

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO DE SOUSA PEREIRA

ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA FISCAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS
À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA: CONFLITOS E POTENCIAL
ANÁLISE À LUZ DE ALEXY

Brasília

2023

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB
FACULDADE DE DIREITO

TIAGO DE SOUSA PEREIRA

ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA FISCAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS
À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA: CONFLITOS E POTENCIAL
ANÁLISE À LUZ DE ALEXY

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília como
requisito parcial para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mamede Said Maia
Filho

Brasília
2023

TIAGO DE SOUSA PEREIRA

ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA FISCAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS
À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA: CONFLITOS E POTENCIAL
ANÁLISE À LUZ DE ALEXY

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Mamede Said Maia Filho
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Profa. Dra. Fernanda de Carvalho Lage
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

Prof. Dr. Wilson Roberto Theodoro Filho
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília

A minha mãe, Helena Jina, exemplo de força e serenidade, dedico este trabalho.

AGRADECIMENTOS

A Juliana Paulo Batista, pelo apoio incansável e companheirismo constante.

A Helena Jina de Sousa Pereira, pela revisão e sugestões ao texto.

À Faculdade de Direito da UNB, ambiente de excelência e acolhimento.

Ao meu orientador, professor Mamede Said, pelos conselhos e direcionamento.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar os potenciais conflitos entre a atividade de inteligência fiscal desenvolvida pela Receita Federal do Brasil (RFB), que usa métodos e técnicas intrinsecamente invasivos para a obtenção de informações negadas ao Estado, e os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Na consideração de que o conflito em análise se situa mais ao campo principiológico que subsuntivo, o trabalho busca investigar a aplicabilidade da teoria do sopesamento de Robert Alexy. Para tanto, realiza-se breve revisão sobre o pensamento do autor, com a explicitação de sua fórmula do peso e a análise de aplicações doutrinárias e jurisprudenciais tanto do princípio do sopesamento quanto da fórmula em si mesma considerada. As aplicações encontradas aduzem haver pouca aplicabilidade ampla e completa do sopesamento, e as referências ao método mostram-se mais numa esfera genérica, abstrata. Por fim, o texto se detém na análise de elementos jurisprudenciais dos tribunais superiores, com a constatação de que há relativa previsão normativa no que tange ao uso de técnicas de inteligência na atividade investigativa, mas maior insegurança no que diz respeito à atividade de inteligência propriamente dita.

Palavras-chave: Inteligência fiscal, direito à intimidade e à vida privada, Alexy.

ABSTRACT

Monography that aims the analysis of the potential conflicts involving the fiscal intelligence activity developed by Brazilian Federal Revenue (Receita Federal do Brasil), which uses methods and techniques intrinsically invasive to obtain denied information to the State, and constitutional rights to intimacy and private life. Since the conflict under analysis is more related to principles colliding than to formal subsumption, this work investigates the possible use of Alexy's balancing method. Therefore, a brief revision of Alexy is executed with the scrutiny of the weight formula, as well as the revision of doctrine and judicial precedents that use Alexy's balancing and the weight formula. The analyzed applications indicate sparse applicability of the formula – especially thoroughly or profoundly. The references to the method turned out to be situated on a generic, abstract level. Finally, analysis of precedents from Brazilian superior courts demonstrates that there is relatively legal prevision of intelligence methods used on the investigative activity, but far less legal security in what concerns to the intelligence activity per se.

Keywords: Fiscal Intelligence, Constitutional rights to intimacy and private life, Alexy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E A RECEITA FEDERAL DO BRASIL 11	
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E VALORAÇÃO DE ALEXY	14
3. INTELIGÊNCIA FISCAL	21
4. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.....	36
CONCLUSÕES	45
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

A Receita Federal do Brasil (RFB) tem dentre suas atribuições legais a administração dos tributos internos e do comércio exterior; a gestão e execução das atividades de arrecadação, lançamento, cobrança administrativa, fiscalização, pesquisa e investigação fiscal e controle da arrecadação administrada; a gestão e execução dos serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiro; e a repressão ao contrabando e descaminho, no limite da sua alçada (Brasil, 2023a). No desempenho de sua atividade central – a arrecadação de tributos que se revertem em recursos necessários à ação estatal – a RFB lida diuturnamente com informações pessoais dos contribuintes que são apresentadas ao Fisco, em mitigação do direito à privacidade. A justificativa, nesse caso, é de que o Estado, ou, em última medida, a população como um todo, necessita dos recursos tributários para execução de série de serviços públicos, demandando essa mitigação. O conflito entre os direitos é amenizado pelo rigoroso tratamento dos dados, que são considerados “sob sigilo fiscal”: construção consuetudinária usada pelos fiscos para se referir a essas informações. Diz-se que nesse caso não há propriamente uma quebra do sigilo, mas sua extensão à autoridade tributária, que precisa conhecê-los por conta do já mencionado interesse estatal.

Dentre as diversas competências complementares à arrecadação, as atividades de pesquisa e investigação fiscal integram o que se denomina de *Inteligência Fiscal*. Em definição bem resumida, pode-se dizer que inteligência fiscal é “a atividade de reunir informações com a finalidade de assessorar a administração tributária no planejamento e execução de suas atribuições legais, particularmente no combate à sonegação fiscal, à evasão fiscal, ao contrabando e ao descaminho” (CIAT, 2006, p.7). As mencionadas informações envolvidas na execução da atividade de inteligência fiscal incluem, além das informações protegidas por sigilo fiscal, informações usualmente chamadas de “dado negado”: aquelas não declaradas pelo contribuinte à RFB, e obtidas por meio de práticas e técnicas específicas, com tal finalidade. Assim, existe um conflito ainda mais acentuado do que o usual choque que envolve o interesse público na arrecadação de tributos e o direito fundamental dos contribuintes à privacidade. Este trabalho tem por objetivo a análise dos princípios e

direitos conflitantes nessa relação, examinando a aplicabilidade e o possível uso da abordagem de Robert Alexy com o sopesamento entre princípios colidentes em casos concretos (Alexy, 2015) e a verificação, pelos tribunais superiores pátrios, de casos de colisão entre os citados princípios.

1. A ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E A RECEITA FEDERAL DO BRASIL

A tributação é anterior ao conceito de Estado, e é possível concluir que seu surgimento, em formas rudimentares, se dá desde que houve atividades não diretamente ligadas à subsistência nas sociedades simples. Líderes religiosos, guerreiros ou soldados organizados, com competências de orientação político-espiritual e proteção, precisavam ser alimentados, já que não produziam nem tinham parte na atividade de coleta e plantio de alimentos. Assim, cada membro da sociedade rudimentar voltado à usual atividade de coleta e agricultura cedia parte de sua produção para alimentar aqueles que não produziam para si, mas tinham outras funções relevantes no grupo social. Alguma forma de tributação esteve, também, intrinsecamente ligada à dominação (assim como o próprio conceito de Estado), seja de um povo sobre outrem (como no caso do notório *quinto* sobre a lavra de ouro, cobrado pela coroa portuguesa à irresignada colônia brasileira) ou de um superior sobre submissos, como era característico do feudalismo, sistema no qual os vassalos prestavam várias obrigações ao senhor feudal, fosse na forma de partilha da produção, de trabalho ou por pagamento de taxas. O sistema semelhante se manteve no Brasil rural até bem recentemente. Na segunda metade do século XX ainda era comum, no Nordeste do Brasil, a cessão, pelos moradores não-proprietários de terras, de parte de seu trabalho, parcela de sua produção agrícola e percentual (um quarto ou um quinto) dos animais que nasciam de seus rebanhos; em favor do proprietário da terra.

Qualquer Estado moderno, independente de especificidades em sua estrutura, tamanho ou orientação político-ideológica, depende de recursos para seu funcionamento e execução de quaisquer que sejam suas finalidades próprias – ou seja, do *bem público* (AZAMBUJA, 1983, p.123). Tais recursos provêm, em sua imensa maioria, da atividade de tributação. Como cita, ainda, Azambuja (1983, p.384): “para remunerar os indivíduos que estão ao seu serviço e para manter os serviços públicos que lhe compete realizar, o Estado precisa de recursos regulares, que somente pode obter dos cidadãos, mediante contribuições diversas: são os impostos e taxas”. Mais que simples captação de recursos, a tributação tem importante papel na consecução de uma finalidade fundamental dos Estados democráticos: a justiça

distributiva, a maior equidade entre seus cidadãos. Tal equidade se dá em duas vertentes básicas. A primeira se relaciona à destinação dos recursos e serviços, que deve ser voltada, no caso dos serviços públicos divisíveis, àqueles que mais necessitam do auxílio estatal. A segunda vertente se dá na captação dos recursos: cada membro do Estado deve contribuir conforme sua capacidade. No caso brasileiro, essa vertente está assentada em dispositivos constitucionais como o § 1º do art.145¹ ou como decorrência do inciso II do art.150² da Constituição Federal de 1988.

A arrecadação de recursos por meio da tributação, portanto, se dá como resultado de um processo que nasce de uma base principiológica constitucional, consubstancia-se mais estruturadamente na forma de leis ordinárias ou complementares, que instituem tributos com hipóteses de incidência, base de cálculo e alíquotas específicas que são detalhadas em nível operacional por meio de legislações infralegais diversas. Tal arcabouço subsiste puramente em nível jurídico-administrativo. Sua transferência ao mundo fático se dá com sua imposição, usualmente através da atividade administrativa denominada de lançamento tributário³, que cria um crédito tributário, no que concerne ao Estado, e uma obrigação de pagar no que concerne ao indivíduo.

Tal processo, se visto em sua completude, é raramente exercido com perfeição

¹ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (Brasil, 2023b)

² Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; (...) (Brasil, 2023b)

³ Definido conceitualmente no art. 142 do CTN como atividade administrativa plenamente vinculada, o lançamento mostra-se como procedimento de exigibilidade do tributo. Consuma-se em ato documental de cobrança, por meio do qual se pode quantificar (*quantum debeat*) e qualificar (*an debeat*) a obrigação tributária que lhe é preexistente. (SABAG, 2014, p.1285).

- definida como total atingimento a determinado objetivo e sob determinados princípios e regras. Assim, pretende-se que cada indivíduo de uma sociedade complexa, com atividades e expressões econômicas diversas, contribua segundo sua capacidade. Mas a legislação é usualmente imperfeita e incapaz de acompanhar o dinamismo econômico, social e tecnológico; o processo legislativo é sujeito a influências que tendem a diminuir tal equidade; a legislação infralegal segue as mesmas imperfeições. A operacionalização por instituições e agentes do Estado, por sua vez, também é imperfeita, sujeita a escassez de recursos financeiros e humanos, propensa à própria condição humana de imperfeição de seus agentes etc.

Por outro lado, a contraparte dessa relação – o contribuinte, indivíduo físico ou jurídico – nem sempre tem capacidade ou interesse de executar as diversas atividades a si previstas no citado nível jurídico-administrativo. Mais que isso, uma parcela desses indivíduos move-se ativamente para não contribuir conforme prescrito em tal arcabouço. Cabe ao Estado tentar atingir, ainda que utopicamente, a real equidade no que toca à contribuição de cada indivíduo componente da sociedade. A relação de interesses coletivos/estatais e individuais, assim, transita entre cooperação e conflito. Uma parcela da relação conflituosa existe na forma de choque entre direitos fundamentais da sociedade (serviços estatais) e do indivíduo (privacidade), como se demonstrará posteriormente.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E VALORAÇÃO DE ALEXY

Alexy (2015) apresenta três dimensões para a ciência do direito: analítica, empírica e normativa. A dimensão analítica aborda o sistema, as relações entre normas, conceitos, as construções jurídico-argumentativas etc. A dimensão empírica relaciona-se ao fato de que ao se operar um sistema de justiça aplica-se o direito positivamente válido usando-se, para tanto, premissas empíricas no processo. A dimensão normativa tem por questão central a determinação da decisão correta, em um caso concreto, a partir do direito positivo válido – que por muitas vezes é incapaz de ser perfeitamente aplicado aos elementos fáticos, tornando necessário algum tipo de valoração pelo tomador da decisão (Alexy, 2015, p. 35). No caso da operação de tal ciência como sistema de justiça, e especialmente ao se abordarem direitos fundamentais, Alexy (2021, p.3) cita que “a aplicação racional de direitos fundamentais necessariamente pressupõe uma análise de proporcionalidade”. Tal fato está intrinsicamente ligado à distinção entre regras e princípios. As regras são comandos definitivos, e portanto com aplicação através da subsunção⁴ e exatidão entre regra-subsunção-cumprimento. “Os princípios, em contraste, seriam *requerimentos de otimização*. Como tais, eles demandam que algo seja efetuado *na máxima extensão possível dadas as possibilidades legais e fáticas*”⁵ (ALEXY, 2021, p.2). Peixoto (2015, p.7) cita que muitas decisões judiciais têm se apoiado nas regras e etapas argumentativas e na ponderação de princípios indicando referência na teoria de Alexy.

Alexy (2015, p.116), ao equiparar princípios a requerimentos de otimização, conclui uma conexão necessária entre princípios e proporcionalidade. Define, assim,

⁴ Segundo Barroso, a subsunção envolve a identificação, a partir da análise de uma situação de fato, da norma aplicável, com posterior raciocínio de natureza silogística sobre a premissa maior (normal), e premissa menor (fatos) para que se chegue a uma conclusão (consequência do enquadramento dos fatos à norma). Conclui o autor que “esse método tradicional de aplicação do Direito, pelo qual se realiza o enquadramento dos fatos na previsão da norma e pronuncia-se uma conclusão, denomina-se método subsuntivo” (Barroso, 2010, p. 297).

⁵ No original: *By contrast, principles are optimization requirements. As such, they demand that something be realized 'to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities'*. (tradução nossa).

o que intitulou como máxima da proporcionalidade⁶. A máxima da proporcionalidade subdivide-se em três componentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação preclui a adoção de meios que obstruam determinado princípio em colisão sem sequer promover ou maximizar o outro. Alexy (2021, p.3) considera raros os casos de declaração de inconstitucionalidade por motivo de falta de adequação. O subcomponente da necessidade, bem mais comum, segundo o autor, exige que, dadas duas possíveis maneiras de promover um direito fundamental que colida com outro, seja escolhida aquela que menor impacto cause neste outro direito fundamental colidente. O componente da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe otimização em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. A otimização é executada conforme o que Alexy denomina de lei do sopesamento (ALEXY, 2015, p. 168):

Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.

O autor conclui que o notório sopesamento é precisamente o processo de se otimizar os princípios colidentes. Primeiramente avalia-se o impacto negativo de determinada medida em um dos princípios. Em seguida avalia-se o quanto tal medida é efetiva na satisfação do outro princípio. Finalmente, é julgado se o impacto no princípio preterido é justificado pela importância da satisfação do princípio favorecido.

Alexy (2021)⁷ propõe uma estrutura formal para a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (isto é, para a lei do sopesamento), através do que denomina de fórmula do peso. A estrutura matemática seria, segundo o autor, um aprofundamento natural e necessário para aplicação prática da máxima da proporcionalidade. Segundo a fórmula, o peso relativo W_{ij} entre determinado princípio P_i em colisão com outro princípio P_j seria o resultado do quociente entre os produtos da intensidade I , da

⁶ O original *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* é traduzido no inglês como “*Principle of Proportionality*”. Na tradução para o português (ALEXY, 2015), Virgílio Afonso da Silva optou pelo termo “Máxima da Proporcionalidade”, possivelmente pelo motivo do termo homônimo à tradução mais literal já ser consagrado no direito administrativo brasileiro para descrever a necessária “proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar” (DI PIETRO, 2014).

⁷ Também, de maneira menos matematicamente elaborada, no pós-fácio em (ALEXY, 2015, p. 604).

intervenção proposta em cada princípio; do peso abstrato W , de cada princípio; e do grau de confiança R nas premissas sobre o impacto das medidas em análise, em relação aos princípios colidentes. Em notação de equação:

Figura 3 – Expressão matemática do sopesamento de Alexy

$$W_{ij} = \frac{I_i \times W_i \times R_i}{I_j \times W_j \times R_j}$$

Fonte: elaborado pelo autor com base em Alexy (2021).

Assim, pode-se imaginar hipotético evento em que houvesse uma colisão entre o direito à liberdade de expressão (P_j) e o direito à saúde (P_i). Em um julgamento sobre determinada medida para restrição à liberdade de expressão – por exemplo, a retirada de notícias sobre vacinas em redes sociais, tidas como falsas, com potencial resultado de menor taxa de comparecimento da população a postos de saúde, para se vacinar. Cada variável poderia assumir valores ponderados entre 0 e 10 (aqui definidos arbitrariamente), como:

- I_i – Impacto da proibição no direito à saúde: 6;
- W_i – Peso abstrato do direito à saúde: 10;
- R_i – Confiabilidade das premissas em relação ao impacto medida de retirada e proibição de *fakenews* nas redes sociais sobre o direito à saúde: 4;
- I_j – Impacto da proibição no direito à liberdade de expressão: 4;
- W_j – Peso abstrato do direito à liberdade de expressão: 8;
- R_j – Confiabilidade das premissas em relação ao impacto da medida de

retirada e proibição de *fake news* nas redes sociais sobre o direito à liberdade de expressão: 6.

Como resultado dos valores assumidos, o peso relativo W_{ij} entre o direito à saúde e à liberdade de expressão seria de 1,25. O valor acima de 1 indica que haveria favorecimento à medida, ou privilégio do direito à saúde em detrimento do direito à liberdade de expressão, nesse caso concreto. Avaliando o mesmo exemplo, mas de maneira inversa: do ponto de vista do peso relativo entre direito à liberdade de expressão e o direito à saúde; chega-se a um resultado $W_{ij} = 0,8$. Ou seja, o direito à liberdade de expressão teria peso relativo menor do que 1, indicando desfavorecimento em relação ao direito à saúde. A medida de retirada de *fake news*, sob qualquer ponto de vista, seria favorecida.

Alexy (2021) reconhece a dificuldade na transformação de um conflito fático e de direitos, discursivo em sua natureza, numa questão matemática. Ele propõe, como uma forma de objetivar a infinitude de possibilidades numéricas na gradação dos valores usados no sopesamento, o uso de uma escala discreta, geométrica, de três níveis para cada elemento. Assim, cada fator discursivo seria substituído por adjetivos pré-determinados, posteriormente transformados em potências de 2. O peso abstrato e a intensidade do impacto seriam, então, classificados como “leve”, “moderado” e “sério”; e o grau de confiança ou confiabilidade em “certo ou confiável”; “plausível” e “não evidentemente falso”; e esses valores seriam associados a 2^2 ; 2^1 ; e 2^0 ; ou seja, a 4, 2 e 1, respectivamente.

O próprio Alexy (2021, p.5) relaciona a série de críticas e objeções que surgiram em relação ao caráter formal da fórmula do peso⁸. O autor contra-argumenta que sua

⁸ *Matthias Jestaedt, for example, has objected to the Weight Formula on the ground that it “holds out the promise of a degree of certainty and precision in application which it is quite unable to keep”. “[I]ts claimed, or at least implied, precision is revealed to be a mere illusion, a methodological chimera”. Stavros Tsakyrakis speaks of “the myth of mathematical precision”, which must be rejected where “judicial reasoning” is concerned. Alexander Somek objects that the balancing model of principles theory does not go beyond “an analytically careful formalization of moral intuitionism”. And, just to mention a fourth voice, Kai Möller, in his book *The Global Model of Constitutional Rights*, begins with a juxtaposition of his theory as a “substantive moral approach . . . with a formal theory such as Robert*

teoria dos princípios, sopesamento implícito, seria mais que uma teoria simplesmente formal, e conectaria as dimensões formais e substantivas dos direitos fundamentais e das leis em geral⁹. Indo além, afirma que uma teoria puramente substantiva ignoraria toda estrutura relativa ao balanceamento de princípios em conflito, estando fatalmente sujeita a erros por falta de clareza conceitual, de um sistema para análise e de conclusividade argumentativa – afastando-se, portanto, de uma racionalidade necessária¹⁰. A conexão citada por Alexy (2021) se daria exatamente na construção da fórmula do peso (ou seja, na aplicação da máxima da proporcionalidade propriamente dita através do sopesamento) com a dimensão substantiva: a argumentação jurídica racional seria necessariamente usada para a definição dos pesos de cada elemento da equação.

Em sentido similar às ponderações de Alexy (2021), Pereira & Góes (2020) não somente conciliam o sopesamento de Alexy com o agir comunicativo de Habermas, mas indicam o instrumento do *amicus curiae* como necessário “canal comunicativo entre sociedade civil e STF, bem como na cooperação processual e necessidade de fundamentação, elementos indissociáveis de uma fidedigna aplicação do agir comunicativo no processo constitucional.” (PEREIRA & GÓES, 2020, p. 77).

Em sentido um pouco diverso, Simplício (2016) usa a fórmula do peso para apreciação do conflito entre os princípios do direito ao uso múltiplo (irrigação e industrial) e a prevenção ao esgotamento da água da bacia hidrográfica do rio Paracatu. A autora define, com certa concisão argumentativa, os quocientes da equação, concluindo que há, segundo o sopesamento de Alexy:

Uma relação de precedência condicionada, no caso concreto, do princípio da precaução sobre o princípio da garantia dos usos

Alexy's . . . theory of rights as principles or optimization requirements” (ALEXY, 2021, p. 5).

⁹ Embora, no caso das leis em geral, o autor admita as usuais regras de solução do conflito *aparente* (ALEXY, 2015, p. 93).

¹⁰ Tradução livre de: *It would be blind in all questions concerning the structure of balancing, and this defect would be a serious defect, for the structure of balancing is complex. Even the best substantive theory would always remain vulnerable to error for reasons of lack of conceptual clarity, lack of system, and lack of argumentative conclusiveness. Such a state of affairs would amount to a serious restriction of rationality* (ALEXY, 2021, p. 6).

múltiplos, podendo o Comitê decidir a questão considerando esse resultado, resguardando sempre os usos considerados prioritários. (Simplício, 2016, p. 446)

A autora acrescenta ainda que “apesar da possibilidade de ser antecedido por uma discussão racional, trata-se de um processo que apresenta subjetividade no que se refere à atribuição de peso às variáveis” (Simplício, 2016, p. 445).

Oliveira (2016) conclui, após extensa revisão bibliográfica, que apesar de frequentemente mencionada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), a máxima da proporcionalidade de Alexy tem servido mais que recurso retórico, justificando decisões previamente acolhidas, do que de efetivo recurso de racionalização das decisões jurídicas.

Analisa-se, agora, a potencial colisão entre direitos fundamentais da sociedade. Representada pelo Estado (equidade tributária) e o direito fundamental individual à privacidade. Um entendimento da valoração a ser realizada nos casos fáticos que este trabalho examina é especialmente oportuna, haja vista o conceito aberto – bem mais aproximado de princípios que de regras – em ambas as partes envolvidas na potencial colisão. Não só os direitos fundamentais individuais, nesse caso, são mais próximos a princípios que a regras abertas, mas também a ação usual do Estado, no caso específico. Ainda que observe, naturalmente, os *princípios* da administração pública como o da legalidade estrita, guarda significativa abertura e baixo nível de detalhe nos métodos e procedimentos operacionais, conforme se demonstrará.

Num braço do conflito de princípios a ser analisado situam-se diversos direitos prescritos no § 5º da Constituição Federal de 1988, especialmente incisos X a XII, aqui transcritos com grifos inseridos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - **são invioláveis a intimidade, a vida privada**, a honra e a

imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - **a casa é asilo inviolável do indivíduo**, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[...].

3. INTELIGÊNCIA FISCAL

Cumpra explicitar a acepção da expressão “Inteligência fiscal” aqui utilizada, dada a amplitude de significados que ela pode adotar. “Inteligência” é palavra de uso corriqueiro, com diversos significados e vertentes. No entanto, normalmente associado à capacidade mental, ao bom raciocínio ou à retenção de informações e conhecimentos. Quando se refere a organizações, “inteligência” continua tendo significado amplo (Pereira, 2023, p. 27). A expressão “business intelligence”, usualmente mantida como anglicismo, relaciona-se a métodos e processos de coleta de grande quantidade de dados; e seu tratamento e apresentação de tal forma a gerar percepções úteis na tomada de decisão (CARDOSO; SU, 2022, p.1). “Inteligência fiscal” é um termo por vezes usado em acepção semelhante à de business intelligence, especificamente aplicada à conformidade tributária de organizações (FERREIRA et al., 2021).

Inteligência, entretanto, especialmente no âmbito da defesa do Estado e para agências e organizações envolvidas em tal defesa, pode ser definida como “atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1999). Apesar desse conceito de inteligência já descrevê-la como atividade, há também definições legais sobre a *atividade de inteligência* que, taxativamente, incluem como necessário à sua execução o exercício de ações especializadas: “Atividade de Inteligência: exercício permanente de ações especializadas, voltadas para a produção e difusão de conhecimentos, com vistas ao assessoramento das autoridades governamentais nos respectivos níveis e áreas de atribuição, para o planejamento, a execução, o acompanhamento e a avaliação das políticas de Estado.” (BRASIL, 2016).

Análise de inteligência criminal, por sua vez, pode ser descrita como uma “filosofia da abordagem investigativa de crimes e criminosos através do uso da inteligência e informações coletadas sobre ambos” (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2011, p. 13). Há agências policiais ou de aplicação da lei que utilizam o termo “análise estratégica” como aquela realizada para suporte direto das

formulações de políticas institucionais, e “inteligência estratégica”, decorrente desta análise estratégica, com significado semelhante ao da inteligência criminal, mas com ênfase em seu caráter estratégico por “identificar classes de ameaças e riscos à segurança e ordem pública, de maneira que as organizações podem formular adequadamente políticas efetivas, programas e planos de combate à atividade criminal” (MCDOWELL, 1997, p.8) .

Mingardi (2007) atenta para a usual confusão entre as atividades de inteligência e de investigação. Esta usa algumas técnicas advindas da atividade de inteligência para obtenção de informações, como escutas telefônicas ou vigilâncias, mas ambas as atividades não se confundem. O autor se baseia no citado conceito da Lei nº 9.883/99 (BRASIL, 1999), de inteligência de Estado, para definir inteligência criminal como assemelhada, mas com foco na obtenção, análise e disseminação de conhecimentos que auxiliem na tomada de decisão na área de segurança pública. Além disso, os meios de obtenção de informações de inteligência criminal são bem mais limitados que os da inteligência de Estado.

No âmbito do presente trabalho, finalmente, “inteligência fiscal” adota a terminologia das administrações tributárias – inteligência criminal ou estratégica aplicada à atividade de fiscalização tributária –, e pode ser conceituada como “a atividade de reunir informações com a finalidade de assessorar a administração tributária no planejamento e execução de suas atribuições legais, particularmente no combate à sonegação fiscal, à evasão fiscal, ao contrabando e ao descaminho” (Centro Interamericano de Administração Tributária - CIAT, 2006, p.7). As administrações tributárias têm instituído unidades de inteligência fiscal com o intuito de buscar a melhor forma de adquirir, analisar e utilizar informação para melhorar a atividade de fiscalização, além de melhorar a relação institucional com outras instituições estatais como as polícias judiciais e os ministérios públicos (SCHAAN, 2020, p.193). Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, México, Países Baixos, Peru e República Tcheca são exemplos de países que têm unidades de inteligência fiscal em suas administrações tributárias(CIAT, 2006, p. 59). É natural que as unidades de inteligência desenvolvam, também, investigações, dada a interseção entre as atividades e suas técnicas operacionais (Centro Interamericano de Administração Tributária (CIAT), 2006, p.20) (Mingardi, 2007, p.54).

Um resumo simplificado do conceito de inteligência fiscal aqui utilizado, assim como dos conceitos correlatos basilares, está exposto no quadro 01.

Quadro 01: conceito de inteligência fiscal e seus elementos-chave.

Conceito	Elemento-Chave
Inteligência estratégica	Obtenção, análise e disseminação de conhecimentos sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.
Atividade de Inteligência	Exercício permanente de ações especializadas para geração de inteligência.
Inteligência fiscal	Atividade de inteligência voltada à tomada de decisão da administração tributária e à investigação de ilícitos tributários e correlatos.

Fonte: elaborado pelo autor com base em CIAT, (2006), Mingardi, (2007), Mcdowell, (1997) e United Nations Office on Drugs and Crime (2011).

De maneira geral, a relação Estado – indivíduo, no que tange à tributação, se dá sem maiores conflitos. Os instrumentos utilizados (desconto tributário em folha, contabilidade eletrônica compartilhada com o fisco em tempo real, notas fiscais eletrônicas etc.) diminuem potenciais conflitos. Instrumentos bem conhecidos e facilmente impostos tornam a relação, se não amistosa, pelo menos resignada. Essa realidade tende a ser diferente na relação entre o Estado e um grupo específico de contribuintes, disposto a não estar conforme e, usualmente, lançando mão de práticas que dificultam a imposição da tributação pelo simples uso de instrumentos automáticos por parte do Estado. Trata-se do grupo de indivíduos situado no topo da *pirâmide de conformidade tributária*.

Uma abordagem da atuação fiscal desenvolvida inicialmente na Austrália e amplamente utilizada subdivide os contribuintes de acordo com sua atitude em relação à propensão à conformidade tributária, numa distribuição que ficou conhecida como *modelo de conformidade tributária* da administração tributária australiana, Australian Taxation Office (MURPHY ET AL., 2005, p.5). Segundo o modelo, os contribuintes podem ser divididos em quatro subgrupos: “disposto à conformidade”, “tenta estar conforme, mas nem sempre consegue”, “não deseja estar conforme” e “está decidido a não estar conforme”. Como a denominação aduz, cada subgrupo tem um comportamento predominante em relação à conformidade tributária. Para cada comportamento, a administração tributária deve adotar uma abordagem específica.

Assim, o grupo “determinado a fazer a coisa certa”, que ativamente procura a conformidade tributária, deve receber facilidades por parte da administração tributária nesse sentido. O grupo que até tenta, mas nem sempre consegue estar em conformidade, deve ser auxiliado a cumprir com suas obrigações tributárias. O que não deseja estar em conformidade deve ser dissuadido por detecção – caso, por exemplo, da notória “malha fina” do Imposto de Renda da Pessoa Física. O último grupo, usualmente minoria numérica, situando-se no pico da pirâmide, tem a firme decisão de não estar em conformidade, agindo ativamente para tanto. É o grupo que lança mão de fraudes, esquemas elisivos, documentos falsos etc. para não pagar os tributos devidos. Esse grupo deve ser confrontado com todo o rigor da lei. A figura 1 ilustra a distribuição dos contribuintes segundo a disposição à conformidade e o respectivo tratamento estatal frente a esta disposição.

Figura 1 – Pirâmide de conformidade tributária.



Fonte: elaborado pelo autor com base em Murphy & Centre for Tax System Integrity (2005).

Em relação aos tributos federais, a instituição precipuamente competente para administração de todo o sistema, desde o cadastro dos contribuintes, à constituição do crédito, recolhimento, fiscalização, acompanhamento do crédito, combate a ilícitos tributários e até a eminente inscrição em dívida ativa (esta realizada pela Procuradoria da Fazenda Nacional como ato contínuo ao encerramento do procedimento administrativo) é a RFB. No que tange aos ilícitos tributários, a Coordenação-Geral de Pesquisa e Investigação (Copei) é a estrutura, dentro da RFB, com atribuições regimentais para analisar dados e informações, gerando conhecimento de inteligência como suporte à tomada de decisões, para pesquisar preliminarmente e investigar mais profundamente, inclusive com o uso de técnicas e métodos específicos, agindo conjuntamente com organizações de persecução penal no esforço de combate a ilícitos e organizações criminosas.

Como se afirmou, o relacionamento Estado-contribuinte é relativamente pacificado na maioria dos casos. Como, por exemplo, por meio do afastamento do sigilo em relação a diversos dados aos quais a RFB tem acesso, como salário,

movimentação financeira, gastos médicos, notas fiscais etc. – sem mencionar aqueles dados fornecidos pelo próprio contribuinte em suas declarações. O potencial conflito, aí, é resolvido com dispositivos como o que convencionou chamar de *transferência* do sigilo fiscal: o sigilo das informações está mantido, tendo o agente do Estado simplesmente adentrado a circunscrição daquele. O Código Tributário Nacional (CTN) prevê em seu art. 197 uma modalidade de incursão, pelo Estado, na esfera íntima financeira da pessoa física ou jurídica, conforme aqui reproduzido (grifos inseridos):

Art. 197. Mediante intimação escrita, **são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham** com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

- I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;
- II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;
- III - as empresas de administração de bens;
- IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;
- V - os inventariantes;
- VI - os síndicos, comissários e liquidatários;
- VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Tal incursão é impedida de transformar-se em quebra, no desfazimento do sigilo, adotando tão somente o que se costuma nomear “transferência do sigilo”, no art. 198 que se segue:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001).

Em sintonia a tais dispositivos, a Portaria RFB nº 4820, de 19 de novembro de 2020 (Brasil, 2020), prevê em seus incisos I, II e III do art. 2º que:

Art. 2º São protegidas por sigilo fiscal as informações sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades, obtidas em razão do ofício para fins de arrecadação e fiscalização de tributos, inclusive aduaneiros, tais como:

I - as relativas a rendas, rendimentos, patrimônio, débitos, créditos, dívidas e movimentação financeira ou patrimonial;

II - as que revelem negócios, contratos, relacionamentos comerciais, fornecedores, clientes e volumes ou valores de compra e venda;

III - as relativas a projetos, processos industriais, fórmulas, composição e fatores de produção.

A proteção proporcionada pelo sigilo fiscal, nesse caso, tem por objeto os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada¹¹, sendo o agente do Estado obrigado a observar tais princípios.

A relativa pacificação entre os citados grupos de direitos e interesses ocorre na maioria dos casos, conforme já afirmado, mas apresenta-se bem mais frágil quando há choques entre interesses do Estado o de indivíduo do pequeno grupo situado no topo da pirâmide de conformidade. Este, decidido a não estar conforme, move-se ativamente para elidir obrigações, estrutura esquemas, omite evidências ou declarações, e organiza-se com outrem para ocultar expressões de renda ou patrimônio que seriam objeto de tributação, segundo a lei. Aquele, com o objetivo de alcançar valores significativos de arrecadação e promover a presença fiscal, coibindo as práticas elisivas adotadas e exercendo pressão no sentido da base da pirâmide, deve lançar mão de métodos que alcancem dados negados, elucidem condutas complexas e construam conjuntos probatórios robustos perante a administração tributária e o poder judiciário.

A relação Estado-contribuinte na base da pirâmide de conformidade é

¹¹ Alexandre de Moraes ensina que “intimidade” e “vida privada” são conceitos constitucionais com grande interligação, sendo que o primeiro tem menor amplitude, situando-se no âmbito de incidência do segundo. Dessa maneira, “intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos” (Moraes, 2016, p. 55).

usualmente abrangida pelo tradicional princípio da legalidade ou legalidade da administração pública. Os procedimentos estão relativamente bem detalhados na legislação legal e infralegal, de maneira que a ação estatal é bem assentada em previsão normativa. O conflituoso relacionamento no topo da pirâmide é, necessariamente, guiado por legislação generalista, que impõe limites e padrões, mas não detalha procedimentos. A complexidade da sociedade, tecnologia, serviços e da própria ação do Estado já impacta a tradicional legalidade estrita, mesmo para a base da pirâmide. Sobre isso, cita Schirato:

A legalidade inicialmente prevista no Direito francês, segundo o qual toda e qualquer atuação da Administração Pública deve ter expressa e clara previsão legal que determine seu conteúdo e seus limites, não nos parece remanescer aplicável hodiernamente, uma vez que a complexidade das relações sociais e a enorme gama de campos de atuação da Administração Pública parecem-nos impedir que haja previsão em lei formal de todas as hipóteses em que a Administração Pública tenha que agir. (Schirato, 2008, p. 509)

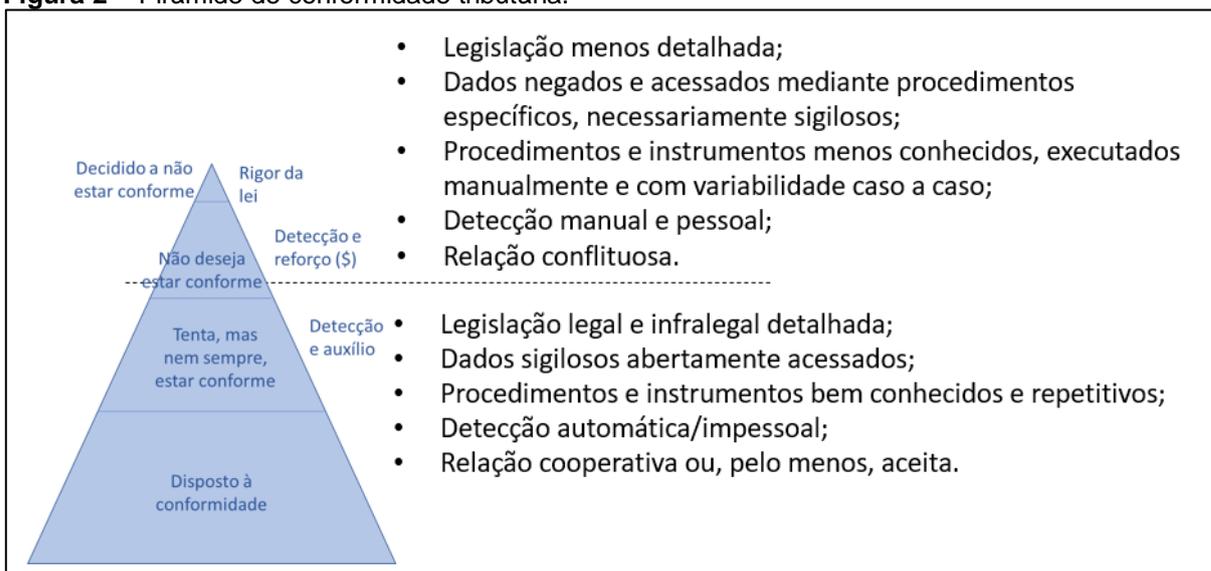
Como consequência intrínseca às características do contribuinte do topo da pirâmide de conformidade e dos instrumentos que o Estado necessariamente usará para chegar a tal contribuinte, é natural uma maior presença de colisões entre princípios antagônicos.

Especialmente no caso de operações de inteligência fiscal, há maior carga de conflito com base legal puramente principiológica. O Decreto 8.793, de 29 de junho de 2016, que dispõe sobre Política Nacional de Inteligência, define que (grifos inseridos):

A atividade de Inteligência exige o emprego de **meios sigilosos**, como forma de preservar sua ação, seus métodos e processos, seus profissionais e suas fontes. Desenvolve **ações de caráter sigiloso** destinadas à obtenção de dados indispensáveis ao processo decisório, indisponíveis para coleta ordinária em razão do **acesso negado** por seus detentores. Nesses casos, a atividade de Inteligência executa operações de Inteligência - realizadas sob **estrito amparo legal** -, que buscam, por meio **do emprego de técnicas especializadas**, a obtenção do **dado negado**. (BRASIL, 2016)

No singular parágrafo da definição dos meios da atividade de inteligência (e portanto, tanto utilizadas na atividade de inteligência *per si*, como nas atividades de investigação) há indicação do caráter aberto das partes, do potencial conflito e da necessidade de alguma valoração, nos casos fáticos, para decisões acerca do choque principiológico. Ações de caráter sigiloso, realizadas com o emprego de técnicas especializadas e meios sigilosos, são necessariamente pouco aprofundadas nas normas legais e infralegais. Ainda que observem o estrito amparo legal, é impraticável detalhar tais técnicas, por exemplo, como se detalha o passo a passo da análise de uma declaração de imposto de renda ou da eventual glosa em cálculos de lucro real. As técnicas assentam-se em doutrina necessariamente sigilosa, de acesso restrito àqueles que efetivamente devem conhecê-la. Por outro lado, elas são utilizadas exatamente para obtenção de conhecimento de dados negados – dados cujos detentores (nesse caso, os contribuintes) têm ativo interesse na prevenção de seu acesso por parte do Estado. Se, de maneira geral, a simples cognição do direito legislado não é suficiente para resolver muitos casos concretos de conflitos (Alexy, 2015, p. 34), os potenciais choques aqui são entre princípios abertos (direito à intimidade) e direito positivo vago. A figura 2 explana o panorama dos conflitos e sua potencialidade na relação indivíduo e Estado, conforme a pirâmide de conformidade tributária.

Figura 2 – Pirâmide de conformidade tributária.



Fonte: elaborado pelo autor com base em Murphy & Centre for Tax System Integrity (2005).

Algumas técnicas que são comuns à atividade operacional de inteligência e à atividade de investigação criminal estão, em relação a essa última, relativamente bem detalhadas na legislação. É o caso, por exemplo, da Lei 12.850/2013 (BRASIL, 2013), de combate às organizações criminosas, que prevê em seu art. 3º meios de obtenção de prova:

Art. 3º Em qualquer fase da **persecução penal**, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

- I - colaboração premiada;
- II - **captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;**
- III - **ação controlada;**
- IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- VII - **infiltração, por policiais, em atividade de investigação**, na forma do art. 11;
- VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

§ 1º Havendo necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória, poderá ser dispensada licitação para contratação de serviços técnicos especializados, aquisição ou locação de equipamentos destinados à polícia judiciária para o rastreamento e obtenção de provas previstas nos incisos II e V. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

Sobre a ação controlada, a referida Lei prescreve em seu art. 8º:

Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

§ 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será **previamente comunicado ao juiz competente** que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.

§ 2º A comunicação será sigilosamente distribuída de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetuada.

§ 3º Até o encerramento da diligência, o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações.

§ 4º Ao término da diligência, elaborar-se-á auto circunstanciado acerca da ação controlada.

Detalhamentos sobre a infiltração de agentes estão contidos no art. 10 a 14:

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, **será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.**

§ 1º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º e **se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis.**

§ 3º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, desde que comprovada sua necessidade.

§ 4º Findo o prazo previsto no § 3º, **o relatório circunstanciado será apresentado ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público.**

§ 5º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público poderá requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

Art. 10-A. Será **admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais**, obedecidos os requisitos do caput do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, **desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas.** (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para efeitos do disposto nesta Lei, consideram-se: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - dados de conexão: informações referentes a hora, data, início, término, duração, endereço de Protocolo de Internet (IP) utilizado e terminal de origem da conexão; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - dados cadastrais: informações referentes a nome e endereço de assinante ou de usuário registrado ou autenticado para a conexão a quem endereço de IP, identificação de usuário ou código de acesso tenha sido atribuído no momento da conexão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Na hipótese de representação do delegado de polícia, o juiz competente, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º Será admitida a infiltração se houver indícios de infração penal de que trata o art. 1º desta Lei e se as provas não puderem ser produzidas por outros meios disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º A infiltração será autorizada pelo prazo de até 6 (seis) meses, sem prejuízo de eventuais renovações, mediante ordem judicial fundamentada e desde que o total não exceda a 720 (setecentos e vinte) dias e seja comprovada sua necessidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Findo o prazo previsto no § 4º deste artigo, o relatório circunstanciado, juntamente com todos os atos eletrônicos praticados durante a operação, deverão ser registrados, gravados, armazenados e apresentados ao juiz competente, que imediatamente cientificará o Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º No curso do inquérito policial, o delegado de polícia poderá determinar aos seus agentes, e o Ministério Público e o juiz competente poderão requisitar, a qualquer tempo, relatório da atividade de infiltração.

(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º É nula a prova obtida sem a observância do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-B. As informações da operação de infiltração serão encaminhadas diretamente ao juiz responsável pela autorização da medida, que zelará por seu sigilo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Antes da conclusão da operação, o acesso aos autos será reservado ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia responsável pela operação, com o objetivo de garantir o sigilo das investigações. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-C. Não comete crime o policial que oculta a sua identidade para, por meio da internet, colher indícios de autoria e materialidade dos crimes previstos no art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. **O agente policial infiltrado que deixar de observar a estrita finalidade da investigação responderá pelos excessos praticados.** (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 10-D. Concluída a investigação, todos os atos eletrônicos praticados durante a operação deverão ser registrados, gravados, armazenados e encaminhados ao juiz e ao Ministério Público, juntamente com relatório circunstanciado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Parágrafo único. Os atos eletrônicos registrados citados no caput deste artigo serão reunidos em autos apartados e apensados ao processo criminal juntamente com o inquérito policial, assegurando-se a preservação da identidade do agente policial infiltrado e a intimidade dos envolvidos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 11. O requerimento do Ministério Público ou a representação do delegado de polícia para a infiltração de agentes conterão a demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Parágrafo único. Os órgãos de registro e cadastro público poderão incluir nos bancos de dados próprios, mediante procedimento sigiloso e requisição da autoridade judicial, as informações necessárias à efetividade da identidade fictícia criada, nos casos de infiltração de agentes na internet. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 12. O pedido de infiltração será sigilosamente distribuído, de forma a não conter informações que possam indicar a operação a ser efetivada ou identificar o agente que será infiltrado.

§ 1º As informações quanto à necessidade da operação de infiltração serão dirigidas diretamente ao juiz competente, que decidirá no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após manifestação do Ministério Público na hipótese de representação do delegado de polícia, devendo-se adotar as medidas necessárias para o êxito das investigações e a segurança do agente infiltrado.

§ 2º Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente.

§ 3º Havendo indícios seguros de que o agente infiltrado sofre risco iminente, a operação será sustada mediante requisição do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, dando-se imediata ciência ao Ministério Público e à autoridade judicial.

Art. 13. O agente que não guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, responderá pelos excessos praticados.

Parágrafo único. **Não é punível, no âmbito da infiltração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa.**

Art. 14. São direitos do agente:

I - recusar ou fazer cessar a atuação infiltrada;

II - ter sua identidade alterada, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, bem como usufruir das medidas de proteção a testemunhas;

III - ter seu nome, sua qualificação, sua imagem, sua voz e demais informações pessoais preservadas durante a investigação e o processo criminal, salvo se houver decisão judicial em contrário;

IV - não ter sua identidade revelada, nem ser fotografado ou filmado pelos meios de comunicação, sem sua prévia autorização por escrito.

Duas conclusões podem ser rapidamente extraídas do teor da Lei (todos os grifos acima foram adicionados): ela aplica-se à *persecução penal*, conforme o caput do art. 3º; e os meios de obtenção de prova que se utilizam de técnicas comuns à atividade de inteligência são, necessariamente, precedidos de autorização judicial e executados mediante apertados instrumentos de controle.

Persecução penal ou criminal é o procedimento de apuração das infrações penais e sua respectiva autoria. Procedimento complexo dividido em duas grandes fases claramente delineadas: a investigação preliminar, comumente na forma de um inquérito policial, fase inquisitiva e preparatória para o processo penal, fase desencadeada pela propositura de ação penal perante o poder judiciário (Távora; Alencar, 2016, p. 127). Embora comumente consubstanciada no inquérito policial, a investigação preliminar ocorre, também, em inquéritos não policiais, conforme art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal (CPP). Há pelo menos 9 tipos de inquéritos não policiais, dentre os quais as investigações executadas por outros órgãos públicos, com objetivo de apurar, internamente ou em suas áreas de competência, peças de informação que “podem ser suficientes para a propositura de ação penal, eis que o inquérito policial é dispensável” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, p. 135)¹². Neste caso, decerto, há tanto a previsão normativa quanto as exigências de controle prévio – como a permissão judicial – em observação a direitos fundamentais individuais, o que tende a minimizar conflitos¹³.

¹² Com efeito, a RFB, representada pela Copei, tem realizado diversas investigações preliminares, tanto com instituições parecerias que não são polícias judiciárias, como os Ministérios Públicos Federal e Estaduais além de investigações preliminares *solo*.

¹³ Ainda que a Lei trate especificamente de combate a organizações criminosas, há a previsão de

A atividade operacional de inteligência, por outro lado, não tem uma coisa (detalhamento normativo) nem outra (prévia aprovação judiciária). A previsão normativa sobre a ação operacional de inteligência (inclusive fiscal) impõe quase que somente limites principiológicos¹⁴.

Há, aqui, uma segunda fonte de potenciais conflitos: se são as mesmas instituições, equipes e servidores que desempenham atividades de inteligência e investigação – atividades estas que partilham técnicas comuns e finalidades assemelhada –, é minimamente provável que haja sobreposição entre atividades operacionais de investigação e inteligência¹⁵.

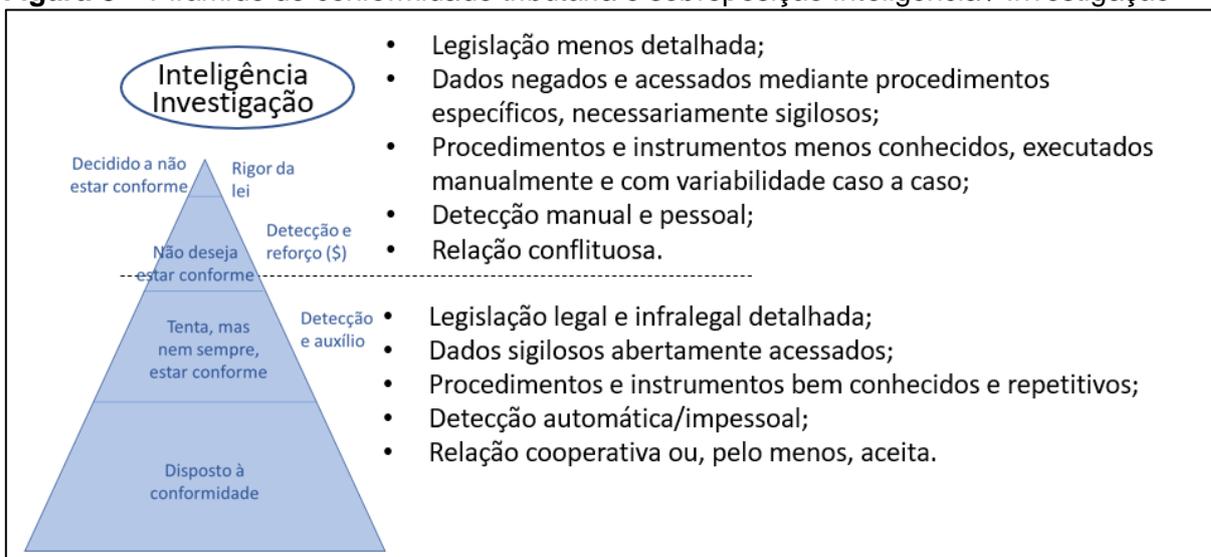
O panorama do objeto dos potenciais conflitos ficaria, portanto, atualizado conforme a figura 3, abaixo.

aplicação das medidas investigatórias em outros tipos penais, conforme voto do Ministro Relator Gilmar Mendes, no HC 147.837 RJ: *“Ainda que se sustente que os mecanismos excepcionais previstos na Lei 12.850/13 sejam cabíveis somente nas persecuções de delitos relacionados a organizações criminosas nos termos definidos pela referida legislação, não se pode negar que os procedimentos probatórios nela regulados devem ser respeitados, por analogia, em casos de omissão legislativa”*.

¹⁴ Daí a provável adequação de análise segundo uma teoria que considere o sopesamento entre princípios. Observa Oliveira que “o processo de subsunção estritamente formal não funcionava diante de enunciados dotados de elevada carga axiológica, baixa densidade normativa e alto grau de indeterminação e abstração. Nesse contexto, a interpretação constitucional viu-se na contingência de desenvolver técnicas capazes de produzir uma solução dotada de racionalidade e de controlabilidade diante de normas em colisão. Esses conflitos, que não podem ser solucionados pelas tradicionais formas hermenêuticas são os casos difíceis (hard cases) assim denominados porque comportam, em tese, mais de uma solução possível e razoável” (OLIVEIRA, 2016, p. 18).

¹⁵ Em especial (mas não exclusivamente) em forças policiais, há uma “equivocada ideia de que inteligência é sinônimo de investigação policial. Em que pese a existência de leis distinguindo ambas (inteligência e investigação), há segmentos discursando o contrário” (PATRÍCIO, 2006, p. 57). Também “podemos perceber que as semelhanças entre as técnicas operacionais de inteligência e as técnicas de investigação criminal podem ter contribuído para a compreensão errônea de que inteligência seria sinônimo de investigação” (Kraemer, 2015, p. 77–78).

Figura 3 – Pirâmide de conformidade tributária e sobreposição Inteligência / Investigação



Fonte: elaborado pelo autor com base em Murphy & Centre for Tax System Integrity (2005) e (Kraemer, 2015).

4. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Dadas as potenciais fontes de conflito: o choque de interesses por si, a falta de detalhamento normativo legal e infralegal e o compartilhamento de técnicas operacionais entre a atividade de inteligência e de investigação, analisar-se-ão, direta e indiretamente, julgamentos nos tribunais superiores que versaram sobre o conflito em análise.

Romão (2019) analisou a técnica operacional de “infiltração de agente”, utilizando para tanto um caso emblemático, o HC nº 147.837/RJ¹⁶. Os protestos contra o *status quo*, sem uma agenda ou lideranças definidas, que ocorreram no ano de 2013 acabaram por desaguar numa série de atos violentos e de depredação geral, perpetrados por grupos que ficaram conhecidos como *black blocs*. Um policial lotado na Força Nacional, em operação que ocorria no RJ, participou em vários protestos, misturando-se, desuniformizado, aos manifestantes. Filmou e repassou em tempo real, ao comando, os movimentos dos protestantes. Escutou e repassou informações. Quando perguntado, afirmou que ali estava para coletar material para um trabalho de curso em gestão pública. Chegou a ser convidado para participar de grupo criptografado de conversas online, onde atos violentos eram agendados. Posteriormente, em depoimento ao juízo, o policial afirmou que em determinado dia o movimento estava pacífico até incitação realizada por um dos acusados, paciente do *habeas corpus*.

“Em julho de 2014, a 27ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro recebeu denúncia do Ministério Público local em face de vinte e três denunciados por associarem-se para o fim específico de cometer os crimes de dano (depredação do patrimônio privado – agências bancárias, lojas e veículos – e público ou de concessão pública, com destruição de mobiliário urbano e incêndio de ônibus), resistência (arremesso de pedras e artefatos incendiários principalmente contra agentes de segurança pública), lesões

¹⁶ Ação Penal nº 0229018-26.2013.8.19.000 do TJRJ, 27ª Vara Criminal Comarca da Capital; HC nº 0066300-51.2014.8.19.0000 no TJRJ; e no STJ RHC nº 57.023/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; 6ª Turma.

corporais, posse de artefatos explosivos (bombas de fabricação artesanal) e corrupção de menores (incentivo à participação de adolescentes nas condutas anteriores)” (ROMÃO, 2019, p. 88).

A defesa de um dos réus alegou, na primeira instância, ilicitude de prova devido à sua origem: infiltração sem autorização judicial. O juízo de primeira instância julgou não haver infiltração pelo fato de que o agente não esteve em locais privados ou se tornou membro simulado da facção que figurava no polo passivo da ação.

A defesa apresentou argumentos semelhantes em recurso à segunda instância. A 7ª Câmara Criminal negou provimento com argumentos semelhantes ao do juízo de primeira instância, salientando que “os réus foram denunciados pela prática do crime de associação criminosa (artigo 288, Código Penal) e não pelo crime de organização criminosa (Lei nº 12.850/2013)”.

A defesa impetrou, então, recurso ordinário ao STJ, adicionando às alegações que o acórdão da 7ª Câmara Criminal do Estado do Rio de Janeiro tratou uma infiltração ilícita de agente policial como uma simples atividade de Inteligência, e sustentou, ainda, que o único elemento de convicção contra um dos réus era parte do depoimento desse agente policial que mencionou a participação do denunciado como liderança dos grupos violentos, o que serviu de base à acusação criminal formulada.

O Ministro Relator votou pela negação ao provimento do recurso com entendimento semelhante ao da 1ª instância. O Ministro Rogerio Schietti Cruz, entretanto, apresentou voto divergente após pedir vista.

“Mencionou inicialmente que a atividade do agente infiltrado, consubstanciada em método secreto de investigação de delito, traduz dilema ético que envolve a adoção da atual política de segurança pública contra a criminalidade organizada, a exigir que essas novas formas de investigação passem pelo filtro de ponderação frente aos direitos fundamentais. Ressaltou que uma leitura apressada da legislação e da doutrina poderia sugerir que o ordenamento jurídico pátrio admite a infiltração apenas de agentes policiais, o que, segundo o Ministro, não é verdade, pois a infiltração é apenas um método de trabalho, comum tanto à atividade de Inteligência, quanto às investigações criminais, e salientou que a lei veda a infiltração de agentes de Inteligência no âmbito de investigação criminal”. (grifos inseridos) (Romão, 2019, p. 90).

O Ministro ressalta em seu voto-vista que a “**atuação do agente infiltrado limita inúmeros direitos fundamentais simultaneamente: a intimidade, o segredo das comunicações e a inviolabilidade do domicílio**”, concluindo que a “necessidade de exigir que essas novas formas de investigação **passem pelo filtro de ponderação frente aos direitos fundamentais**, mesmo porque é de difícil sustentação ética o recurso estatal a meios tão invasivos de prova, em que, como o ora analisado, a ação de agente público se desenvolve com o recurso ao engodo, à dissimulação e à mentira” (grifos inseridos) (Superior Tribunal de Justiça, 2017).

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, apresentando argumentos semelhantes. O Ministro Relator Gilmar Mendes adotou parte da inteligência do voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz, observando que a ação do agente, se de inteligência fosse, seria legítima. A questão central foi a utilização das informações em procedimento investigatório (grifos originais):

Como ação de inteligência, nada de ilegal haveria na conduta do policial Militar, pois, ainda que se infiltrando nos grupos sob sua observação, o objetivo do trabalho era produzir relatório de inteligência para auxiliar a Força Nacional de Segurança para o controle dos eventos que caracterizaram as manifestações de rua em meados de 2013. **Porém, uma vez que, por meio dessa infiltração, obteve a confiança de integrantes do grupo Black Blocs e reuniu dados e informações posteriormente transmitidos, via depoimento judicial, a inquérito policial instaurado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, realizou, na essência, ação de infiltração policial, o que, para fins criminais, somente é legal nas hipóteses e nos termos da legislação específica. E, não custa dizer, não havia autorização legal e muito menos judicial para tal iniciativa policial, que se constituiu em meio de obtenção de prova, inválida, portanto, para produzir efeitos na ação penal que se seguiu.** (Supremo Tribunal Federal, 2019a)

Ressaltou ainda o Ministro Relator que:

“o que importa é distinguir as atividades de inteligência e de investigação criminal, porque submetidas a filtros de legalidade diferentes e com escopos absolutamente diversos, para averiguar se houve ou não constrangimento ilegal a sanar”,

para concluir que se fosse “admissível o uso compartilhado de material de

inteligência em investigações realizadas pela Polícia Judiciária, seria fácil burlar as exigências legais que, claramente, pretendem apartar tais atividades, seja pelas restrições da Lei n.9.883/1999, seja pela vedação da infiltração de agentes de inteligência, nos termos do art. 10 da Lei n. 12.850/2013”. Acolheu, portanto, parcialmente o pedido.

Situação distinta é o compartilhamento de informação precipuamente de inteligência, tanto pelo Coaf quanto pela RFB, com órgãos de persecução penal. O julgamento do RE 1.055.941 SP pelo STF, Ministro Relator Dias Toffoli, resultou no entendimento de que é legítimo o compartilhamento de “Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais” (Supremo Tribunal Federal, 2019b), mesmo sem prévia autorização judicial. No caso da UIF nacional, o Coaf, sua própria finalidade intestinal é a análise de informações que recebe das instituições obrigadas (principalmente instituições financeiras), geração de relatórios de inteligência financeira (RIF) e encaminhamento desses RIF a instituições possivelmente interessadas. Assim, seria quase um decreto de inativação do Coaf a exigência de autorização judicial para compartilhamento de RIF. Observa ainda o Ministro Relator que:

É estreme de dúvidas, como já afirmei anteriormente, que a Unidade de Inteligência Financeira não é um órgão investigativo e, portanto, sua base de dados e seus relatórios de inteligência (RIF) não constituem prova criminal. Na verdade, os relatórios de inteligência disseminados pela UIF constituem um meio de obtenção de prova¹⁷.

Distintamente, no caso da RFB, observa-se que se trata aqui de procedimentos fiscalizatórios – e não investigativos ou de inteligência. A instituição, efetivamente, executa os três tipos de procedimentos: fiscalização precipuamente administrativa, geração de inteligência como subsídio à decisão, e investigação com finalidade punitiva, usualmente em colaboração com órgão de persecução penal. Há, portanto,

¹⁷ Não obstante, no HC 201.965 RJ, o STF proveu o pedido do paciente, anulando dois RIF previamente enviados pelo Coaf ao MPF, sob a alegação de que, ao realizar diligências junto a bancos, a instituição violou regras estabelecidas no RE 1.055.941/SP, considerando o ato como prática de *fishing expedition*. (Supremo Tribunal Federal, 2021b)

maior risco de *contaminação* de determinado procedimento com outro, como se viu.

Em análise assemelhada, mas tratando da possibilidade fornecimento de informações por parte da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) a outros órgãos, o STF analisou a ADI 6.529 DF. Tratou-se de ação impetrada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, motivado por reportagens que afirmaram que a ABIN teria produzido relatórios, inclusive com informações requeridas a outros órgãos, visando o interesse particular do então Senador Flávio Bolsonaro. Os impetrantes pretendiam afastar a previsão do art. 4º da Lei 9.883/1999¹⁸, bem como, por arrasto, do par. 3º do artigo 1º do Decreto nº 10.445/2020¹⁹. No relatório que introduz o voto, a Ministra Relatora Cármen Lúcia cita que os impetrantes argumentaram que “o compartilhamento de dados no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência deve cumprir e preservar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos”. Afirmavam ainda que atualizações na regulamentação da Lei, trazidas pelo Decreto 10.445/2020 teriam aumentado o poder requisitório da Agência, “à revelia de todos os direitos fundamentais mínimos do cidadão: privacidade, intimidade, sigilo protegido pela cláusula de reserva de jurisdição, dentre outros”. Os Decretos anteriores previam a necessária aprovação, pelo conselho consultivo²⁰ do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin), para os atos

¹⁸ Art. 4o À ABIN, além do que lhe prescreve o artigo anterior, compete:

[...]

Parágrafo único. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à ABIN, nos termos e condições a serem aprovados mediante ato presidencial, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais.

¹⁹ Art. 1º A Agência Brasileira de Inteligência - Abin, órgão integrante da Casa Civil da Presidência da República, criada pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, é órgão central do Sistema Brasileiro de Inteligência e tem por competência planejar, executar, coordenar, supervisionar e controlar as atividades de inteligência do País, obedecidas a política e as diretrizes estabelecidas em legislação específica. (Redação dada pelo Decreto nº 11.426, de 2023).

[...]

§ 3º Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à Abin, sempre que solicitados, nos termos do disposto no Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002, e na legislação correlata, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados à defesa das instituições e dos interesses nacionais.

²⁰ Em sua atual regulamentação, propalada por via do Decreto nº 11.693/23, as atribuições e a composição do Conselho Consultivo do Sisbin estão assim definidos:

Art. 13. Fica instituído o Conselho Consultivo do Sistema Brasileiro de Inteligência, órgão de assessoramento no âmbito da Casa Civil da Presidência da República.

Art. 14. Ao Conselho Consultivo compete:

I - propor atualizações à Política Nacional de Inteligência; e

de requisição de informações aos demais integrantes do Sisbin. O Decreto de 2020 deixou de explicitar tal exigência, o que na visão dos impetrantes da ADI causou que bastaria “uma canetada do presidente da Abin, sem controle *ex ante* ou *ex post*, para que as informações variadas e sigilosas cheguem a seu conhecimento”. Finalmente, salientaram que o objetivo do pedido não era abolir o compartilhamento de informações entre os integrantes do Sisbin, mas somente garantir que “as solicitações/requisições devem ser devidamente justificadas sob a ótica da proporcionalidade, sem que se vulnerem os direitos fundamentais mais básicos de todo cidadão”.

Em sua manifestação, a Advocacia-Geral da União (AGU) argumentou, dentre outros pontos, que:

“as atividades da agência de inteligência brasileira são submetidas a rigoroso controle interno – como o exercido pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e pela Secretaria de Controle Interno da Presidência da República – e externo, realizado pelo Poder Legislativo (artigo 6º da Lei nº 9.883/1999). Dessa forma, a atuação específica de controle externo da ABIN pelo Congresso Nacional ocorre, como regra, através da Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência (CCAI), à qual cabe assegurar que as atividades de inteligência e contrainteligência desenvolvidas especialmente pelos componentes do SISBIN serão realizadas em conformidade com a Constituição Federal e as normas constantes no ordenamento jurídico”.

Remontou, ainda, à supracitada transferência do sigilo, ao afirmar que as potenciais informações transmitidas entre órgãos integrantes do Sisbin não caracterizariam quebra de sigilo, mas tão somente “uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que

II - analisar os relatórios de gestão anual do Sisbin.

Art. 15. O Conselho Consultivo é composto pelos respectivos titulares dos seguintes órgãos e entidade:

I - Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá;

II - Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

III - Ministério da Justiça e Segurança Pública;

IV - Ministério das Relações Exteriores;

V - Ministério da Defesa; e

VI - Agência Brasileira de Inteligência - Abin.

(Brasil, 2023c)

mantém a obrigação de sigilo”.

Relatado o pedido, a Ministra Relatora passou a seu voto, introduzido com a observação de que o Estatuto em análise vigorava, então, há quase vinte e um anos. Descreve então um histórico da atividade de inteligência no Brasil, ressaltando seu passado intrinsecamente ligado aos instrumentos de repressão da ditadura militar das décadas de 1960 e 1970, e sua modernização até a criação da ABIN em 1995. A Ministra Relatora cita o professor Joanisval de Brito para definir as três divisões básicas da atividade de inteligência (grifos inseridos):

Importante destacar que inteligência se divide, para fins didáticos e algumas vezes operacionais, em três funções: inteligência (relacionada à **reunião e análise de informações para produção de conhecimento**); contrainteligência (que objetiva proteger seu próprio conhecimento e neutralizar a inteligência adversa); e **operações de inteligência** (compreendidas como as ações, inclusive com recurso a meios e técnicas sigilosos, para a obtenção dos dados protegidos). As três funções são exercidas pelos serviços secretos, **sendo difícil dissociá-las**. (Gonçalves, 2010, p. 126)

Cita, também, Matei e Halladay para ressaltar a delicada relação entre a atividade, necessária para defesa do Estado Democrático de Direito, e a própria democracia:

Paradoxalmente, no entanto, para servir às democracias, as agências de inteligência se envolvem em atividades clandestinas ou exploram fontes/métodos secretos - medidas que, aparentemente, não são compatíveis com a transparência que as democracias procuram sustentar. Na verdade, tais atividades podem representar um grande perigo para a própria democracia. Sigilo, por exemplo, pode acomodar abusos e isolar as agências do escrutínio, intrínseco ou extrínseco. (Matei; Halladay, 2019, p. 6–7) *apud* (Supremo Tribunal Federal, 2021a)

A Ministra Relatora pondera finalmente que:

A efetividade das atividades de inteligência está usualmente associada ao caráter sigiloso do processo e das informações coletadas. Apesar disso, o Estado Democrático de Direito exige que essa função estatal, como todas as demais, submeta-se a controle que permita a análise da adequação às estritas finalidades públicas a que

se dirige. A democracia não admite arbitrariedades e exige que todos se submetam à lei. Poder sem controle é arbítrio. (Supremo Tribunal Federal, 2021a, p. 11)

Para concluir que, ainda que o controle principal (jurídico e político) da atividade de inteligência seja exercido pelo Congresso Nacional, o controle de atos específicos pelo Poder Judiciário não pode ser excluído, por força, também, do princípio da inafastabilidade da jurisdição²¹. O controle externo, segundo a Ministra Relatora, tem por requisito básico a observância expressa do princípio da motivação dos atos administrativos.

A Ministra Relatora cita, finalmente, que:

Inteligência é atividade sensível e grave do Estado. “Arapongagem” não é direito, é crime. Praticado pelo Estado é ilícito gravíssimo. O agente que adotar prática de solicitação e obtenção de dados e conhecimentos específicos sobre quem quer que seja fora dos estritos limites da legalidade comete crime. (Supremo Tribunal Federal, 2021a, p. 17)

Para definir como exigência à legalidade do compartilhamento de informações entre os órgãos integrantes do Sisbin a “defesa das instituições e dos interesses nacionais”, declarando inválida qualquer interpretação ou finalidade diversa. Resume, finalmente, seu voto, acolhido por unanimidade (grifos originais):

Pelo exposto, confirmando cautelar deferida pelo Plenário do Supremo Tribunal, **conheço parcialmente da ação e voto no sentido de dar interpretação conforme ao parágrafo único do art. 4º da Lei n. 9.883/1999 para estabelecer que: a) os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à ABIN quando comprovado o interesse público da medida, afastada qualquer possibilidade de o fornecimento desses dados atender a interesses pessoais ou privados; b) toda e qualquer decisão de fornecimento desses dados deverá ser devida e formalmente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário; c) mesmo quando presente o interesse público, os dados referentes às comunicações telefônicas ou dados sujeitos**

²¹ Conforme Inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (Brasil, 2023b, p. 15)

à reserva de jurisdição não podem ser compartilhados na forma do dispositivo, em razão daquela limitação, decorrente do respeito aos direitos fundamentais; d) nas hipóteses cabíveis de fornecimento de informações e dados à ABIN, são imprescindíveis procedimento formalmente instaurado e a existência de sistemas eletrônicos de segurança e registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização em caso de eventual omissão, desvio ou abuso. (Supremo Tribunal Federal, 2021a, p. 31)

Em relação ao sopesamento de Alexy, na pesquisa de jurisprudência nos tribunais superiores, os resultados encontrados foram em baixo número, e em sua totalidade na direção citada por Oliveira (2016): quando citado, o sopesamento estava associado à simples consideração de que havia princípios colidentes, e que ambos tinham de ser considerados na decisão. Não foram identificados elementos congregando o sopesamento e o conflito entre direitos fundamentais à privacidade e à equidade tributária (ou outras atividades investigatórias); tampouco foi identificado um uso mais estruturado da fórmula do peso de Alexy.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve por objetivo a análise de potenciais conflitos entre a busca por equidade tributária, especialmente em relação aos contribuintes situados no topo da pirâmide de conformidade (fraude estruturada, lavagem de dinheiro, esquemas financeiros ilegais complexos etc.) e os direitos fundamentais à privacidade. Para tanto, realizou-se revisão bibliográfica da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, incluindo sua fórmula do peso. Realizou-se busca na jurisprudência de tribunais superiores por julgados envolvendo os conflitos citados e usando como embase teórico o sopesamento de Alexy.

Executado o trabalho, pontuam-se alguns achados:

- 1) Não obstante a quantidade de textos doutrinários e algumas citações a Robert Alexy na jurisprudência, a utilização a fundo de sua abordagem – fórmula do peso inclusa – é rara no sistema jurídico pátrio;
- 2) A única aplicação prática da fórmula do peso encontrada não pareceu resolver com a devida profundidade o conflito em análise. Operacional e matematicamente, o trabalho mostrou-se bem-sucedido, mas nos parece ter havido insuficiente fase dialógica – necessária à integração prevista por Alexy para aplicação prática da abordagem;
- 3) Alguns trabalhos indicam promissora aplicação da fórmula do peso através da subdivisão de cada elemento e efetiva discussão – inclusive com elementos que integrem atores necessários ao processo, como *amicus curiae*, audiências públicas etc., com posterior cálculo – a partir dos índices encontrados – e decisão baseada no sopesamento matemático;
- 4) Não obstante a enfática defesa por Alexy e as promissoras indicações de trabalhos sobre o tema; soa desafiadora a implantação de construção matemática para decisão jurídica. Ainda que todo o teor discursivo/dialógico esteja preservado em fase prévia à aplicação da fórmula do peso, culturalmente parece haver dificuldade em se chegar a uma decisão

numérica, matemática, como passo final decisivo, ao invés da elaboração discursiva;

- 5) No que se refere ao conflito que se objetivava analisar, identificou-se, durante a realização do trabalho, importante fonte não anteriormente apontada: a confusão entre atividade de inteligência e de investigação, especialmente em equipes e instituições que realizam – diuturnamente – ambas atividades;
- 6) A atividade investigativa está relativamente bem assentada na normatização legal e infralegal e na jurisprudência. Há sempre conflitos esperados, dado o caráter punitivo do Estado sobre o indivíduo em dita atividade. Mas as práticas operacionais estão suficientemente bem descritas, cabendo às instituições que as realizam observar as devidas exigências normativas;
- 7) A atividade de inteligência, por sua natureza, não tem gerado conflitos significativos nos tribunais superiores – o que não significa que não haja o potencial para futuras discussões sobre o baixo detalhamento normativo das práticas operacionais. Apesar do seu necessário sigilo, seria recomendável alguma proteção operacional, com o devido desenvolvimento jurídico-normativo, que preservasse o sigilo dos métodos. Eventos futuros de revisão judicial da atividade, especialmente em casos de evidentes desvios de motivação, podem acarretar prejuízo como a vedação de técnicas e métodos legítimos, dada sua atual situação normativa precária;
- 8) As instituições – como a RFB, âmbito da análise – que executam concomitantemente, inclusive com os mesmos agentes e equipes – as atividades de inteligência e investigação precisam observar com extremo cuidado as exigências de cada uma, especialmente evitando a translação de conhecimentos e informações de inteligência para a fase investigatória sem o devido amparo nas normas.

A partir destes achados pontuais, considera-se que parece haver longo

caminho para a implantação prática do sopesamento de Alexy com a profundidade lógico-matemática proposta pelo autor.

Considerando um ambiente de esparsa normatização legal e infralegal, com execução de atividades que adentram direitos fundamentais e potencial revisão judicial posterior; poder-se-ia imaginar, num mundo ideal, que houvesse a utilização *ex ante* da técnica – na ponderação sobre os resultados do uso de determinado método operacional de inteligência *versus* as informações a serem obtidas com o método, usualmente acobertadas por direitos fundamentais à intimidade e vida privada. Numa possível revisão judicial posterior, a motivação, razoabilidade e proporcionalidade da técnica operacional utilizada seriam perscrutadas de maneira analítica, a partir dos coeficientes utilizados para a fórmula do peso de Alexy, na decisão administrativa. Assim, haveria mais objetividade na análise judicial do ato administrativo, com a aplicação do método do sopesamento *ex post* para revisão da ação do Estado, que por sua vez teria sido decidida com a aplicação do mesmo método *ex ante*. As dificuldades, certamente, seriam imensas, já que, ainda que se considere o método e os coeficientes discretos propostos por Alexy, a atividade de atribuir os coeficientes a impacto da ação, peso abstrato do direito e confiabilidade nas premissas é, precipuamente, dialógica, dedutiva, assentada em impressões e ponderações de cunho particular do utilizador do método – seja o agente público, quando da ponderação *ex ante*, seja o revisor judicial, quando da aplicação *ex post*. Ainda assim, a busca por previsibilidade e adequação entre a ação do Estado e a posterior revisão judicial, é, com efeito, desejável. Quando se consideram áreas de atuação do Estado onde o princípio da legalidade estrita ou um método puramente subsuntivo sejam insuficientes, e a análise de potenciais conflitos precise ser mais principiológica, métodos de objetivação desta análise são desejáveis, ainda que sua utilização apresente os desafios citados.

No que tange à atividade de inteligência fiscal desenvolvida na Receita Federal do Brasil, os achados aduzem à consideração de que há um ambiente com importante insegurança jurídica. Há uma insegurança subjacente na própria atuação investigativa

(que utiliza métodos próprios da inteligência) por parte da RFB²². A pouca estanqueidade entre investigação e inteligência no órgão aumenta essa insegurança. O compartilhamento de técnicas e métodos muitas vezes idênticos, que, devido à sua especialidade, são executados pelos mesmos agentes e equipes, cria um ambiente de fácil sobreposição entre essas atividades. Na prática, a eventual coleta de dados de inteligência – voltados à tomada de decisão – ocorre primordialmente de maneira individual, tendo por objeto pessoas físicas ou jurídicas identificáveis. Ainda que as informações individuais sejam posteriormente consolidadas e anonimizadas, como ignorar eventual ilicitude identificada no processo? Especialmente se o agente que executa a coleta também trabalha com investigação, numa equipe que também desenvolve investigação? Desta forma, torna-se quase impossível segregar a coleta de informação com a finalidade de tomada de decisão da necessária ação investigativa/punitiva que venha a decorrer da obtenção de tal informação.

Assim, deve-se tentar evitar ao máximo a insegurança jurídica inerente ao citado ambiente. Seja pela observância rigorosa da legalidade – especialmente no que tange a informações que possam ser usadas para persecução criminal. O sopesamento – ainda que não matematicamente, pelo menos pela ponderação da lei do sopesamento – dos princípios envolvidos pode ser útil para resguardar a ação de inteligência. A consideração cuidadosa do grau de invasão de cada método, com a necessária utilização de métodos e técnicas menos invasivos possíveis para obtenção de cada informação necessária, também contribui para diminuição do conflito entre princípios e, conseqüentemente, de eventual revisão judicial posterior.

É mister apontar, finalmente, que a utilização eficiente das técnicas na atividade de inteligência evita posteriores conflitos ou revisões judiciais. A discricão – característica amalgamar da ação de inteligência, mitiga qualquer conflito. A atividade bem desempenhada sequer será percebida por aqueles que são objeto de sua ação. Tal fato, obviamente, não torna prescindível a observância da legalidade, da motivação e dos princípios necessários à ação estatal. Pelo contrário, cria maior necessidade de criteriosa e constante observância dos preceitos inerentes à atuação

²² Apesar de relativamente pacificada, a ação investigativa da RFB é, por vezes, questionada. Tal questionamento, entretanto, está fora do escopo deste trabalho.

do Estado.

A atividade de inteligência fiscal tem resultado em importantes benefícios à administração tributária. Considerando especialmente o grupo de contribuintes que usa métodos de fraude estruturada, criminalidade internacional para sonegação fiscal e lavagem de dinheiro e todos os recursos possíveis para tentar manter-se à frente da fiscalização tributária; a atividade de inteligência e investigação tem sido imprescindível para efetiva atuação estatal no combate ao crime tributário. A rígida observância de preceitos legais, a necessária segregação entre inteligência e investigação e o cuidadoso controle da ação estatal são elementos importantes na diminuição do risco de conflitos e de questionamentos judiciais à atuação da inteligência fiscal no âmbito da RFB.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Proportionality, and Argumentation. *In: PROPORTIONALITY, BALANCING, AND RIGHTS*. Cham, Switzerland: Springer Nature, 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. Porto Alegre: Editora Globo, 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Competências da Receita Federal**. [S. /], 2023a. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal./pt-br/acesso-a-informacao/institucional/competencias-1>. Acesso em: 25 out. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2023b. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 8.793, de 29 de junho de 2016**. Brasil: 29 jun. 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8793.htm.

BRASIL. Decreto nº 11.693, de 6 de setembro de 2023. **Diário Oficial de 06 de setembro de 2023**: Brasília, 2023c.

BRASIL. **Lei Nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999**. Brasília: [s. n.], 1999. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9883.htm. .

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. **Portaria RFB nº 4820, de 19 de novembro de 2020**. 2020.

CARDOSO, Elsa; SU, Xiaomeng. Designing a Business Intelligence and Analytics Maturity Model for Higher Education: A Design Science Approach. **Applied Sciences**, [s. l.], v. 12, p. 4625, 2022.

CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA (CIAT). **Manual Ciat Sobre Inteligência Fiscal Centro Interamericano De Administrações Tributárias (CIAT) Países participantes do Grupo de Trabalho: Brasil (coordenação técnica) Canadá Chile Colômbia Estados Unidos da América França Países Baixos**. [S. l.: s. n.], 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Júlio César *et al.* **Compreendendo Os Riscos Operacionais Fiscais: Uma Análise À Luz Da Teoria Da Contingência Understanding Fiscal Operational Risks: An Analysis In The Light Of The Contingency Theory**. [S. l.: s. n.], 2021. Disponível em: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/view/27359>. Acesso em: 12 fev. 2023.

GONÇALVES, Joanisval Brito. Quem vigia os vigilantes? O controle da atividade de inteligência no Brasil e o papel do Poder Legislativo. **Revista de Informação Legislativa**, [s. l.], v. 47, n. 187, p. 125-'36, 2010.

KRAEMER, Rodrigo. INCOMPREENSÃO DO CONCEITO DE INTELIGÊNCIA NA SEGURANÇA PÚBLICA. **Revista Brasileira de Inteligência**, [s. l.], n. 10, p. 73–

82, 2015. Disponível em: <https://rbi.ena.gov.br/index.php/RBI/article/view/128>.

MATEI, Florina Cristiana; HALLADAY, Carolyn. The Role and Purpose of Intelligence in a Democracy. *In: **Conduct Of Intelligence In Democracies: Processes, Practices, Cultures***. Boulder: Lynne Rienner, 2019. p. 6–7.

MCDOWELL, Don. **Strategic Intelligence & Analysis Guidelines On Methodology & Application Strategic Intelligence And Analysis-Guidelines On Methodology And Application**. [S. l.: s. n.], 1997.

MINGARDI, Guaracy. O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado. **Estudos Avancados**, [s. l.], v. 21, n. 61, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MURPHY, Kristina; CENTRE FOR TAX SYSTEM INTEGRITY. **Turning resistance into compliance : evidence from a longitudinal study of tax scheme investors**. [S. l.]: Centre for Tax System Integrity, 2005.

OLIVEIRA, Heletícia. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade jurídica nas decisões judiciais brasileiras: uma leitura a partir de Robert Alexy. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, [s. l.], v. 15, p. 15, 2016.

PATRÍCIO, Josemária da Silva. Inteligência de segurança pública. **Revista Brasileira de Inteligência**, [s. l.], v. 2, n. 3, p. 53–58, 2006. Disponível em: <https://rbi.ena.gov.br/index.php/RBI/article/view/42>.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **A Decisão Judicial No Supremo Tribunal Federal Do Brasil E A Aplicação Da Teoria Dos Princípios De Robert Alexy: A Ponderação Como Estratégia De Argumentação Jurídica**. 2015. - Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2015.

PEREIRA, Tiago de Sousa. **Estrutura organizacional da coordenação geral de pesquisa e investigação da Receita Federal do Brasil: análise e**

proposições à luz das tipologias de Mintzberg. 2023. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2023.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro; GÓES, Ricardo. A necessária abertura procedimental da fórmula-peso de Robert Alexy. [s. l.], v. 22, p. 65–78, 2020.

ROMÃO, Luis. AGENTE INFILTRADO E AGENTE DE INTELIGÊNCIA: DISTINÇÕES A PARTIR DE ESTUDO DE CASO JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista Brasileira de Inteligência**, [s. l.], p. 85–99, 2019.

SABAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHAAN, Gerson. **Corrupción Y Evasión Fiscal Papel De La Administración Tributaria - Schaan, Gerson**. 2020. - Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. **Interesse público**, [s. l.], v. 10, n. 47, p. 151–164, 2008.

SIMPLÍCIO, Carinna Gonçalves. A FÓRMULA DO PESO COMPLETA REFINADA DE ROBERT ALEXY APLICADA AOS CONFLITOS PELO USO DOS RECURSOS HÍDRICOS EM MINAS GERAIS. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [s. l.], v. 17, n. 2, p. 425–448, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 512.290 - RJ (2019/0151066-9) Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior**. Brasília: STJ, 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal. ADI 6.529 DF. Ministra Relatora Cármen Lúcia**. [S. l.: s. n.], 2021a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.aspxsobocódigohttp://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.aspxsobocódigo>. .

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 147.837 RJ. Ministro Relator Gilmar Mendes.** Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2019a.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 201.965 RJ. Ministro Relator Gilmar Mendes.** [S. l.: s. n.], 2021b.
Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1.055.941 SP. Relator Ministro Dias Toffoli.** [S. l.: s. n.], 2019b.
Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. **Criminal Intelligence Manual for Analysts.** [S. l.: s. n.], 2011-. ISSN 09528385.