão/deságio pela utilização do serviço de factoring, o que, a teor da RIR/1999, art 374, são consideradas despesas financeiras e são dedutíveis como custo ou despesa operacional. Diante disso, o andamento das investigações aponta indícios cada vez mais forte de uma possível simulação de operações, utilizando-se da factoring para a redução da base de cálculo de tributos, o que, em outras palavras constitui sonegação tributária.

Isto posto, pelos mesmos fundamentos utilizados na quebra de sigilo anteriormente decretada, **DEFIRO OS PEDIDOS [...]** (fls. 108/111 daqueles autos).

[...]

(Proc. n. 2007.37.00.010617-8 – 19/12/2007)

Com isso, vieram as **prorrogações das interceptações telefônicas**, em número total de **18**, com a devida autorização judicial, que perduraram por **quase 10 meses** (período de 14/1/2008 até 9/9/2008). Ressalte-se, porém, que nem todas as interceptações se estenderam ao paciente.

Enfim, esse é contexto dos fatos, sobre os quais pesam as seguintes alegações:

1) Ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico;

2) Ilicitude da **quebra de sigilo fiscal, bancário e das comunicações telefônicas do paciente**;

3) Ilegalidade de todas as prorrogações das interceptações telefônicas e telemáticas, por ausência de fundamentação idônea;

4) Prazo máximo para as interceptações, violando, assim, o disposto no art. 5º da Lei n. 9.296/1996.

A discussão que se apresenta impõe a análise conjunta de princípios e normas relacionadas aos **direitos fundamentais**.

Por isso mesmo, inicio com as seguintes reflexões:

Qual o "valor mais nobre": o valor de proteção à intimidade das pessoas ou o da busca da verdade nos processos? Qual o limite da relativização dos direitos fundamentais? Quais os "limites" do direito à prova? O "modo de agir" pode valer mais do que o "resultado"? Como devem ser vistas as regras probatórias?

De um lado, busca-se a preservação da intimidade, da privacidade e de seus consectários (inviolabilidade de sigilo de dados e das comunicações telefônicas, bancário e fiscal); de outro, temos a segurança da coletividade e o poder-dever do Estado de reprimir práticas delitivas.

Frente a essas reflexões, nada melhor, então, do que nos socorrer dos ensinamentos dos mestres Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, que assinalam:

Uma ordem de considerações também leva à necessidade de se colocarem limites ao direito à prova: o processo só pode fazer-se dentro de uma escrupulosa regra moral, que rege a atividade do juiz e das partes.

Por isso, a Lei 11.690/2008, dando nova redação ao art. 157 do CPP, diz que "são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais". Também o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal Militar, em regras consideradas de superposição e aplicáveis a todo e qualquer processo, consideram inadmissíveis meios de prova moralmente ilegítimos (art. 332 do CPC) e que atentem contra a moral e a segurança individual ou coletiva (art. 295 do CPPM).

E é exatamente no processo penal, onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social/direitos de liberdade assume frequentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas.

[...]

É por isso que a **investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com um rito determinado, na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só,**

um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes.

Assim entendido, o **rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo.** A **legalidade na disciplina da prova** não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas **assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado:** as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regras para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor de verdade*. Hoje, bem pelo contrário, **as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade:** seu valor é um *valor de garantia*.

De duas maneiras pode ser regulado o sistema da legalidade das provas: podem-se estabelecer, positivamente, determinadas modalidades para a admissibilidade das provas; ou o material probatório pode ser selecionado, negativamente, através de uma série de regras de exclusão.

O que releva notar é que uma coisa são as regras legais sobre avaliação judicial, hoje superadas; outra, bem diversa, **são as regras de admissibilidade e de exclusão de determinados meios de prova.** Estas últimas devem ser aceitas e estabelecidas, **ainda que no plano da investigação dos fatos possam representar algum sacrifício.**

[...]

É suficiente um instante de reflexão para perceber que o modo de agir não pode valer mais do que o resultado. Dois processos podem ser imaginados: um, em que a dignidade do homem é aviltada; outro, em que é respeitada. Este último torna tolerável até mesmo os inevitáveis erros.

Por isso é que o termo "verdade material" há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.

(*As Nulidades no Processo Penal*, Editora Revista dos Tribunais, 12ª ed., págs. 123/125).

A questão em debate, como se pode perceber, não é simples; é, na verdade, extremamente delicada justamente por envolver direitos fundamentais. Concordo com o que foi dito pela Ministra Maria Thereza por ocasião do julgamento do HC n. 137.349, no sentido de que é indispensável observar os fundamentos da "**proporcionalidade**", sob pena de se "**banalizar**", e até mesmo "**vulgarizar**" muitas das "**garantias constitucionais**", como a que está assentada no art. 5º, X, da Constituição Federal: **Direito à intimidade e à privacidade.**

Não muito distante da realidade cotidiana, vê-se, em alguns casos, a persecução penal por instrumentos que visam adentrar na intimidade ou na privacidade do indivíduo, com o escopo de utilizar o material obtido nesta persecução, na via processual penal, como meio de prova, fortalecendo e elucidando os fatos para que o "*ius puniendi*" do Estado tenha seu desfecho concretizado e a justiça, em tese, tangida.

Nesses moldes e tentando estabelecer limites para essa persecução, o próprio Estado fixa parâmetros objetivos e positivados com fins a tentar resguardar alguns preceitos humanos, como a intimidade, a privacidade, etc..

Premissas constitucionais como a do art. 5º, XII, que dispõe sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, ressalvado por ordem judicial nas hipóteses em que a lei estabelece; do inciso X, da mesma ordem constitucional, que menciona acerca da **inviolabilidade à intimidade, à vida privada**, etc.; do inciso LIV, que dispõe que "*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*" e do inciso LVI, da Constituição Federal, que diz: "*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*"; todas são garantias constitucionais que, ao longo da história, com um garrido esforço da sociedade, foram conquistadas, para assim permanecerem, e nem mesmo o Estado, **sem justo motivo, poderá violar.**

Portanto, devem o Estado-juiz (magistrado), o Estado-administração (representante do Ministério Público), a autoridade policial, os coligados numa ordem reta com poderes de investigação – ex., as CPIs, ou, mesmo, terceiros singulares com objetivos pessoais, se ater a ordem jurídica limitadora e garantidora dos interesses pessoais do indivíduo para, assim, sem ultrapassar essas garantias, colaborar para o processo de uma forma legal, fornecendo materiais probatórios sem vícios legais e válidos para a trilha processual criminal.

Importante lição encontramos nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel:

Impõe-se sublinhar ademais o seguinte: a verdade material (ou real) é uma verdade histórica e, portanto, não significa que tudo está permitido. Só pode ser alcançada de acordo com os ditames do Estado de Direito, respeitando-se seus limites. Não é uma verdade a qualquer preço. Nem tudo é lícito no âmbito probatório. **Urge compatibilizar a produção da prova com direitos fundamentais do suspeito ou do acusado, tais como dignidade, intimidade, etc.** A intromissão na vida privada e sigilosa de uma pessoa só pode dar-se conforme o estritamente previsto em lei. **É imprescindível a legitimidade da atuação estatal na origem de qualquer prova, mas principalmente na que envolve a privacidade. Se a regra é a tutela desse direito e do sigilo das comunicações, as exceções devem vir rigorosamente previstas em lei.** Assim como o procedimento legal, que é revelador, no caso, do devido processo legal.

Não poderíamos encerrar esses comentários sem transcrever uma advertência muito corrente entre os norte-americanos e enfatizada por RICARDO CINTRA TORRES DE CARVALHO, nestes termos: " a excessiva benevolência do sistema jurídico para com as ilegalidades deixa a polícia preguiçosa: é sempre mais fácil invadir, coagir, ameaçar e torcer para que alguma prova assim lhe caia nas mãos, do que realizar um trabalho investigativo sério.

(*Legislação Criminal Especial*, 2ª ed., RT, Coordenação Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. fl. 554)

Assim, ressalto a necessidade de merecer cuidado absoluto do julgador, especialmente no que diz respeito às limitações do procedimento escolhido, para a análise do caso concreto.

Reafirmo: da situação em apreço nasce a acalentada discussão constitucional, requisitando, então, máxima observância dos "**direitos**" e das "**restrições**", que, por sua vez, fazem parte integrante do catálogo dos **direitos fundamentais**.

Voltemos aos fatos em análise.

Depreende-se da exposição, bem como da discussão promovida pela defesa do paciente, que a questão prioritária tem seu fundamento voltado para a ilicitude das provas decorrentes da quebra de sigilo fiscal, bancário, de dados telefônicos e de interceptações colhidas na peça investigativa, desde as representações formuladas pela autoridade policial (IPL n. 001/2007/DFIN/DCOR) e pelo MPF, bem como no seu desenrolar, quando das autorização das medidas excepcionais pelo Juízo de primeiro grau. Destacam-se as questões referentes à fundamentação exclusiva no Relatório

'não conclusivo' do COAF para o requerimento e deferimento das quebras, bem como a ausência de colheita de qualquer outra prova e o não reconhecimento fundamentado tanto pelas autoridades responsáveis pela investigação pelo juízo impugnado, da imprescindibilidade das quebras diante do fato de inexistir outro meio investigativo possível.

A controvérsia gira, em **primeiro lugar**, em torno do "**não esgotamento de todos os meios de prova disponíveis**" por parte da autoridade policial responsável pelo **IPL n. 001/2007 - DFIN/DCOR** que, baseado **apenas** no **Relatório de Inteligência Financeira** encaminhado pelo **COAF**, formulou ao Juízo Federal representações (idênticas, frisa-se) pela quebra de sigilo fiscal e telefônico dos investigados (Procs. n. 2007.37.00.001750-7 e n. 2007.37.00.001751-0).

Note-se que não se está, aqui, a negar a possibilidade da representação, por medidas cautelares, por parte das autoridades responsáveis, mas sim a discutir os seus "**contornos de averiguação**", porquanto despropositado ao objetivo de vasculhar a intimidade e a vida privada das pessoas.

Há, portanto, que se impor "**limites**" e esclarecer o "**âmbito de legitimidade da providência**".

O **inquérito policial**, como é sabido, é um instrumento de natureza administrativa, que tem por finalidade expor o crime em sua primeira fase, a fim de que se descubra a autoria, a materialidade, as circunstâncias do crime, além de provas, suspeitas, etc.

Deve-se seguir pelo **princípio da licitude das provas**, pois como reza o art. 5º, LVI, da Constituição Federal **são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos**.

Assim, quando do conhecimento pela autoridade policial do **Relatório de Inteligência Financeira remetido pelo COAF**, além da instauração do competente inquérito policial – **o que ora não se discute** –, deveriam, e isso não diz respeito apenas ao meu modo de pensar, mas de expressa previsão legal, ter sido determinadas **diligências visando ao**

esclarecimento dos fatos ali descritos (não há nenhuma notícia nos autos de que, antes dos requerimentos aqui apreciados, a Polícia Federal tenha executado qualquer diligência no sentido de apurar com mais profundidade as informações encaminhadas pelo COAF), muito mais, ainda, porque o que estava em jogo, até então, eram informações referentes a mera "movimentação financeira atípica", **não necessariamente considerada ilícita, nas próprias palavras do COAF e da autoridade policial.**

Recupero, a propósito, o que consta no mencionado relatório (fls. 6.808/6.816), bem como nas representações apresentadas pela autoridade policial (fls. 6.863/6.866):

Em decorrência das atribuições conferidas pelos artigos 14 e 15 da Lei nº 9.613/98, encaminho, em anexo, Relatório de Inteligência Financeira - RIF com informações sobre movimentações que, embora, **não sejam necessariamente consideradas ilícitas**, evidenciam situações de atipicidade. **Essas informações de inteligência destinam-se a subsidiar investigações porventura existentes ou que venham a ser instauradas.** (Relatório do COAF – fl. 6.808)

Entretanto, *in casu*, **não podemos concluir, pelo simples ofício encaminhado, que realmente nos deparamos com práticas de ocultação de bens, direitos e valores provenientes de crimes**, pois certas transações e movimentações financeiras, apesar de se adequarem aqueles casos considerados suspeitos pelos diversos normativos em vigência, podem na verdade constituir atos normais de comércio ou eventuais negociações ocorridas. (Representação da Polícia Federal – fl. 6.864))

A par desse aspecto, há que se considerar duas vertentes: a primeira, acima já mencionada, que "tais operações" fogem às **situações de normalidade**, ou seja, **não são típicas**, expressão despida, no contexto, de qualquer conotação penal. Não se pode afirmar de pronto que são ilícitas, cabendo tal juízo aos órgãos competentes. O fato de serem "atípicas" não induz, necessariamente, a que constituam condutas delituosas, a despeito de possível existência de indícios nesse sentido; a segunda, que este "relatório" serve como elemento de cunho estritamente "**subsidiário**", isto é, voltado apenas para comunicar às autoridades competentes eventual adoção de providências cabíveis.

Não incumbe ao **COAF**, portanto, proceder investigação para firmar convicção acerca de eventual prática delituosa, uma vez que o juízo que lhe compete é o de "**aparência**".

Consigne, a propósito, o descrito nos **Manuais de Atuação da Escola Superior do Ministério Público (ESMPU)** (fl. 40 – grifo nosso):

[...]

Trata-se de órgão importante para obtenção de dados para investigações levadas a efeito pelo Ministério Público ou pela Polícia [...].

[...]

O Coaf não promove quebras de sigilo fiscal e/ ou bancário, não processa os dados eventualmente obtidos por meio de autorização judicial, nem costuma requisitar de instituições financeiras dados complementares aos que elas lhe enviam e considera suspeitos. Como unidade de inteligência financeira, o Coaf apenas centraliza as comunicações de operações suspeitas advindas do sistema bancário, promove a análise dos dados e transmite a informação a quem de direito.

[...]

Nesse passo, razão maior se apresentou à autoridade policial, à época do recebimento do referido relatório, diligenciar acerca dos fatos, utilizando-se de todos os outros meios possíveis para, ao final, se "**fosse mesmo imprescindível**", representar pelo **afastamento do sigilo**. Mas isso infelizmente não ocorreu.

Vou além: quando representou, de imediato, pela quebra de sigilo, descumpriu, lamentavelmente, referida autoridade policial, a regra legal básica regedora da espécie, qual seja, a que exige e determina, por relacionar-se diretamente com **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS** – "**nosso maior bem**" –, o esgotamento de todos os outros meios de prova possíveis, antes, pois, de partir-se para adoção de medida tão drástica, de efeitos avassaladores.

Insisto, aqui, em um ponto que considero fundamental para a solução da controvérsia em exame: quando de suas representações, a autoridade policial, em momento algum, referiu-se a qualquer outra diligência investigativa em andamento ou mesmo já realizada e muito menos deixou claro que as quebras então requeridas eram o único meio possível para que

as investigações dos fatos descritos no relatório do COAF prosseguissem. Pelo contrário, ficou claro que os pedidos de quebra, na verdade, se constituíram na verdadeira "origem" das investigações propriamente ditas, porquanto, antes delas, o que se tinha era tão somente o RIF do COAF, cujo único fim, *in casu*, foi o de promover a instauração do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR.

Tenho, então, que o fato de a autoridade policial responsável utilizar-se como sustentáculo único para justificar e garantir, em última análise, a **representação pela quebra de sigilo fiscal e de dados telefônicos dos envolvidos**, "sem que nenhuma outra investigação preliminar fosse feita", convenceu-me do **absoluto desacerto** em relação ao procedimento por ela adotado, demonstrando-se, assim, sua ilegalidade.

A regra, volto a dizer, é o sigilo; a quebra é a exceção.

Assim, ao deixar a autoridade policial de desempenhar devidamente o seu papel, qual seja, o de "**investigar**", na verdadeira acepção da palavra, diligenciando e fazendo uso de todos os recursos disponíveis, quando do conhecimento acerca das "movimentações financeiras atípicas", **subtraiu**, de forma injustificável, o **direito dos investigados à intimidade e à privacidade**, direito esse de índole constitucional.

Nesse ponto, indago: as representações feitas com base somente no relatório do COAF foram proporcionais e adequadas? É justificável, nesses moldes, o afastamento do sigilo? E por onde fica à proteção aos direitos e garantias fundamentais? E a necessidade de se esgotar todos os outros meios de prova?

Ora, uma coisa é **dar-se início** à investigação policial, ante o conhecimento de dados encaminhados pelo COAF, para fins de se comprovar sua lisura, outra, totalmente diversa, é **cercar-se exclusivamente destes** para arregimentar mecanismos cautelares excepcionais de colheita de provas e de correspondente comprovação. Isso é **não é admissível**.

Cabe registrar, nesse ponto, uma última observação. A função de investigar 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 na Constituição e nas leis. Por isso mesmo, 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 nem devem ser transpostos; quando se investiga (como na espécie), processa ou julga, não se está exonerado do dever de respeitar os estritos limites da lei, por mais graves que sejam os fatos cuja prática motivou a instauração do procedimento.

Imperioso destacar, ainda, que a exigência de respeito aos princípios consagrados em nosso sistema constitucional não frustra nem tampouco impede o exercício pleno dos poderes investigatórios.

O respeito efetivo pelos **direitos individuais** e pelas **garantias fundamentais** outorgadas pela ordem jurídica aos cidadãos em geral representa o sinal mais expressivo e o indício mais veemente de que se consolida, de maneira real, o quadro democrático delineado na Constituição Federal.

Sem dúvida, é a tutela jurídica da intimidade uma das mais significativas expressões dos direitos da personalidade, tratando-se de valor constitucionalmente garantido, cuja proteção normativa busca assegurar, em favor do indivíduo, uma esfera de autonomia a salvo do arbítrio do Estado.

Todavia, como é sabido, tal direito à inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, cedendo espaço, **EXCEPCIONALMENTE**, às exigências impostas pela preponderância do interesse público, "**quando existem fundados elementos de suspeita, apoiados em indícios idôneos e reveladores de prática delituosa**".

Portanto, é de conhecimento de todos que, apesar da relevância do direito ao **sigilo** de dados constitucionalmente assegurado, de há muito, vem se reconhecendo a compatibilidade jurídica de sua **quebra**, quando presentes "**fundadas razões para a disclosure de informações reservadas**".

Retornando ao caso concreto, percebe-se, nitidamente que, ao fazer uso, apenas, do Relatório do COAF para as representações pela quebra do

sigilo fiscal e de dados telefônicos, deixou a autoridade policial de desempenhar o seu verdadeiro papel, qual seja, o de investigar, partindo dos questionamentos para se chegar ao entendimento do fato ocorrido, utilizando-se de todos os meios possíveis – e aqui reporto-me ao indispensável esgotamento dos meios – para a busca da verdade real. Mais que isso: violou, frontalmente, o direito fundamental da intimidade e da privacidade, ante a ausência de "elementos indiciários mínimos" e das "razões da imprescindibilidade da medida".

Vou além: fez a autoridade policial da quebra do sigilo a "regra das investigações", ou seja, dela que se originaram as investigações propriamente ditas, porquanto o RIF do COAF serviu somente para a mera instauração do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR.

Observe-se, e peço desculpas pela insistência neste ponto, que referida autoridade não buscou prova alguma, logo após instaurada a peça investigativa, para embasamento da *opinio delicti*. Mais do que isso: quando da representação pela quebra do sigilo, não demonstrou a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos; aliás, menção alguma fez quanto à necessidade de esgotamento de colheita de provas por outro meio que não a quebra do sigilo fiscal (primeira medida do IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR).

Todo inquérito policial visa apurar a responsabilidade dos envolvidos a fim de puni-los, sendo certo que a gravidade das infrações e/ou a repercussão dos fatos, por si sós, não sustentam a devassa da intimidade (medida de exceção), até porque qualquer crime, de elevada ou reduzida gravidade (desde que punido com pena de reclusão), é suscetível de apuração mediante esse meio de prova, donde se infere que esse fator é irrelevante para sua imposição. Igual raciocínio deve ser empregado para a justificativa concernente ao "perigo enorme e efetivo que a ação pode causar à ordem tributária, à ordem econômica e às relações de consumo", os quais se encontram contidos na gravidade das infrações sob apuração. Último elemento que pode ser extraído é a "complexidade" dos fatos sob

investigação. E digo: além de novamente não haver a demonstração do nexo entre referida circunstância e a impossibilidade de colheita de provas mediante outro meio menos invasivo, entendo que não são, por si sós, causas suficientes para o afastamento. Há obrigatoriedade de comprovação da "imprescindibilidade" da medida de exceção, quando do momento de sua decretação

Isso porque temos pleno conhecimento de que, por exemplo, provas testemunhais e periciais também se prestam para elucidar causas complexas, bastando, para isso, a realização de diligências policiais em sintonia com o andamento das ações tidas por supostamente criminosas.

Portanto, se o afastamento da garantia constitucional, como é sabido e ressabido, pressupõe o cumprimento cumulativo das exigências cogentes de ordem pública, como admitir, então, no presente caso, a forma como ocorreu a representação para a quebra de sigilo – medida odiosa de consequências nefastas??! Onde fica, então, a necessidade do esgotamento, antes de partir para tão drástica medida, de todos os outros meios de prova possíveis? Onde está a demonstração da imprescindibilidade/indispensabilidade de tal medida, se a autoridade policial, de maneira alguma, reuniu dados e elementos informativos anteriores, vindo a dispensá-los por conta própria? E pior: sem nenhuma justificativa acerca da impossibilidade de colheita de provas por outros meios. Aliás, ignorou totalmente tal determinação legal.

Repito: não estou aqui propondo, de maneira alguma, fazer da impossibilidade da quebra um instrumento ancilar à consumação ou ao exaurimento de crimes. Nem de longe é o que se pretende, uma vez que a intervenção da autoridade policial é válida (e muito), como assim o é a instauração do inquérito policial ora em questão, a fim de se esclarecer e, por que não dizer, colher elementos informativos, **de forma adequada**, a respeito dos fatos tidos como potencialmente delituosos. Mas não se pode admitir que, para solicitação de uma medida tão delicada como esta, passem as autoridades responsáveis a fazer uso daquele velho e tão desgastado ditado

"Os fins justificam os meios!!". Quando se trata de **DIREITOS FUNDAMENTAIS**, inadmissível um raciocínio tão singular, tão singelo, tão desvirtuado. Tal representação, quanto à quebra de sigilo, que incide em absoluta invasão na vida do cidadão, sempre deverá estar, a qualquer custo, **fundamentada na necessidade e na imprescindibilidade**. Porém, **isso não ocorreu**.

Se o texto da lei diz que o **sigilo é a regra, e a quebra, a exceção**, tenho que, no presente caso, exatamente o "**inverso**" é que ocorreu.

A partir do momento em que a autoridade policial decidiu, **sem antes realizar qualquer outra diligência**, representar pela quebra de sigilo, mediante o contido no relatório de inteligência financeira do COAF, maculou, por assim dizer, todo esse **apuratório**, já que o trabalho investigativo, que corresponde ao **pleno esclarecimento do fato criminoso**, não foi adequadamente realizado, ou melhor dizendo, aqui nem chegou a ser feito, uma vez que as investigações se originaram a partir do afastamento do sigilo, sendo que, antes, restara apenas instaurado o inquérito pela autoridade responsável.

Atribuir-se, pois, legitimidade a essa prática revela-se, pois, totalmente inadmissível, ante a **gravíssima violação dos direitos e das garantias fundamentais**.

Ora, sem dúvida, procedeu a autoridade policial com **total desacerto**, porquanto transformou o que era instrumento subsidiário – **relatório do COAF** – como suporte para formular o pedido de afastamento do sigilo e, ainda, fez da quebra de sigilo o início das investigações propriamente ditas.

Pois bem.

Se a **quebra de sigilo** tem, pois, sua admissão flexibilizada para fins de investigação criminal, **quando demonstrada a inviabilidade de produção da prova por outros meios**, e ainda, **quando imprescindível a medida para os fins almejados**, e tendo em conta que o **RELATÓRIO DO COAF** não se traduz como instrumento hábil, por si só, para provocar tal

afastamento, a que outro entendimento poderíamos chegar senão aquele da **"ilegalidade das representações"**?!! Não se pode, insisto, tentar "justificar" o que é nitidamente "injustificável", nem tampouco querer, sob o *falso manto da relativização desse direito*, **ultrapassar os estritos limites legais, extrapolar as regras do jogo** e transformar tudo isso em instrumentos abusivos, para fins inidôneos. Esse é o problema que aqui, neste *writ*, vivenciamos.

Portanto, acolher o procedimento ora adotado pela autoridade policial – **representação pela quebra de sigilo sem, sequer, adotar qualquer outra medida antes** – seria o mesmo que "**ATACAR**", e não "**PROTEGER**" OS DIREITOS E AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS, porquanto desfigurada sua formação.

Em suma: a ausência de **ESGOTAMENTO DE OUTROS MEIOS DE PROVA**, ou melhor, a **UTILIZAÇÃO APENAS DO RELATÓRIO DO COAF** por parte da autoridade policial responsável, leva-nos à conseqüente conclusão da chamada "prova ilegítima/ilícita", **produzida com inobservância de imperativos ou vedações legais.**

Temos que estar conscientes para que o uso desse instrumento, embora digno quando atendidos integralmente os preceitos legais, não se transforme em ferramenta para fins exclusivos de **verdadeira invasão à intimidade e à privacidade**, destituídas da necessária e específica indicação de **causa provável**, que se qualifica como **pressuposto legitimador da ruptura**. Sublinho, sobretudo, que não se trata apenas de uma posição (ou da minha). **É o que define a Constituição**. Na verdade, não somos mais do que os intérpretes da Constituição. Não dizemos o que pensamos ser assim ou assado. Dizemos o que diz a Constituição.

Digo, ainda, que todas as observações acima feitas se aplicam ao pedido formulado pelo MPF (Proc. n. 2006.37.00.006392-9) quando da quebra de sigilo bancário. Ali também os fundamentos, como transcritos mais acima, quando da reprodução da decisão que o acolheu e que se encontram à fl. 2.663 e seguintes dos autos, limitaram-se às informações prestadas pelo COAF, sem qualquer referência a outros elementos probatórios relacionados

ao pretense crime que se quer apurar ou mesmo à impossibilidade de se utilizar de outros meios de prova para se aprofundar na análise dos fatos descritos pelo COAF. Lá, como aqui, a medida primeira foi a quebra de sigilo, vale dizer, a origem das investigações propriamente ditas.

Outro ponto impugnado pelos impetrantes e que passo, agora, a apreciar é o referente à fundamentação do Juízo singular para o deferimento da medida.

Demonstrada, pois, a ilegitimidade das representações referentes à quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, cabe, agora, indagar: como foram, então, as decisões autorizadoras de tais medidas cautelares? Houve fundamentação suficiente e satisfatória para sustentar o referimento afastamento?

Pergunto isso porque o direito de sigilo, como é cediço, insere-se no campo do direito à intimidade, previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal.

É ele, ainda, de forma genérica, garantido em outros dispositivos da Lei Maior, em especial no inciso XII do mencionado artigo.

Desse modo, o sigilo não pode sofrer violações, senão em situações excepcionais que autorizem a restrição do direito.

É por isso que se afirma que nenhum direito constitucionalmente previsto é absoluto, visto que, quando em confronto com outra norma de igual hierarquia, será submetido a um juízo de ponderação e, se necessário, restringido para que o outro prevaleça.

Contudo a restrição de um direito constitucionalmente previsto deve ser **"excepcional, expressamente estabelecida em lei e guardar proporcionalidade, o que significa dizer que a medida restritiva deve ser adequada, necessária e proporcionada aos fins a que se destina"**.

No presente caso, os pedidos de representação pela quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos originaram-se a partir das movimentações financeiras atípicas informadas pelo COAF às autoridades responsáveis.

Entretanto, tais provas só poderão ser admitidas se colhidas em conformidade com a Constituição Federal.

Significa dizer que, nos casos em que **não existam outros meios de prova disponíveis**, bem como **demonstrada sua imprescindibilidade e precedida de concretas e fundadas razões**.

Isso porque as provas colhidas em desrespeito à Constituição Federal **violam indevidamente o direito à intimidade – no qual o sigilo está inserido** –, pelo que, **inaceitáveis**.

Como nos ensina o Ministro Gilmar Mendes:

O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com status constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, **deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem assim a sua efetiva necessidade – i.e., não se antever outro meio menos construtivo para alcançar o mesmo fim**. O pedido de quebra do sigilo bancário ou fiscal deve estar acompanhado de prova da sua utilidade. **Cumpra, portanto, que se demonstre que "a providência requerida é indispensável, que ela conduz a alguma coisa"; vale dizer, que a incursão na privacidade do investigado vence os testes da proporcionalidade por ser adequada e necessária**.

(MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2008, pág. 386, grifo nosso)

Pertinente ao caso as lições de Maurício Zanoide de Moraes, para quem o princípio da proporcionalidade só tem sentido com o **cumprimento da motivação do ato judicial**, sendo esta pressuposto inarredável do juízo proporcional:

O outro requisito extrínseco é a “**motivação**”, **imprescindível a qualquer decisão judicial**. A Constituição, em seu art. 93, IX, determina de maneira peremptória a fundamentação de toda decisão, sancionando-a de nula se estiver dela carente. A motivação é garantia política e processual de legitimidade das manifestações jurisdicionais e única forma pela qual o juiz, exteriorizando e materializando sua convicção, permite ao cidadão impugnar o ato determinado se o entender inconstitucional.

A motivação deve ser a mais completa possível, abarcando todos os aspectos jurídicos envolvidos na questão e com eles relacionando os dados fáticos específicos da realidade levada ao conhecimento do julgador e referentes à medida pleiteada. Esses

atributos, ínsitos a qualquer decisão jurisdicional, ganham mais peso e relevo quando dirigidos a justificar a compressão de direitos fundamentais por via da proporcionalidade. A ponderação de valores deve emergir clara e exaustiva tanto em seu aspecto jurídico como em seu aspecto fático.

(*Sigilo no Processo Penal* – Eficiência e garantismo. Coord. Antonio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. págs. 36/37 - grifo nosso)

Respondendo, portanto, às minhas indagações anteriores, tendo em vista essas considerações e o caso em concreto: "Não"!! As decisões que autorizaram a quebra de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (idênticas, todas as três, diga-se mais uma vez) limitaram-se apenas a fazer uma **abordagem sobre o Relatório do COAF, mencionar (e aqui deve-se observar muito bem), eu disse, "mencionar" o § 4º do art. 1º da LC n. 105/2001, além de conjecturar sobre possibilidades de cunho estritamente subjetivo e abstrato.** Vejamos.

Ao decretar a **QUEBRA DE SIGILO FISCAL** (Proc. n. 2007.37.00.001750-7), em 23 de março de 2007, medida essa que exsurgiu como a "*primeira*" nos autos do IPL em apreço, o magistrado da Primeira Vara da Seção Judiciária do Maranhão assim dispôs (fls. 157/160 – grifo nosso):

Trata-se de feito em que a Polícia Federal pugna pela decretação da **quebra de sigilo fiscal** nos últimos cinco anos de pessoas físicas e jurídicas suspeitas de terem praticado crimes contra a ordem tributária (Lei n; 8.137/90) e de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98).

Registrou o *parquet federal* que o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, ante o disposto no inciso II do art. 11. da Lei n] 9.613/98, informou à Divisão de Repressão a Crimes Financeiros que EDUARDO DE CARVALHO LAGO, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, TERESA CRISTINA MURAD SARNEY, TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES e CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO teriam praticado movimentações financeiras entre si, com transferências no valor de R\$ 2.000.000, 00 e saques em espécie.

Ressaltou que:

"(...) dentre as pessoas mencionadas, ambos apresentam diversos elos de ligação, a saber, EDUARDO CARVALHO LAGO, quem fez a TED no valor de 2 milhões para a conta da Gráfica Escolar S.A., recebeu a mesma transferência no dia seguinte, tendo efetuado nova transferência, no mesmo valor, para a conta corrente de FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, que era sócio da gráfica até o ano de 2003 e sua provável esposa, TERESA

CRSITINA MURAD SARNEY, atual diretora da Gráfica. Tal valor foi sacado em espécie, nos dias seguintes por FERNANDO.

FERNANDO, por sua vez, é sócio da Televisão Mirante Ltda., de cujas contas correntes foram retirados, em espécie, valores que superam R\$ 1 milhão, entre os dias 27/09 a 27/10/2006, pelas pessoas de TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES que já foi funcionária do governo do estado (sic), bem como da Televisão mirante (sic) Ltda e de CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO, que já foi funcionário da Televisão Mirante Ltda e da Gráfica escolar (sic) S.A.

A teia de relações entre os depositantes/sacadores denota uma clara relação entre os mesmos, que pode estar sendo utilizada para acobertar operações ilícitas, que demandam uma urgente repressão por parte do Estado.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo deferimento do pedido nos moldes requeridos pela autoridade policial e pela extensão do pedido em relação a EDUARDO CARVALHO LAGO e à pessoa jurídica SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA, por não ter constado no pedido da autoridade policial.

É o relatório.

Fundamento e decido.

A Lei nº 9.613/1998, que "dispõe sobre os crimes de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei, cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências", estabelece, no caput de seu artigo 14, que o COAF tem "a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

Por seu turno, o artigo 15 do mesmo diploma legal 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".

Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/98, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

Os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

A experiência tem demonstrado que uma movimentação de dinheiro "vivo" dessa natureza, está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para

Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pela autoridade policial deve ser deferida eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

Outrossim, também merece deferimento, com fundamento no artigo 198 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/1966 - redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001), o pedido de extensão da quebra à Receita Federal, para que esta, de posse dos documentos a serem fornecidos pelos bancos em que se deu a movimentação suspeita, instaure procedimento fiscal com o fim de lançamento dos tributos eventualmente devidos.

Pelo exposto, considerando que se encontram plenamente satisfeitas as exigências legais para a decretação da medida requeridas, **DEFIRO** o pedido da Polícia Federal, como também o requerimento do Ministério Público Federal para **DECRETAR a QUEBRA DO SIGILO FISCAL, nos últimos cinco anos (anos de 2002 a 2006) de:**

[...]

A **fundamentação** apresentada pela autoridade judicial, conforme acima transcrita, além de idêntica, como dito anteriormente, àquelas presentes nas decisões proferidas por ocasião da quebra do sigilo bancário (da lavra, inclusive, de outro juiz) e de dados telefônicos (o que autoriza a aplicação dos comentários aqui feitos a todas elas), não mostrou, de forma inequívoca, a **necessidade de afastamento do direito**, nem tampouco **comprovou a imprescindibilidade da medida**.

Na verdade, ao decretar referida medida, posso dizer, sem nenhum receio, que o magistrado de primeiro grau se **limitou a apontar os requisitos legais à concessão da medida, além de fazer conjecturas e colocações abstratas e de ordem subjetiva**, emitindo antecipadamente um juízo de valor

que, para tanto, adveio somente do teor inserto no Relatório de Inteligência Financeira do COAF.

Note-se: **não houve indicação de mínimos elementos**, a meu ver, **que pudessem alicerçar o deferimento de medida tão drástica**.

Nesse passo, curial fazer comentários individualizados sobre o quanto supostamente fundamentado pelo Juízo Federal para o deferimento da primeira medida cautelar:

I - Quanto ao RELATÓRIO DO COAF

[...] Entre os ilícitos que o COAF deve notificar às autoridades competentes, encontra-se o delito de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, previsto na própria Lei n. 9.613/98, infração penal essa que invariavelmente está também vinculada a crimes contra a ordem tributária, tipificados na Lei n. 8.137/1990.

Na espécie, os dados apurados pelo COAF efetivamente constituem, no meu entendimento, fundados indícios da prática dos ilícitos penais supramencionados.

Os documentos daquele Conselho dão conta de vultosas movimentações de dinheiro, inclusive com saques em espécie que totalizam mais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), todos eles efetuados por sócios, ex-sócios ou prepostos das empresas indicadas na inicial.

Faço um parênteses para indagar: isso é fundamentação suficiente para autorizar uma exceção a uma garantia constitucional? Ou estamos diante de mera consideração sobre as atribuições legais do COAF?

II - Quanto às COLOCAÇÕES ABSTRATAS E DE ORDEM SUBJETIVA DO MAGISTRADO SINGULAR A RESPEITO DOS FATOS RELATADOS – "AS MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS ATÍPICAS" -

A experiência tem demonstrado que uma movimentação de dinheiro "vivo" dessa natureza, está geralmente relacionada a operações ilícitas, especialmente em épocas de eleição, e merece relevo o fato de que os saques suspeitos ocorreram exatamente na semana que antecedeu o segundo turno das eleições para Presidente da República e para Governador de Estado, sendo do conhecimento de todos que uma irmã do investigado FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY concorreu para o segundo cargo acima citado.

Além da real possibilidade do dinheiro movimentado em espécie pelos investigados ter sido utilizado para propósitos que configuram crimes eleitorais, é preciso averiguar a origem desses valores, se tais valores foram regularmente lançados na contabilidade das empresas em tela e se houve a devida declaração ao Fisco dos tributos eventualmente incidentes.

Nesse contexto, a medida requerida pela autoridade policial deve ser deferida eis que presentes fortes indícios da prática de crimes, situação em que o sigilo deve ser afastado, diante do interesse maior da sociedade em reprimir condutas ilícitas.

É possível considerar tal assertiva como suficiente para provocar uma quebra de sigilo? Ou na verdade nos deparamos com meras divagações de índole subjetiva, íntima do juiz singular, que, em vez de ponderar sobre o preenchimento dos requisitos necessários para decretação da medida, preocupou-se em ficar conjecturando com probabilidades sobre a movimentação financeira apontada como "atípica", atribuindo-lhe, desde já, ares de possível prática delituosa, sem indicar reais indícios da prática de nenhum crime, como também de nenhuma autoria.

Pertinente, aqui, ensinamento da Ministra Maria Thereza por ocasião do julgamento do HC n. 137.349, quando disse que "a exigência de motivação das decisões judiciais traz em si a obrigatoriedade ética da comprovação dos dados que eventualmente sustentam determinado provimento, porquanto no processo dialético-democrático não é crível imaginar que ao juiz seja conferido o poder de decidir por meio de situações ocultas, não verificadas nos autos ou somente apuráveis nas entrelinhas da investigação".

III - CITAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL

[...] A medida é necessária e mesmo indispensável para a adequada apuração dos fatos e estriba-se no § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, que destaca, em seus incisos, os crimes contra a ordem tributária (inciso VII) e de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores (inciso VIII).

A mera citação de dispositivo legal limitou-se à simples ressalva, sem, para tanto, demonstrar efetivamente a sua aplicação. Não basta, em meu entender, mencionar apenas a previsão legal. Exige-se que seja avaliado

pelo magistrado se se faziam presentes os elementos minimamente razoáveis para alicerçar a decretação. Evidentemente isso não ocorreu.

Ao lado do que constou como fundamento da decisão, chama também a atenção aquilo que não constou. Tanto para a quebra do sigilo bancário e fiscal quanto para a quebra do sigilo de dados telefônicos como para a quebra do sigilo bancário essencial é a demonstração de que esta é o único meio de prova possível para se prosseguir com as investigações:

Não se pode acolher a prática, por vezes comum, mas errônea, de se iniciar uma investigação, mormente criminal, por intermédio, da quebra do sigilo bancário ou fiscal de alguém. Essa deve ser 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. **Não fosse assim e estaríamos reduzindo, sem justa causa, o conteúdo do direito à intimidade, constitucionalmente assegurado.** A regra é a inviolabilidade à intimidade e à vida privada, bem como a garantia ao sigilo dos dados do cidadão. A exceção será a sua violação, com finalidade de investigação de um ilícito grave, cujos alicerces já existem, faltando somente erguer a finalização do conjunto probatório.

[...]

Como já mencionamos em notas anteriores, **a violação do sigilo financeiro, para fins de investigação, é uma exceção. Precisa estar calcada em elementos probatórios outros, minimamente sólidos, exigindo, portanto, do juiz uma clara e detalhada fundamentação.**

(NUCCI, Guilherme de Souza, *Leis Penais e Processuais Comentadas*, 5ª ed., págs. 1.131/1.132)

Desde logo cabe enfatizar que o objetivo final da interceptação, reiterado no diploma legal em questão, é a constituição de uma 'prova'. Prova que deve versar sobre uma infração penal e sua autoria. **Se essa prova pode ser 'obtida' por outros meios, não deve o juiz determinar a interceptação telefônica, que é medida de ultima ratio, extremada, excepcional, mesmo porque, por vontade do legislador constituinte, a regra é a preservação da intimidade.**

Na sua fundamentação, **urge que o juiz demonstre a 'necessidade' da interceptação.** Já do pedido da providência cautelar, aliás, a lei exige 'a demonstração de que a sua realização é necessária' (art. 4o.). **Em suma, somente quando comprovada a 'indispensabilidade do meio de prova' (diz o art. 5o., in fine) é que se defere a interceptação.** Impõe-se ao juiz a valoração da existência ou não de 'outros meios disponíveis', examinando detidamente o caso concreto. Sempre tendo em vista o bem jurídico tutelado, a intimidade e o sigilo das comunicações, que é de natureza fundamental.

(GOMES, Luiz Flávio; MÁCIEL, Silvio. *Legislação Criminal Especial*, 2ª ed., RT, pág. 577)

Como já decidiu este Tribunal em outra oportunidade, "a ordem jurídica autoriza a quebra do sigilo bancário, em situações excepcionais. Implicando, entretanto, na restrição do direito à privacidade do cidadão, garantida pelo princípio constitucional, é imprescindível demonstrar a necessidade das informações solicitadas, com o estrito cumprimento das condições legais autorizadoras" (REsp n. 124.272, DJ 2/2/1998). "Por tratar-se de medida excepcional, o afastamento do sigilo de dados deve ser precedido de concretas e fundadas razões, não se podendo admitir que o abrandamento desta garantia constitucional seja realizado sem a demonstração efetiva de sua necessidade, comprovando-se a impossibilidade de obtenção da prova pretendida por outros meios disponíveis" (voto do Ministro Jorge Mussi, por ocasião do HC n. 124.253).

As decisões que autorizaram a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos foram silentes nesse aspecto, nem ao menos cuidando de afirmar, mesmo que sem fundamentação, que esses eram os únicos meios de prova possíveis.

É, dessa forma, fato incontestável a deficiência da autorização de quebra de sigilo (bancário, fiscal e de dados telefônicos) dos investigados, faltando-lhe mínima fundamentação, não tendo sido mostrado, de forma inequívoca, a necessidade de afastamento do direito, nem tampouco comprovado a imprescindibilidade da medida. Refere-se, genericamente, de forma por vezes subjetivo, ao suposto envolvimento; não se aponta, de maneira concreta, nenhum passo ou conduta que pudesse ligar os envolvidos à condução de suposto delito; nem sequer se identificou uma possível situação que exigisse, nesse momento tão prematuro da investigação, a quebra de sigilo. Deixou-se de explicitar a indispensabilidade das quebras requeridas naquele momento. Enfim, o que se têm são decisões singelas, comuns a três requerimentos diferentes, proferidas por juízes diferentes, sem maiores expressões; nada se disse de específico, de pertinente, em tal

motivação. A autoridade judicial, portanto, deixou de fundamentar seu ato, em ofensa a direito dos investigados, que há de ser resguardada contra abuso no manejo de instrumento tão contundente.

Resta claro que deveriam, necessariamente, ter sido declinados, tanto quando do momento da representação pela quebra, quanto, e especialmente, pela autoridade judicial, responsável por sua autorização, os motivos determinantes da medida.

Nesse particular, trago as seguintes lições coletadas na doutrina:

Por último, mas com vital interesse ao tratamento do tema, já que no processo penal discutem-se basicamente restrições à liberdade e à dignidade do indivíduo, **deve ser sublinhada a relevância da motivação da decisões judiciais como garantia de efetividade dos direitos fundamentais.**

[...]

É justamente entre essas limitações impostas ao Poder Judiciário, e também sob o duplo enfoque mencionado, **que se insere a motivação das decisões judiciais como garantia dos direitos fundamentais: de um lado, serve para verificar - pelo acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar a um eventual provimento restritivo daqueles direitos - se foram efetivamente obedecidas as regras do devido processo; por outro, será igualmente por intermédio da fundamentação que será viável constatar se a decisão aplicou validamente as norma que permitiam a restrição e se apreciou de maneira correta o contexto fático que a autorizava.**

(GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, págs. 91/93).

A autoridade judicial, portanto, em nosso sistema processual penal, para autorizar a busca domiciliar deve, de forma inequívoca, demonstrar, nos 'fundados motivos', que a restrição ao direito individual aflora inafastável, para a persecução penal; evidenciar o interesse social concreto, prevalecendo sobre o individual; ser proporcional ao fim almejado; estar ajustada, em sua concretude, com a finalidade perseguida. E, mais, patentear sua imprescindibilidade, oportunidade e conveniência.

(PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. *Da busca e da apreensão no processo penal*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, pág. 130)

Tal entendimento encontra eco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

A quebra do sigilo bancário - ato que se reveste de extrema gravidade jurídica e cuja prática pressupõe necessariamente, a competência do órgão judiciário que a determina - **só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos de suspeita que se apoiem em indícios idôneos, reveladores de possível autoria de prática delituosa por parte daquele que sofre a investigação penal realizada pelo Estado** (PET. 577-QO, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23.4.1993). A relevância do direito ao sigilo bancário - que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade - impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao órgão competente do Poder Judiciário (o Supremo Tribunal Federal, no caso) na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, em nome de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).

(Voto do Ministro Celso de Mello, na Rcl 511-9, Ementário STF 1800-01, p. 88).

O exame da fundamentação apresentada pela autoridade judicial – que é **carente e insuficiente** – permite reconhecer, nas deliberações **que nela se apoiaram**, uma **evidente transgressão ao mandamento constitucional** que impõe aos atos de "disclosure" a **necessária observância**, por parte de qualquer órgão estatal, do **dever de motivar** a adoção de medida tão extraordinária como a que ora se impugna neste *habeas corpus*.

É preciso advertir que a quebra de sigilo não se pode converter em instrumento de **devassa indiscriminada dos dados** – bancários, fiscais e/ou telefônicos – postos sob a esfera de proteção da cláusula constitucional, **que resguarda a intimidade, inclusive aquela de caráter financeiro, que se mostra inerente às pessoas em geral**.

Inquestionável, por isso mesmo, que a norma constitucional que outorga "poderes para decretação da quebra de sigilo às autoridades judiciais" traz, quanto a esta, o reconhecimento da necessidade de que os seus poderes somente devam ser exercidos de maneira compatível com a natureza do regime e com respeito (indeclinável) aos princípios consagrados na Constituição Federal.

Completamente convencido de que a deliberação questionada neste *writ* apoiou-se em **genérica formulação desvestida de fundamentação**

idônea, incide, por tal específica razão, na censura tanto da jurisprudência da Suprema Corte quanto do Superior Tribunal de Justiça, conforme já proclamado em situações assemelhadas:

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO CONCRETA DE CAUSA PROVÁVEL - NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO.

A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVISSA 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, Ministro Celso de Mello, Pleno)

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - QUEBRA DE SIGILO - INOCORRÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FATOS CONCRETOS REFERENTES À PESSOA INVESTIGADA - NULIDADE DA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO.

A QUEBRA DO SIGILO, POR ATO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO, DEVE SER NECESSARIAMENTE FUNDAMENTADA, SOB PENA DE INVALIDADE.

- A Comissão Parlamentar de Inquérito - que dispõe de competência constitucional **para ordenar a quebra do sigilo** bancário, fiscal e telefônico das pessoas sob investigação do Poder Legislativo - **somente** poderá praticar tal ato, **que se reveste** de **gravíssimas** conseqüências (sic), **se justificar**, de modo adequado, **e sempre mediante indicação concreta** de fatos específicos, a **necessidade** de adoção dessa medida excepcional. **Precedentes.**

A QUEBRA DE SIGILO - QUE SE APÓIA EM FUNDAMENTOS GENÉRICOS E QUE NÃO INDICA FATOS CONCRETOS E PRECISOS REFERENTES À PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO - CONSTITUI AO EIVADO DE NULIDADE.

- A **quebra** do sigilo **inerente** aos registros bancários, fiscais e telefônicos, **por traduzir** medida de caráter excepcional, **revela-se incompatível** com o texto da Constituição, **quando fundada** em deliberações emanadas de CPI cujo suporte decisório apóia-se em **formulações genéricas**, muitas vezes **padronizadas**, que **não veiculam** a necessária e específica indicação da **causa provável**, que constitui **pressuposto de legitimação** essencial para aválida ruptura, por parte do Estado, da esfera de intimidade a **todos garantida** pela Carta Política.

(MS 23.964/DF, Ministro Celso de Mello, **Pleno**)

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.

Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, *in casu*, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual.

Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7.

(HC n. 137.349/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 30/5/2011 - grifo nosso)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUPOSTA PRÁTICA DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. PACIENTE QUE NÃO FIGURA NO POLO PASSIVO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM NÃO-CONHECIDA INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 83 DO CPP. ILEGALIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. LEI 9.296/96. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não tendo sido instaurada ação penal em desfavor do paciente, não resta caracterizada, neste momento, a ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, sanável pela via do *writ*, nos termos do inciso LXVIII do art. 5ª da Constituição Federal. Vencido o Relator na preliminar de conhecimento.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que eventual declinação de competência não tem o condão de invalidar a prova até então colhida.

3. A competência jurisdicional, em regra, deve ser firmada pelo local dos fatos tidos como delituosos (art. 69, I, do CPP). Entretanto, em se tratando de competência por prevenção, como na hipótese, o juiz que tenha praticado algum ato do processo está prevento para os demais (art. 83 do CPP).

4. O afastamento da garantia inscrita no inciso XII do art. 5º da CF pressupõe o cumprimento cumulativo, das exigências cogentes, imperativas, de ordem pública, de direito estrito, contidas na Lei 9.296/96, notadamente **a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I), decisão judicial fundamentada, sob pena de nulidade, pelo prazo de quinze dias, renovável (art. 5º), que a infração não seja punida com detenção e, que não seja possível realizar a prova por outros meios disponíveis.**

5. **O fato de a investigação ser sigilosa não exclui a necessidade de que a autoridade policial demonstre os indícios razoáveis da autoria ou participação do agente em infração penal, para que o Magistrado competente possa fazer seu juízo de convencimento a respeito, no sentido do atendimento ou não, da imperativa exigência apontada, para justificar a drástica medida invasiva do direito constitucional à incolumidade do sigilo, ut art. 5º, XII, da CF.**

6. **É inadmissível a manutenção da prova resultante de interceptação oriunda de injustificada quebra do sigilo telefônico, por falta de qualificação do agente e indicação de indícios razoáveis da sua autoria ou participação em infração penal, da inadequada fundamentação das autorizações judiciais, conforme exige o parágrafo único do art. 2º da Lei 9.296/96, por violar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, além do excessivo período (660) dias, aproximadamente, da quebra do sigilo.**

(HC n. 88.825/GO, Relator Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 30/11/2009 - grifo nosso)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVO HÁBIL. PROTEÇÃO E GARANTIA CONSTITUCIONAL.

A proteção da privacidade do cidadão, na qual se inserem os sigilos bancário e fiscal, envolve uma garantia constitucional relativa, somente afastada pelo critério da proporcionalidade e da efetiva necessidade da medida de constrição.

No caso, não foram eficientemente comprovados os motivos pelos quais os recorrentes poderiam sofrer a invasão ao seu direito de privacidade, sendo de bom senso nesta situação resguardar a regra geral e protetora do sistema de garantias fundamentais.

Recurso provido.
(RMS n. 25.174/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14/4/2008 - grifo nosso)

Ponderando a **análise do pleito mandamental em questão**, de um lado, e o **exame das razões** que motivaram a decretação da quebra de sigilo bancário, fiscal e dados telefônicos, de outro, **demonstrada está a evidente falta de fundamentação** subjacente à efetivação, no caso, da medida excepcional da *disclosure*.

Pelas razões acima expostas, tenho que as provas colhidas em razão dessas quebras, na sua totalidade, são "ilícitas".

As quebras de sigilo referentes aos Processos 2006.37.00.006392-9 (fls. 2682/2687), 2007.37.00001751-7 (fls. 152/155) e 2007.37.00001751-0 (fls. (fls. 152/155) tiveram, como já visto, motivação idêntica quando da solicitação para o afastamento do sigilo, qual seja, o Relatório de Inteligência Financeira do COAF que comunicou "movimentações financeiras atípicas, com transferências no valor de R\$ 2.000.000,00 e saques em espécie", integrando, as duas últimas, o IPL n. 001/2007-DFIN/DCOR. Tratam-se, pois, esses processos de "desdobramentos", que se comunicam e se complementam, porquanto fruto de apurações/investigações colhidas anteriormente, desde a quebra do sigilo bancário – primeiro afastamento –, ora considerado ilegal.

E os elementos colhidos dessas quebras, somados às informações prestadas pelo COAF, justificaram decisão autorizadora da quebra de sigilo fiscal e interceptação do paciente, ocorrida mais de um ano depois da primeira quebra (Proc. 2007.37.00.0106178). Tal situação fica clara na referida decisão. Vejamos alguns trechos (fl. 162):

Trata-se de pedido de
a) quebra de sigilo fiscal de JOSÉ ODILON SOARES FILHO (CPF 008.341.063-53), sócio da São Luis Factoring e Fomento Mercantil LTDA e de MARCO AURÉLIO BASTOS CAVALCANTI (CPF nº 095.363.104-49), contador do grupo Imirante, bem como das empresas que ambos participem do quadro societário.
[...]

Deferida a quebra do sigilo bancário e de posse das informações, a autoridade policial observou movimentação suspeita na empresa SÃO LUIS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA, como se vê (...)

Tais conclusões serviram para embasar decisão deste juízo pela ampliação da quebra de sigilo bancário para inclusão da empresa SÃO LUIS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA, tendo sido consignados os seguintes termos:(...)

Quanto ao pedido de interceptação telefônica, apenas são incluídos novos terminais, pertencentes a pessoas, cuja quebra de sigilo já foi autorizada nos autos do processo n. 2007.1750-7, cuja decisão faz constar.

O presente pedido se dá em complementação às investigações já em curso perante este Juízo, como se expõe.

[...]

Ora, em relação às provas ilícitas, nosso ordenamento jurídico adotou o sistema da inadmissibilidade das obtidas por meios ilícitos, ou seja, toda e qualquer prova nessa situação não poderia, em tese, nem sequer ingressar nos autos, conforme o disposto nos arts. 5º, LVI, da Constituição Federal e 157 do Código de Processo Penal.

E, na hipótese de vir a acontecer, ela deve ser excluída (*exclusionary rules*).

Consoante Luiz Francisco Torquato Avolio, a prova ilícita, em sentido estrito, pode ser definida como a "prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela CF e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade". (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas - interceptações telefônicas e gravações clandestinas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, pág. 43 – grifo nosso)

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*The fruit of the poisonous tree*) teve origem na Suprema Corte Americana, que adotou o entendimento de que os vícios da "árvore são transmitidos aos seus frutos", ou seja, havendo uma origem ilícita, como *in casu*, uma investigação eivada de inconstitucionalidade, toda a prova dela decorrente, mesmo que não ilícita em si, não poderá ser admitida, pois já estaria contaminada.

Aliás, o § 1º do art. 157 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008, admite a adoção da Teoria dos Frutos

da Árvore Envenenada, ressalvando a hipótese de não se comprovar o nexo de causalidade entre as provas derivadas e as ilícitas ou caso as derivadas possam ser obtidas por intermédio de uma fonte diversa das ilícitas.

Discute-se muito acerca da aplicabilidade da teoria ao Direito Pátrio. No entanto, o excelso Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, em brilhante voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa transcrevo a seguir:

PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL: AFIRMAÇÃO PELA MAIORIA DA EXIGÊNCIA DE LEI, ATÉ AGORA NÃO EDITADA, PARA QUE, "NAS HIPÓTESES E NA FORMA" POR ELA ESTABELECIDAS, POSSA O JUIZ, NOS TERMOS DO ART. 5., XII, DA CONSTITUIÇÃO, AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL; NÃO OBSTANTE, INDEFERIMENTO INICIAL DO HABEAS CORPUS PELA SOMA DOS VOTOS, NO TOTAL DE SEIS, QUE, OU RECUSARAM A TESE DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DECORRENTES DA ESCUTA TELEFÔNICA, INDEVIDAMENTE AUTORIZADA, OU ENTENDERAM SER IMPOSSÍVEL, NA VIA PROCESSUAL DO HABEAS CORPUS, VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE PROVAS LIVRES DA CONTAMINAÇÃO E SUFICIENTES A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO QUESTIONADA; NULIDADE DA PRIMEIRA DECISÃO, DADA A PARTICIPAÇÃO DECISIVA, NO JULGAMENTO, DE MINISTRO IMPEDIDO (MS 21.750, 24.11.93, VELLOSO); CONSEQUENTE RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO, NO QUAL SE DEFERIU A ORDEM PELA PREVALÊNCIA DOS CINCO VOTOS VENCIDOS NO ANTERIOR, NO SENTIDO DE QUE A ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - A FALTA DE LEI QUE, NOS TERMOS CONSTITUCIONAIS, VENHA A DISCIPLINÁ-LA E VIABILIZÁ-LA - CONTAMINOU, NO CASO, AS DEMAIS PROVAS, TODAS ORIUNDAS, DIRETA OU INDIRETAMENTE, DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NA ESCUTA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*), NAS QUAIS SE FUNDOU A CONDENAÇÃO DO PACIENTE.

(HC n. 69.912/RS, Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 25/3/1994)

Nesse mesmo sentido, cita-se precedente desta Turma, da lavra da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, *in verbis*:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. AÇÃO PENAL INSTAURAÇÃO. BASE EM DOCUMENTAÇÃO APREENDIDA EM DILIGÊNCIA CONSIDERADA ILEGAL PELO STF E STJ. AÇÕES PENAS DISTINTAS. IRRELEVÂNCIA. PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E SEGURANÇA JURÍDICA. 2. ILICITUDE DA PROVA DERIVADA. TEORIA

DA ÁRVORE DOS FRUTOS ENVENENADOS. DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM PROVA DERIVADA DA PROVA ILÍCITA. IMPOSSIBILIDADE. TRANCAMENTO. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão, estendendo, assim, os efeitos da presente ordem também ao co-réu na mesma ação LUIZ FELIPE DA CONCEIÇÃO RODRIGUES.

(HC n. 100.879/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 8/9/2008 – grifo nosso)

Na mesma linha de entendimento, merecem destaque, ainda, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPÚBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: ESCOBEDO V. ILLINOIS (378 U.S. 478, 1964); MIRANDA V. ARIZONA (384 U.S. 436, 1966), DICKERSON V. UNITED STATES (530 U.S. 428, 2000). CASO MIRANDA V. ARIZONA: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "MIRANDA WARNINGS", "MIRANDA RULES" OU "MIRANDA RIGHTS". DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE NÃO É OBRIGADO A PRODUIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI MESMO, E DE QUE PODE PERMANECER EM SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA.

INVESTIGADA NÃO COMUNICADA, NA HIPÓTESE, DE TAIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS. FORNECIMENTO DE MATERIAL GRAFOTÉCNICO PELA PACIENTE, SEM O CONHECIMENTO DE QUE TAL FATO PODERIA, EVENTUALMENTE, VIR A SER USADO PARA FUNDAMENTAR FUTURA CONDENAÇÃO. LAUDO PERICIAL QUE EMBASOU A DENÚNCIA. PROVA ILÍCITA. TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (FRUITS OF THE POISONOUS TREE). ORDEM CONCEDIDA.

[...]

6. Evidenciado nos autos que a Paciente já ostentava a condição de investigada e que, em nenhum momento, foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial, o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude da única prova que embasou a condenação. Contaminação do processo, derivada da produção do laudo ilícito. Teoria dos frutos da árvore envenenada.

7. Apenas advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006).

8. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia com base em outras provas.

(HC n. 107.285/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 7/2/2011 – grifo nosso)

Assim, não há outro caminho a não ser a descontaminação da investigação, expurgando-se dos autos todos os elementos colhidos em desconformidade com a lei, inclusive aqueles decorrentes da interceptação telefônica que tiveram como fundamento de pedir e decidir elementos obtidos em razão de quebras declaradas ilícitas.

Em decorrência das impropriedades longamente narradas, as provas obtidas por meios ilícitos, circunstância plenamente evidenciada, não podem mais figurar nos autos do inquérito, sendo certo que a Constituição Federal as repudiou, na dicção contida em seu art. 5º, LVI, ao estatuir como cláusula pétrea o princípio de que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

A propósito, cabe transcrever o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, ao assinalar, no RHC n. 90.376-3-RJ, Segunda Turma, DJ 3/4/2007:

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.

No mesmo sentido, o Ministro Ilmar Galvão nos deixou ensinamento preciso:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação de convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade em uma eficaz repreensão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em estado de direito democrático. A justiça penal não se realiza a qualquer preço. Existem, na busca da verdade, limitações impostas por valores mais altos que não podem ser violados, ensina Heleno Fragoso, em trecho de sua obra *Jurisprudência Criminal*, transcrita pela defesa. A Constituição brasileira, no art. 5º., inc. LVI, com efeito, dispõe, a todas as letras, que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

(Ação Penal n. 307-3-DF, DJ 13/10/1995)

Por fim, é mister consignar que, no caso em exame, inquestionável é o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, as quais não convescem, sob qualquer ângulo que seja apreciada a questão, porquanto manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelas autoridades responsáveis, ao arrepio da lei.

E, ainda, que deve o juiz estrita fidelidade à lei penal, dela não se podendo se afastar a não ser que inconsequentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade.

Dúvidas, portanto, inexistem de que as referidas provas estão irremediavelmente contaminadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica.

Reconheço, então, que os atos das autoridades apontadas como coatoras, **ante a clara ausência de motivação de que se ressentem, "não se ajustam aos padrões mínimos"** fixados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Tudo isso é dito para declarar a ilicitude da **quebra de sigilo bancário** (Proc. n. 2006.37.00006392- 9), **fiscal** (Proc. n. 2007.37.00.001750-7) e **de dados telefônicos** (Proc. n. 2007.37.00.001751-0) dos investigados, porquanto em desconformidade com os requisitos legais, quebras apoiadas em fundamentos genéricos e sem motivação idônea, impondo-se a extensão desta decisão a todas as demais medidas delas derivadas (Proc. n. 2007.37.00.010617-8) e outras porventura existentes, **reconhecida a impossibilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada.**

Posto isso, **concedo a ordem** para declarar nulas a quebra de sigilo bancário (Proc. n. 2006.37.00.006392-9), a de sigilo fiscal (Proc. n. 2007.37.00.001750-7) e a de dados telefônicos (Proc. n. 2007.37.00.001751-0), integrantes do **IPL n. 001/2007 - DFIN/DCOR**, porquanto autorizadas em desconformidade com os ditames legais e, por consequência, declarar igualmente nulas as provas em razão delas produzidas (Proc. n. 2007.37.00.010617-8), cabendo, ainda, ao Juiz do caso a análise de tal extensão em relação a outras, já que nesta sede, de via estreita, não se afigura possível averiguá-las; sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes.