

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

CRIMES FISCAIS, DELITOS ECONÔMICOS E FINANCEIROS

COLETÂNEA DE ARTIGOS

VOL. 5

MPF
Ministério Público Federal

**CRIMES FISCAIS,
DELITOS ECONÔMICOS
E FINANCEIROS**

Ministério Público Federal

Procuradora-Geral da República
Raquel Elias Ferreira Dodge

Vice-Procurador-Geral da República
Luciano Mariz Maia

Vice-Procurador-Geral Eleitoral
Humberto Jacques de Medeiros

Ouvidor-Geral do Ministério Público Federal
Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal
Oswaldo José Barbosa Silva

Secretário-Geral
Alexandre Camanho de Assis



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO

CRIMES FISCAIS, DELITOS ECONÔMICOS E FINANCEIROS

COLETÂNEA DE ARTIGOS
Volume.5

Disponível também em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>>

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

B823c

Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2.

Crimes fiscais, delitos econômicos e financeiros / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília : MPF, 2018.

223 p. – (Coletânea de artigos ; v. 5)

Disponível também em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes>>

ISBN 978-85-85257-40-8.

1. Crime econômico-financeiro. 2. Crime contra a ordem tributária. 3. Lavagem de dinheiro. 4. Ordem econômica. 5. Sigilo bancário. 6. Anistia. 7. Princípio da razoabilidade. 8. Planejamento tributário. 9. Ética empresarial. I. Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. 2. II. Título. III. Série.

CDDir 341.554

Elaborado por Juliana de Araújo Freitas Leão – CRB1/2596

Membros integrantes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Titulares:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen – coordenadora

Subprocuradora-Geral da República

José Adonis Callou de Araújo Sá

Subprocurador-Geral da República

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho

Subprocurador-Geral da República

Suplentes:

Márcia Noll Barboza

Procuradora Regional da República

Cláudio Dutra Fontella

Procurador Regional da República

Rogério José Bento Soares do Nascimento

Procurador Regional da República

Tulio Borges de Carvalho

Secretário Executivo

Coordenação e Organização

2ª Câmara de Coordenação e Revisão

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C

Fone (61) 3105-5100

70050-900 - Brasília - DF

www.mpf.mp.br

SUMÁRIO

	Apresentação	7
1	Investigação financeira	10
	<i>Tiago Misael de Jesus Martins</i>	
2	O sigilo bancário e o fisco global: uma análise crítica em face da jurisprudência do STF	36
	<i>Ricardo Lima de Oliveira, Brenda Silva Vieira</i>	
3	Transferência de sigilo bancário para o Ministério Público na representação fiscal para fins penais	62
	<i>Carlos Augusto Guarilha de Aquino Filho</i>	
4	Crimes contra a ordem tributária e o princípio da bagatela: uma perspectiva crítica	94
	<i>Ricardo Lima de Oliveira, Samara Fernanda Silva</i>	
5	Repatriação de ativos clandestinos e anistia criminal: reflexões sobre o princípio da razoabilidade e a efetividade da tutela penal da ordem econômico-tributária	120
	<i>Vlamir Costa Magalhães</i>	
6	Planejamento tributário e crime contra a ordem tributária	144
	<i>Matheus Tauan Volpi, Murilo Alan Volpi</i>	
7	Lavagem de dinheiro: reflexos jurídicos e os custos sociais.....	164
	<i>Leyla Viga Yurtsever</i>	
8	<i>Smurfing</i> ou transações estruturadas – tipologia de lavagem de dinheiro, seu tratamento jurisprudencial e a possibilidade de tipificação penal autônoma	176
	<i>Marcelo Ribeiro de Oliveira</i>	
9	Códigos de Ética e Conduta: concepção, disseminação e alinhamento organizacional em empresas atuantes no Brasil	194
	<i>Renato Rodrigues da Silva</i>	

APRESENTAÇÃO

Com o fortalecimento do processo de globalização, com a difusão do capitalismo e do empreendedorismo, com a violação sistemática e profunda de direitos ocasionada pelo exercício de atividades econômicas (v.g. Caso de la Colza, Caso Lederspray, Caso Talidomida, Caso Enron, Caso Mariana, Caso Lava Jato), ou em razão do uso de atividade econômicas lícitas como fachada para o exercício de uma criminalidade organizada, o direito penal passou a ter de se ocupar com um nicho de criminalidade que historicamente era relegado a segundo plano, e essa "democratização" exigiu e exige conhecimentos e instrumentos relativamente novos. O objetivo desta coletânea é apresentar alguns desses novos instrumentos e como institutos antigos devem ser repensados e atualizados.

O primeiro artigo trata da investigação financeira – tema novo no Brasil, apesar de já devidamente aprofundado em outros países. Sua importância se faz presente em toda forma de criminalidade voltada para a obtenção de vantagens patrimoniais indevidas. Além disso, é o coração da investigação de crimes tributários e da lavagem de ativos. Daí a ideia de que o leitor já faça proveito dela logo ao abrir a coletânea.

Por outro lado, não há investigação financeira nem investigação tributária, tampouco investigação sobre lavagem de ativos, sem acesso aos dados que formam o sigilo bancário. E a análise do sigilo bancário não pode ficar restrita a uma visão nacionalista, desconectada dos tratados internacionais e das orientações cada vez mais presentes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Sobre isso se discorre no segundo artigo.

Nesse contexto, também é importante discutir sobre o imprescindível acesso ao sigilo bancário pelo Ministério Público, de forma a se obter uma investigação eficiente, e sobre o porquê de não haver um sacrifício do direito à intimidade pelo simples fato de o Fisco compartilhar dados que já são normalmente de seu acesso e sobre os quais divisa haver indícios de crime, em especial crimes tributários. É disso que trata o terceiro artigo.

Na sequência – após as inúmeras leis de parcelamento tributário e a edição da Súmula Vinculante nº 24 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) –, para melhor compreensão do crime fiscal e da relevância do bem jurídico, o quarto e quinto artigos talvez permitam

ao leitor visar certa incoerência na aplicação da insignificância aos crimes fiscais e como essa incoerência também se estendeu para a lei de repatriação de recursos, tudo a demonstrar uma “fusão” míope na qual arrecadar é a antítese de sancionar penalmente.

Além desses temas, versa-se, no sexto artigo, sobre os limites e as conexões entre o planejamento tributário e a fraude tributária e, ainda, sobre a ausência de dolo do contribuinte.

Já o sétimo artigo traz um delineamento geral da Lei de Lavagem e aponta como as formas de realização da criminalidade estão sempre em mutação. E é por conta dessa mutação que o oitavo artigo discute a necessidade de se criminalizar de maneira autônoma a “estruturação”, também chamada de *smurfing*, para que deixe de ser hoje apenas uma forma de cometimento de lavagem.

Por fim, o nono artigo faz a intersecção entre regras privadas e aplicação da lei penal, tratando especificamente de código de ética e de sua importância no âmbito do *compliance* exigido pela Lei de Lavagem.

Esperamos que o leitor aprecie.



INVESTIGAÇÃO FINANCEIRA

*Tiago Misael de Jesus Martins*¹

Resumo: O crime organizado de modelo empresarial age como as empresas lícitas do mundo capitalista. Em consequência, o enfrentamento dessa forma de criminalidade pressupõe o disseminado conhecimento dos mecanismos de investigação financeira voltada ao descobrimento e à documentação de fatos financeiros para efeito de prova. Essa investigação financeira possui estreita intersecção com as técnicas especiais de investigação e procura estabelecer um método de coleta, análise e uso de dados financeiros com o objetivo de desvendar ilícitos que geram produto ou proveito, seja no aspecto cível ou criminal. A matéria se insere com importância no esforço internacional de combate à lavagem de dinheiro, à recuperação de ativos e ao financiamento do terrorismo e das organizações criminosas.

Palavras-chave: Investigação financeira. Lavagem de dinheiro. Financiamento ao terrorismo. Crime organizado. Recuperação de ativos.

Abstract: *Organized crime of the business model acts like the licit companies of the capitalist world. Consequently, confronting this form of crime presupposes the widespread knowledge of the mechanisms of financial investigation aimed at the discovery and documentation of financial facts for the purpose of proof. This financial investigation closely intertwines with the special techniques of investigation and seeks to establish a method of collecting, analyzing and using financial data with the purpose of uncovering illicit that generate product or profit, be it in the civil or criminal aspect. The matter is important in the international effort to combat money laundering, asset recovery and the financing of terrorism and criminal organizations.*

Keywords: *Financial research. Money laundry. Financing for terrorism. Organized crime. Asset recovery.*

Sempre siga o dinheiro.

Inevitavelmente, ele vai levar a uma porta com painéis de carvalho e atrás dela estará Mr. Big.

Clive Borrell e Brian Cashinella, em **Crime in Britain Today**, 1975.

¹ Mestre em Direitos Humanos pela UFPB, especialista em Direito Civil e Processo Civil pela UGF, especialista em Direito Público pela ESMPU, especialista em Sistemas de Justiça Criminal pela ESMPU e procurador da República.

1 INTRODUÇÃO

Ilícitos que objetivam produtos e proveitos para seus agentes existem desde o momento em que foi editada a primeira lei. No último século, todavia, à medida que as sociedades industriais foram desenvolvendo mecanismos cada vez mais sofisticados de comercialização internacional de produtos e serviços, floresceram os ilícitos que utilizam as estruturas econômicas empresariais e os caminhos do sistema financeiro, em ascendente sofisticação dos meios utilizados por organizações criminosas e, posteriormente, por grupos terroristas. Os ilícitos advindos desse processo passam por complexas operações de lavagem de dinheiro e dificultam sobremaneira a atuação dos Estados na investigação das condutas dos envolvidos e na recuperação dos ativos confiscáveis.

Tal criminalidade altamente organizada é, com toda a evidência, dotada de um caráter volátil, favorecida pela crescente e imparável incoerência financeira e comercial entre países, entidades e pessoas físicas. Criminosos se valem de instantâneos meios de comunicação e tecnologias avançadas, em conjunto com a modernização do sistema financeiro internacional, para a rápida movimentação de lucros em diversas praças financeiras instantaneamente após comando adotado em terminais computacionais que existem aos milhões em qualquer lugar do globo.

Tornou-se comum a imprensa noticiar quase diariamente exemplos de agentes públicos (no Brasil, especialmente agentes investidos de mandatos políticos) recebendo pagamentos ilícitos em contas clandestinas em paraísos fiscais; de desvio de recursos de prefeituras, empresas e bancos por seus funcionários; de artistas e esportistas sonegando tributos e se valendo de lavagem de dinheiro para esconder seu lucro; de grandes traficantes de drogas, armas e/ou seres humanos, que precisam dar conta de esconder suas fortunas ilícitas; de células terroristas que usam o sistema bancário para captação de recursos etc. Todos esses graves casos têm em comum o fato de que o seu produto ou proveito, ou os recursos que financiam a atividade ilícita, são guardados, transferidos ou distribuídos, em algum momento, via rede formal de transações bancárias.

Não por outro motivo, o uso do sistema financeiro por criminosos para transferir, guardar ou dissimular o lucro do crime, hodiernamente, desafia os órgãos de investigação do Estado a coletarem, analisarem e apresentarem provas das movimentações financeiras usadas para tal desiderato, como forma de robustecerem e possibilitarem a persecução penal perante o Poder Judiciário e a recuperação dos ativos envolvidos. Com o objetivo de contribuir para esse debate no Brasil, este texto trata da Investigação Financeira (IF)

como uma das abordagens investigatórias possíveis aos agentes de aplicação da lei na tentativa de desvendamento de crimes e ilícitos civis que geram produto ou proveito.

2 INVESTIGAÇÃO FINANCEIRA

Como método investigativo, a IF se detém sobre os assuntos financeiros relacionados à conduta ilícita, tentando identificar e documentar, para fins de prova, o movimento de dinheiro durante o curso da atividade criminal. A relação entre a origem do recurso e seus beneficiários, quando aquele é recebido e onde está investido ou depositado – tudo pode providenciar informações e provas sobre a atividade criminosa (FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF, 2012, p. 3).

Dito de outra forma, a IF é um método que procura conectar pessoas a outras pessoas, locais e eventos por meio de fatos financeiros. A IF se refere a coleta, análise e uso de informações financeiras por parte de órgãos do estado e pode ser aplicada no contexto de investigações criminais, civis, administrativas ou fiscais (SLOT et al., 2015, p. 9-17).

Um conceito fundamental para a IF é o de *informação financeira* ou *dado financeiro*, que representa todos os tipos de informação que estão ligadas a dinheiro, ativos, despesas e finanças. Trata-se, portanto, de informação presente em quase todos os aspectos da vida de uma pessoa (sua casa, trabalho e planos, presentes e futuros). Os métodos transacionais não baseados em moeda física, como os cartões de crédito e cartões de fidelidade de loja, igualmente geram informações financeiras. Na IF, agentes do estado analisam essas informações para obter material auxiliar à investigação, com o objetivo de, por exemplo, evidenciar as possíveis intenções por trás do cometimento de um delito ou identificar se um agente público está vivendo além de seus meios e rendimentos. A informação financeira é a obtida sobre assuntos financeiros de alvos que ajudariam a entender sua natureza, recursos, estrutura e capacidade, e que ajuda a prever futura atividade e localizar ativos (FATF, 1993, p. 18)².

O rastreio de recursos e a documentação do fluxo durante a conduta ilícita podem providenciar valiosas informações sobre a identificação de ativos sequestráveis, as manobras de dissimulação dos produtos e proveitos em lavagem de dinheiro e o funcionamento hierárquico de uma organização criminosa, somente para citar alguns exemplos. Assim, ao tempo em que se presta, imediatamente, a arregimentar provas desses crimes, a IF também pode servir para identificar recursos passíveis de medidas cautelares reais.

² Em IF, informações de instituições financeiras são como um mapa rodoviário que aponta diretamente para o agente criminoso e para a resolução do crime. "Essas instituições são, em termos de investigação financeira, onde a ação está." (USA, 1993, p. 84)

Na maioria dos casos em que é empregada, a IF é **retrospectiva** ou **reativa** e busca o acesso a dados financeiros do alvo para tentar reconstruir um cenário financeiro interessante ao desvendamento do caso; nesse sentido, ela é desenvolvida após a ocorrência do ato ilícito. A prática revela que a IF retrospectiva é a mais comumente empregada por ser semelhante à atividade de investigação tradicional, desenvolvendo-se após a tomada de conhecimento do crime ou ato ilícito civil pelo órgão de investigação do Estado.

Todavia, não só os criminosos se valem da modernização do sistema financeiro. A tecnologia atualmente disponível permite aplicar a IF para monitorar movimentações financeiras **em tempo real** (por exemplo, pelo monitoramento em tempo real de contas bancárias) e também de forma **prospectiva** ou **proativa**, por meio da qual dados financeiros coletados como inteligência financeira (relatórios de inteligência financeira do Coaf, por exemplo) servem para auxiliar na adoção de passos investigativos e informar na tomada de decisões dos órgãos de investigação – ou seja, nessa forma, a IF é desenvolvida antes de um ilícito ser verificado em relação a um caso específico, tentando-se identificar potenciais atividades ilícitas (SLOT et al., 2015, p. 41)³.

Por precisão terminológica, utiliza-se o termo *investigador financeiro* para designar o agente do estado (funcionário público, portanto) que desempenhe ações de coleta, análise e uso de informações financeiras na consecução dos objetivos institucionais. Assim, seriam investigadores financeiros um policial das polícias judiciárias estadual ou federal que analise dados financeiros bem como um perito contábil dessas mesmas polícias, membros do Ministério Público (MP) estadual ou federal, analistas do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) que realizem uma IF prospectiva, ou agentes da receita federal que tenham acesso a dados bancários do alvo e os empreguem em uma investigação civil, penal ou administrativa.

Essa conceituação de investigador financeiro leva à necessidade de se perquirir se eles têm o dever legal de realizar a IF, necessariamente, em cada caso que atuem. Para tanto, convém se recordar que a IF é um método investigativo, de modo que, sendo ela útil à busca de elementos que desincumbam esses agentes públicos de suas atividades legais, entende-se que lhes é obrigatório o emprego da IF. O emprego em cada caso atende, assim, a uma ponderação de utilidade do método para o objetivo almejado. Sendo a IF útil à busca de elementos probatórios para os fins públicos, ela deve ser empregada, sob pena de o agente não ter se valido de todos os meios a sua disposição para

³ Os relatórios de inteligência financeira do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) são preciosas ferramentas para deflagração de uma IF. Eles são gerados a partir de análise de movimentações financeiras que se enquadrem em tipologias de lavagem de dinheiro de acordo com as diretrizes da unidade de inteligência financeira brasileira e têm previsão na Lei nº 9.613/1998 (art. 14 e ss.) e sua regulamentação infralegal.

realizar o serviço público que lhe foi confiado. Caso ela não seja útil ao caso concreto, não haverá obrigatoriedade de emprego de um método que nada agregará ao desvendamento do ilícito.

No caso de promotores e procuradores do Ministério Público, o emprego de todos os meios para desvendamento do crime decorre da obrigatoriedade da ação penal, tão conhecida do Direito Processual Penal. Pode-se dizer que há obrigação legal de os órgãos do Ministério Público realizarem a IF sempre que o caso a exigir como meio adequado para exaurimento da persecução em face de ilícitos que geram produto e proveito.

2.1 Primórdios e atualidade do rastreamento de dados financeiros

Criminologistas já classificaram a atividade criminal em dois grandes grupos: crimes contra pessoas e crimes contra a propriedade. Com o desenvolvimento das formas de criminalidade no curso do século XX, passou-se a levar em conta a motivação do agente no cometimento do crime, surgindo a classificação de crimes cometidos por emoção e crimes cometidos por ganância e dinheiro. Justamente para o enfrentamento dessa última espécie de crime – que gera proveitos e produtos –, foi necessário o surgimento de um novo tipo de investigador, que usa as tradicionais técnicas (como vigilância, depoimento de testemunhas etc.) combinadas com novas técnicas, com foco na atividade financeira (USA, 1993, p. 1-4).

Nos Estados Unidos da América, por muitos anos, investigadores utilizaram seis técnicas básicas para solução de crimes: uso de informantes, uso de agentes infiltrados, perícias laboratoriais de evidência, vigilância física ou eletrônica, interrogatório e, quando permitido, interceptação das comunicações telefônicas (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 1975, p. 1-2). Todavia, para o enfrentamento da escalada de crimes que visavam proveito ou produto no curso do século XX, passou-se a empregar ferramentas de IF, primeiramente para apuração de sonegação de tributos e, posteriormente, para os demais crimes.

Ao menos desde 1919, a *Internal Revenue Service's Criminal Investigation Division* emprega técnicas de IF nos EUA para apurar evasão de divisas e lavagem de dinheiro (USA, 1993, p. 9-11). Ao longo do século XX, as agências de aplicação da lei nos EUA empregaram técnicas de IF no enfrentamento dos crimes mais relevantes em cada época. Nos anos 1930, análise financeira foi aplicada em investigações envolvendo falsificação de bebidas e na emergente máfia americana. O exemplo mais famoso do bom emprego

dessa técnica foi a prisão, por sonegação fiscal, do gângster Al Capone, de Chicago, após uma bem-sucedida investigação financeira empreendida por agentes treinados em contabilidade do *Internal Revenue Service*.

A técnica foi empregada no combate à corrupção policial nos anos 1950, na “guerra às drogas” de 1980 e nos escândalos de Wall Street no final do século (USA, 1993, p. 9)⁴. Desde o início dos anos 1970, investigadores financeiros são treinados fora do departamento do tesouro⁵, especialmente após a promulgação do Racketeer Influenced and Corrupt Organization (RICO) Act, que expandiu métodos de IF para casos de crime organizado, e, posteriormente, foi seguido pelo Comprehensive Crime Control Act, de 1984, e pelo Anti-Drug Abuse Act, de 1986 (MANNING, 2005, p. 81).

Na Itália, técnicas de IF foram amplamente utilizadas pela Procuradoria de Milão no desvendamento da enxurrada de casos de corrupção entre políticos e empresários na Operação Mani Pulite, a partir de 1992. Após os atentados de 11 de setembro, técnicas de IF são empregadas diuturnamente no rastreo das fontes financiadoras do terrorismo. No Brasil, todos os grandes casos de corrupção desvendados na última década, desde o Caso Mensalão até o Caso Lava Jato, valeram-se do sistemático emprego de dados financeiros.

A modificação gradual das práticas criminosas no curso do último século exigiu que novos métodos de investigação fossem desenvolvidos e aprimorados, daí despontando a investigação financeira. Ao longo de quase um século de aplicação documentada, a IF acompanhou as modificações do crime e das formas de documentação e rastreo do dinheiro, persistindo firme em seu desiderato de seguir o rastro dos lucros do crime.

2.2 Modelo DIGA de disposição de ativos

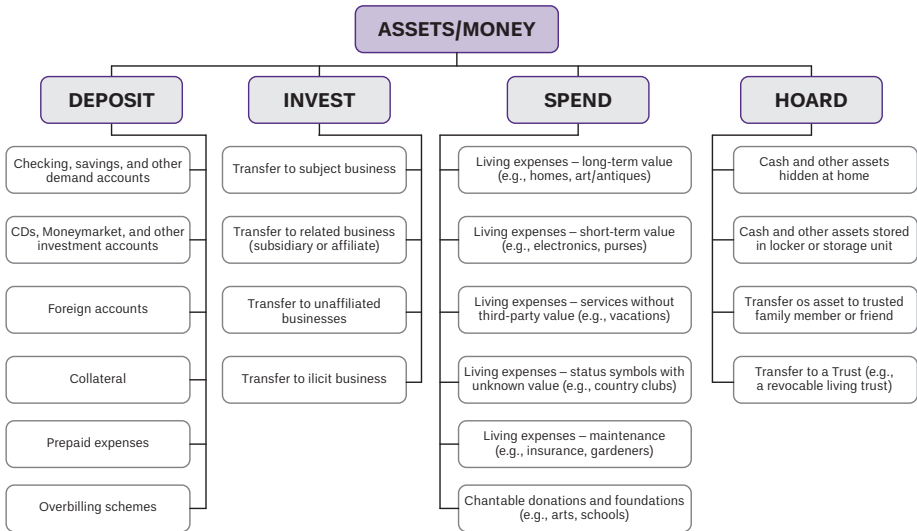
A efetividade da IF reside no fato de que, embora a criatividade criminosa seja impressionantemente mutável, não há muita coisa que se possa fazer com o produto e proveito do ilícito. De acordo com o modelo DIGA de disposição de ativos (DISH Model of Asset Disposition), a prática revela que, basicamente, tudo que se pode fazer com dinheiro

4 Caso emblemático do emprego de IF em crimes no mercado de capitais de Wall Street foi o montado pelo agente especial do FBI Greg Coleman, especialista em fraudes financeiras e lavagem de dinheiro, contra Jordan Ross Belfort. A história ficou famosa e chegou a Hollywood no filme **O Lobo de Wall Street**, de 2013, dirigido por Martins Scorsese, com base em livro publicado pelo próprio Belfort.

5 Atualmente, várias outras agências empregam técnicas de IF em sua especialidades, tais como *Federal Bureau of Investigation (FBI), Drug Enforcement Administration (DEA), U.S. Secret Service (U.S.) Marshal Service, Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms, Office of the Inspector General* etc. – mencionados apenas exemplos norte-americanos.

se enquadra em quatro categorias: a) entregar o dinheiro a outra pessoa para que ela o guarde (Depósito); b) entregar o dinheiro a outra pessoa para que ela o use (Investir); c) usar o dinheiro em seu próprio benefício (Gastar); e d) manter o dinheiro sob sua própria guarda (Acumular) (GOETZ, 2011, p. 39).

Essa classificação pode ser esquematizada no seguinte gráfico:



Fonte: GOETZ, 2011, p. 39.

A despeito das variadas e criativas formas de disposição de recursos por parte dos criminosos (e os sofisticados métodos de lavagem de dinheiro diuturnamente dão provas disso), a vantagem do modelo DIGA é evidenciar que o dinheiro nunca desaparece. Ele é movido, pode mudar de forma, mas simplesmente não desaparece, sempre vai para algum lugar e um rastro é deixado no processo. Quanto mais complicadas, dispendiosas e longas manobras são empregadas para mascaramento, mais há probabilidade de se tratar de grande quantidade de dinheiro (GOETZ, 2011, p. 51-52).

Criminosos normalmente apreciam manter algum grau de controle sobre seus bens e, em consequência, isso resulta em uma “trilha de papel” (*paper trail*) que pode conduzir de volta ao criminoso. Essa *paper trail* também pode ser seguida para identificar outros

coautores (notadamente os beneficiários) e potencializar as chances de localizar evidências e instrumentos usados no cometimento de crimes (FATF, 2012, p. 6)⁶.

Rastrear o movimento do dinheiro no curso de atividades criminais normalmente envolve rastrear transações financeiras em um ou mais bancos, por meio de seus sistemas. Para um investigador financeiro, seguir o fluxo de transações por intermédio de um banco é procurar pela última fonte e disposição dos fundos, não sabendo ele, *a priori*, o que pode surgir dessa pesquisa: testemunhas, informações e documentos até então desconhecidos, ou talvez até novos suspeitos. A chave para se seguir o fluxo do dinheiro dentro do sistema bancário é entender o funcionamento interno do sistema, seguido por todas as instituições financeiras, desde as menores até os bancos multinacionais (USA, 1993, p. 84). De igual modo, o movimento de recursos financeiros pode ser também verificado por meio da análise dos dados financeiros mantidos pelas empresas, no que se faz necessário conhecimento sobre o funcionamento dos diversos tipos empresariais vigentes no direito empresarial do país⁷, sobre o funcionamento de seus registros contábeis e sobre técnicas de auditoria (USA, 1993, p. 125).

2.3 Standards internacionais

A investigação financeira está tratada em todos os grandes tratados internacionais sobre o combate à criminalidade transnacional. A Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas⁸ prevê que as autoridades internas tenham poderes para identificar e detectar (além de decretar as cautelares reais) os instrumentos, produtos e proveitos do crime (ou seu equivalente, no chamado “confisco pelo equivalente”) para fins de confisco final. Para tal fim, o Poder Judiciário e/ou autoridades administrativas poderão ordenar a apresentação e a apreensão de documentos bancários, financeiros ou comerciais, não podendo, para tanto, ser alegado o sigilo bancário (art. 5º).

6 Ao contrário de alguns crimes em que, muitas vezes, somente estão envolvidos agressor e agredido, os crimes financeiros criam “testemunhas oculares” cada vez que uma transação financeira ocorre. Saber onde encontrar essas “testemunhas” e identificar quais informações elas detêm é a chave de uma bem-sucedida investigação financeira (USA, 1993, p. 67).

7 Formas societárias abusivas podem ser utilizadas para esconder o real proprietário da empresa e para esconder ativos. Conforme Roteiro de persecução patrimonial do MPF: “As operações de reestruturação societária com objetivo fraudulento, conhecidas como ‘alargamento corporativo’, representam um salto evolutivo em relação às técnicas de interposição pessoal. A engenharia societária normalmente parte da criação de empresas de fachada ou do aproveitamento de sociedades inativas, mediante simulação de atividade operacional ou não, para acumulação artificiosa de ativos ou passivos, intermediação de negociatas, ruptura do rastro financeiro ou mero embaraço à identificação de seu beneficiário final.” (MPF, 2017, p. 104).

8 Essa convenção foi concluída em Viena a 20 de dezembro de 1988 e está em vigor internacionalmente desde 11 de novembro de 1990. No Brasil, ela foi promulgada pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Convenção de Palermo⁹, conceitua “bens” como os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos; e “Produto do crime” como os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime (art. 2º). Em seguida, trata da obrigação de os Estados criminalizarem a organização criminosa, a corrupção e a lavagem do produto do crime, bem como criarem condições em seu sistema financeiro nacional para identificação de cliente, registro das operações financeiras e denúncia de operações suspeitas (art. 7º).

Sobre a matéria, a Convenção de Palermo também prevê a necessidade de os Estados possuírem órgãos capazes de identificar, localizar e embargar os instrumentos, produtos e proveitos do crime (ainda que convertidos e misturados) ou seu equivalente, para efeitos de eventual confisco (art. 12), além de repetir a necessidade de acesso a documentos bancários, financeiros ou comerciais.

A Convenção de Palermo ainda estabelece a obrigatoriedade de os Estados cooperarem a fim de combater as infrações nela previstas, inclusive na condução de investigações relativas a movimentação do produto do crime e dos bens dele provenientes e na movimentação de bens, equipamentos ou outros instrumentos utilizados ou destinados a serem utilizados nesses crimes (art. 27), inclusive com a cessão de pessoal especializado (art. 29).

Disposições semelhantes constam da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, a Convenção de Mérida (arts. 31 e 46)¹⁰. Em particular desse tratado, há um capítulo inteiro sobre recuperação de ativos (arts. 51 a 59), em que se destacam atividades de inteligência financeira.

De igual modo, a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo¹¹ conceitua “fundos” como ativos de qualquer espécie, quer tangíveis ou intangíveis, móveis ou imóveis, independentemente da forma como tenham sido adqui-

9 Essa convenção foi adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000 e está em vigor internacionalmente desde 29 de setembro de 2003. Para o Brasil, ela entrou em vigor em 28 de fevereiro de 2004 e foi promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

10 Essa convenção foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e está em vigor internacionalmente em 14 de dezembro de 2005. Para o Brasil, ela entrou em vigor na mesma data e foi promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. No art. 40 dessa convenção, há previsão de que cada Estado Parte velará para que, no caso de investigações penais, existam em seu ordenamento jurídico interno mecanismos apropriados para eliminar qualquer obstáculo que possa surgir como consequência da aplicação da legislação relativa ao sigilo bancário.

11 Essa convenção foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e está em vigor internacionalmente desde 10 de abril de 2002. Para o Brasil, ela foi promulgada pelo Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005.

ridos, e documentos ou instrumentos jurídicos sob qualquer forma, inclusive eletrônica ou digital, que evidenciem o direito a ou o interesse em tais ativos, mesmo sem limitação, créditos bancários, cheques de viagem, cheques bancários, ordens de pagamento, ações, títulos de crédito, obrigações, saques, cartas de crédito. No mais, o tratado contém disposições semelhantes às já citadas em outros acordos internacionais (art. 8º).

Além das convenções citadas, a IF é técnica de destacada importância nos padrões internacionais de recomendação do Grupo de Ação Financeira (Gafi/FATF). De fato, desde a revisão das recomendações, a IF consta como uma das técnicas fundamentais que os Estados devem colocar à disposição de seus agentes na condução de investigações sobre recuperação de ativos, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo e organizações criminosas transnacionais, como parte rotineira de todas as investigações relacionadas a crimes com ganhos financeiros (FATF, 2012, p. 8).

A Recomendação nº 4 do FATF/Gafi trata do confisco e de medidas cautelares sobre instrumentos, produtos e proveitos de crimes relacionados a lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo, indicando aos Estados que as autoridades de aplicação da lei tenham autoridade para identificar e rastrear tais bens, além de outras medidas investigativas apropriadas.

A Recomendação nº 30 do FATF/Gafi dispõe sobre as autoridades de investigação para lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo e indica que elas devem conduzir, nos casos de crimes que geram produtos relevantes, uma **investigação financeira paralela proativa**, de modo que possam rapidamente identificar, rastrear e iniciar ações cautelares de bloqueio e apreensão de bens. Quando necessário, recomenda-se que os Estados empreguem grupos multidisciplinares permanentes ou temporários especializados em investigações financeiras ou patrimoniais, pois, como se verá adiante, as habilidades para a realização de uma IF são, muitas vezes, alheias ao conhecimento rotineiro dos agentes da lei.

Nas notas interpretativas dessa recomendação, o Gafi indica que os Estados devem dispor de autoridades de aplicação da lei responsáveis por garantir que lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo sejam adequadamente investigados por meio da condução de uma investigação financeira. Por “investigação financeira paralela” entende-se a condução de investigação financeira concomitante à investigação criminal tradicional de lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e/ou crimes antecedentes. Note-se que essa investigação paralela nem sempre será recomendável, visto que muitas vezes trata especificamente da autoria e materialidade do próprio crime, como ocorre na investigação de organização criminosa, lavagem de dinheiro e financiamento

ao terrorismo. Somente se observa desejável essa IF paralela quando ela se volta à recuperação de ativos (investigação patrimonial), que tem objetivos e *timing* diversos.

Na Recomendação nº 31, o Gafi trata dos poderes das autoridades de investigação e de aplicação da lei, indicando que autoridades competentes devem ter acesso a todos os documentos e informações necessários para as investigações, bem como para as ações penais e outras ações a elas relacionadas. Esses poderes deveriam incluir o poder de adotar medidas compulsórias para a requisição de registros mantidos por instituições financeiras, Atividades e Profissões Não Financeiras Designadas (APNFDs),¹² e outras pessoas físicas ou jurídicas, bem como para a busca de pessoas e propriedades, para a tomada de declarações de testemunhas e para a busca e obtenção de provas.

De acordo com a mesma recomendação, os países deveriam assegurar que as autoridades de investigação tenham acesso a uma grande variedade de técnicas investigativas adequadas às investigações de lavagem de dinheiro, crimes antecedentes e financiamento do terrorismo, tais como operações encobertas, interceptação de comunicações, acesso a sistemas computacionais e entrega controlada. Além disso, os países deveriam possuir mecanismos efetivos para identificar rapidamente se pessoas físicas ou jurídicas são titulares ou controlam contas-correntes em bancos e devem garantir que as autoridades tenham algum procedimento para identificar ativos sem notificação prévia do proprietário, inclusive podendo solicitar informações relevantes à Unidade de Inteligência Financeira nacional¹³.

12 Na terminologia adotada pelo Gafi, APFND são Atividades e Profissões Não Financeiras Designadas, tais como cassinos, corretores de imóveis, comerciantes de metais preciosos, comerciantes de pedras preciosas, advogados, tabeliães, outros profissionais jurídicos independentes e contadores; refere-se a profissionais liberais que exercem sua profissão de forma independente, sócios ou profissionais empregados em escritórios. Não se refere a profissionais "internos" que sejam empregados de outros tipos de empresas, nem a profissionais que trabalhem para agências do governo que já estejam sujeitas a medidas ALD/CFT; prestadores de serviços a empresas e a *trusts* referem-se a todas as pessoas ou empresas que não estejam cobertas em outras partes dessas Recomendações e que, como empresas, prestem quaisquer dos seguintes serviços a terceiros: atuação como agente formador de pessoas jurídicas; atuação (ou providências para que outras pessoas atuem) como diretor ou secretário de empresa, membro de sociedade ou posição semelhante com relação a outras pessoas jurídicas; fornecimento de domicílio fiscal, endereço ou acomodação comercial, endereço administrativo ou de correspondência de empresa, sociedade ou outro tipo de pessoa jurídica ou estrutura jurídica; atuação (ou providências para que outra pessoa atue) como administrador de um *express trust* ou desempenho de função equivalente em outra forma de estrutura jurídica; atuação (ou providências para que outra pessoa atue) como acionista em nome de outra pessoa.

13 Além das recomendações referidas, o Gafi identifica a importância da investigação financeira no cumprimento das seguintes recomendações: nº 2, relacionada à cooperação e coordenação nacional, que pode se valer de conhecimentos adquiridos por IF para fins de monitoramento; nº 33, relacionada às estatísticas do modo como os estados analisam a efetividade das IFs; nº 3 e 5, relacionados aos mandados de criminalização da lavagem de dinheiro e do financiamento ao terrorismo, consignando que "é extremamente difícil processar com sucesso esses crimes sem uma anterior investigação financeira" (FATF, p. 4); nº 40, que trata de outras formas de cooperação internacional, incluindo as rotineiras transferências de informações financeiras; e nº 32, sobre medidas para detectar o transporte transfronteiriço de moedas e de outros instrumentos negociáveis ao portador, medida de extrema importância para a IF.

2.4 Objetivos

De acordo com o FATF/Gafi, a IF possui os seguintes objetivos: a) identificar os produtos e proveitos do crime, rastreando ativos e iniciando o confisco cautelar por meio de sequestros ou indisponibilidades¹⁴; b) iniciar uma investigação sobre lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo; e c) descobrir a estrutura econômica e financeira da organização criminosa investigada, romper redes de contatos transnacionais e acumular conhecimento sobre eventuais parceiros da empreitada (FATF, 2012, p. 6)¹⁵.

Dessa forma, a IF é um gênero que abarca quatro tipos de possíveis investigações, cada uma destinada a atender seus objetivos: a) investigação patrimonial, voltada para a o rastreamento de ativos e o sequestro cautelar e confisco final; b) investigação financeira voltada a lavagem de dinheiro; c) investigação financeira voltada para o financiamento do terrorismo; e d) investigação financeira voltada a organizações criminosas. De fato, não por acaso, organizações criminosas transnacionais, lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e recuperação de ativos são temas correlatos e representam os grandes desafios no enfrentamento à macrocriminalidade nos tempos hodiernos.

Como se pode supor, os fenômenos estão imbricados, pois não há investigação de crime organizado e terrorismo sem lavagem de dinheiro e sem identificação de ativos confiscáveis (com a respectiva ligação entre os bens e os fatos ilícitos que os geraram). Busca-se o conjunto completo, guiado pelo método da investigação financeira, que tem se provado, ao longo de muitos anos, como um caminho confiável na investigação de tais fenômenos de criminalidade.

A dinâmica do crime organizado e das transações econômicas globalizadas indicam que raramente os instrumentos, proveitos e vantagens do crime se encontram na posse

14 No Brasil, as denominadas “medidas cautelares reais” ou “medidas assecuratórias” no CPP são divididas pela doutrina internacional em: i) sequestro (*seizure*), também chamado de apreensão ou embargo, envolve a tomada física da posse do bem objeto da medida; e ii) restrição (*restraint*), também conhecida como bloqueio, toma a forma de um mandato que restringe a disposição do alvo sobre o bem, sem desapeçamento (BRUN, p. 75-76). Alguns diplomas internacionais e doutrinadores ainda usam termos como congelamento (*freezing*) e bloqueio (*blocking*), ambos englobados pelos conceitos de sequestro e restrição acima referidos.

15 Além desses, o Roteiro de Persecução Patrimonial e Administração de Bens do MPF indica outros objetivos da IF: “Como gênero, a investigação financeira possui os seguintes objetivos: (a) identificar os produtos e proveitos do crime, rastreando ativos e iniciando o *confisco cautelar* através de sequestros ou indisponibilidades; (b) iniciar uma investigação sobre lavagem de dinheiro; (c) descobrir a estrutura econômica e financeira da organização criminosa investigada; (d) romper redes de contatos transnacionais; e (e) acumular conhecimento sobre eventuais parceiros da empreitada. Além disso, a investigação financeira (f) evidencia a existência de interpostas pessoas, empresas de fachada, novos fatos delitivos e novas fontes de prova; (g) facilita a descoberta de pessoas físicas e jurídicas que participaram do *iter* criminoso, conspiraram para a prática delitiva ou promoveram a lavagem de seu produto; (h) viabiliza a identificação dos líderes da organização criminosa, que, embora possam ser desconhecidos pelo agente que pratica o verbo típico, invariavelmente figuram como beneficiários dos lucros da empreitada; (i) dá uma resposta imediata à sociedade e ao mercado; (j) cria inteligência para outros casos; e (l) constitui fator de motivação para a pactuação de acordos de colaboração premiada” (MPF, 2017, p. 41-42).

do agente sem qualquer tipo de ocultação ou dissimulação de sua origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade. Na verdade, raramente se depara, a investigação financeira, com bens que não tenham sido convertidos em ativos lícitos por alguma medida de lavagem de dinheiro. Assim, na maioria dos casos, a análise financeira do alvo termina por desvendar algum tipo de ocultação ou dissimulação. O inverso também pode ocorrer: na investigação de um crime de lavagem de dinheiro, partindo do crime antecedente para o seu produto, a autoridade pode entender conveniente ampliar os atos investigatórios para as circunstâncias de vida do investigado, especialmente seu patrimônio, rendas declaradas e gastos de consumo, uma vez que a atividade de lavagem não necessariamente pode ter-se esgotado na prática da atividade suspeita (MORO, 2010, p. 75).

Dessa forma, infere-se que a investigação financeira é um método investigativo que intenta não só angariar provas sobre o ilícito crime cometido (para ao final possibilitar a aplicação de penas privativas de liberdade) como também visa identificar ativos confiscáveis (para ao final possibilitar a aplicação das penas de confisco). Esse duplo objetivo (prisão e confisco), ausente em qualquer outra técnica investigativa, faz da IF um instrumento extremamente poderoso no combate a essa forma de criminalidade sofisticada¹⁶.

2.5 Produtos e Proveitos Criminosos no Brasil - "Crimes Financeiros"

Os objetivos da IF indicados pelo Gafi/FATF, referido acima, não parecem resumir toda a utilidade da IF. Igualmente, não parecem sedutoras as defesas, em literatura estrangeira, de que a IF se aplicaria aos chamados *financial crimes*, classificação que não encontra paralelo no Brasil¹⁷. Tanto os objetivos da FATF quanto o conceito de *financial crimes* escondem a possibilidade de aplicação da IF no contexto de outros crimes.

16 Questão interessante diz respeito aos reduzidos custos para os órgãos do estado empregarem a IF em comparação com outras técnicas de investigação na obtenção de elementos e na construção de casos. Em muitos deles, tem-se melhor custo-benefício ao desenvolver-se IF na construção dos fatos financeiros para a demonstração da ocorrência de crimes, se comparado com os custos de uma vigilância eletrônica ou física, que é geralmente custosa, e pode, ao final, não produzir nenhuma prova de interesse para o caso (BROWN, 2012, p. 11). De fato, embora exija investimento em capacitação dos investigadores financeiros em conhecimentos não comumente encontrados nos órgãos de investigação (como conhecimentos contábeis e informáticos) e em ferramentas da tecnologia da informação necessária ao processamento dos dados, a IF possui um custo baixíssimo em termos de investimento estatal, em comparação com as potencialidades da ferramenta.

17 Quando se fala em crime financeiro no Brasil, imediatamente são feitas associações com os tipos penais previstos para tutelar o bem jurídico do sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/1986), cujo escopo é reducionista em face até dos demais tipos penais igualmente conceituados como crimes financeiros no estrangeiro. O Departamento do Tesouro dos EUA considera *financial crimes: fraud, tax evasion, bribery, embezzlement, larceny, forgery, counterfeiting, blackmail, extortion, kickback, racketeering, inside trading, money/laundry etc.* (USA, 1993, p. 5-8).

Arrisca-se aqui uma abordagem diferente. Entende-se, neste artigo, a IF como método de investigação passível de aplicação a ilícitos, cíveis ou criminais, que gerem produto ou proveito. Em outras palavras, para se coletar, analisar e empregar dados financeiros em uma investigação, basta que o ilícito em questão gere algum produto ou proveito.

O conceito de produto e proveito é bastante conhecido no Direito Penal nacional, relacionado sempre ao instituto do confisco penal. A doutrina penal brasileira trata o confisco como *efeito automático de natureza extrapenal da sentença condenatória*¹⁸. Assim, ao lado do efeito automático extrapenal de "tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime" (inciso I)¹⁹, o art. 91 do Código Penal prevê o instituto do confisco, ao estabelecer a "a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos *instrumentos do crime*, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do *produto do crime* ou de qualquer bem ou valor que constitua *proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso*" (inciso II)²⁰.

Sobre os efeitos da condenação, a Lei nº 12.683/2012 deu nova redação ao art. 7º, inciso I, da Lei da Lavagem de Dinheiro, estabelecendo ser efeito da condenação a perda, em favor da União (e dos estados, nos casos de competência da Justiça Estadual), *de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nessa lei, inclusive aqueles utilizados para prestar a fiança, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé.*

Entre nós, portanto, o confisco é efeito automático da condenação penal e abrange: i) os instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*), que significam aqueles bens utilizados pelos agentes para a prática do crime no qual houve a condenação, com a ressalva de que só se opera o confisco se esses instrumentos forem bens cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito²¹; ii) do produto do crime (*producta sceleris*), representa a vantagem direta obtida pelo agente com a prática do crime; e iii) do pro-

18 Assim, ao lado do efeito principal da sentença penal condenatória (imposição da pena privativa de liberdade), existem efeitos secundários divididos em: i) efeitos secundários penais (normalmente identificados com a geração da reincidência e de maus antecedentes, a revogação do *sursis* ou do livramento condicional, o lançamento do nome no rol dos culpados etc.); e ii) efeitos secundários extrapenais de aplicação automática (art. 91, CP) ou facultativa (art. 92, CP).

19 Para o qual o juiz deve na sentença fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, na forma do art. 378, inciso IV, CPP. Esse efeito extrapenal destina-se a formar um título executivo judicial para a propositura da ação civil *ex delicto*, na forma dos arts. 63 a 68 do Código de Processo Penal.

20 Além desse confisco de natureza penal, por força do art. 243 da Constituição da República, a Lei nº 8.257/1991 previu um procedimento sumário de confisco civil da glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

21 Note-se que essa exigência de que os instrumentos do crime sejam ilícitos não se aplica àqueles bens utilizados como instrumento dos crimes previstos na Lei Nacional Antidrogas (arts. 62 e 63, Lei nº 11.343/2006).

veito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, que representa a vantagem indireta do crime, o bem adquirido pelo agente em razão da conversão do produto do crime ou do preço do crime (*pretium sceleris*)²².

O rastreio das vantagens direta e indireta – ou, em alguns casos, do próprio instrumento – do crime, como método investigativo, pode ser usado no desvendamento de qualquer ilícito, desde que útil na ótica do investigador. Assim, não há crimes “financeiros” que autorizam a IF e outros crimes para os quais o método é inadequado. Em verdade, as perguntas pertinentes são: o ilícito gerou produto ou proveito? Eles são rastreáveis, de acordo com os meios disponíveis ao investigador? Em sendo rastreáveis, eles são úteis ao desvendamento do caso?

Acima destacamos que a IF tem como objetivos empreender esforços investigativos contra organizações criminosas transnacionais, lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, e para recuperação de ativos. Isso não significa, contudo, que ela somente será empregada nesses casos. O que o FATF pretendeu destacar é que contra organizações criminosas transnacionais, lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, e para recuperação de ativos, a IF é o método essencial, absolutamente necessário para que se apurem esses crimes, pois nenhuma grande investigação desses ilícitos é realizada sem emprego da IF.

Todavia, a IF também pode auxiliar no desvendamento de crimes ou ilícitos civis diversos dos objetivos traçados pelo Gafi. De fato, como consta do Manual Europeu de Investigação Financeira (p. 4), uma investigação financeira é qualquer investigação de assuntos financeiros de uma pessoa, podendo incluir elementos de recuperação de ativos e lavagem de dinheiro, mas pode ter outras utilidades, tais como busca por pessoas desaparecidas ou testemunhas, além de ajudar a melhorar a qualidade de outras investigações, como homicídio, roubo, sequestro, estupro etc.

De fato, se para alguns crimes como lavagem de dinheiro, terrorismo e organização criminosa, a IF se apresenta como método investigativo sem o emprego da qual quase nenhum ou nenhum resultado será obtido, no caso de outros crimes a IF se apresenta como método que pode ajudar a dar melhor qualidade à prova. Basta imaginar, em uma investigação sobre homicídio mediante paga ou promessa de recompensa (art. 121, § 2º, inciso

22 Esse modelo clássico de confisco, baseado na distinção, por vezes difícil, entre produtos, proveitos e instrumentos do crime, é classificado por João Conde Correia, em livro específico sobre o assunto, **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**, como um modelo incompleto e que não corresponde ao desafio de combater uma criminalidade cada vez mais voltada para a maximização de seus lucros. Como instrumento eficaz nesse enfrentamento, o autor destaca o instituto da perda alargada prevista na Lei nº 05/2002 de Portugal e em vários países da União Europeia. Especificamente sobre o assunto, ver DUARTE (2013).

I, CP), serem encontrados contas e valores que foram pagos pelo mandante do crime ao executor imediato. O rastro do dinheiro ajuda nas demais provas, assim como a testemunhas que presenciaram os disparos e as câmeras de vigilância que filmaram a ação.

Em verdade, a depender das particularidades do caso, informações financeiras podem ser parte útil da estratégia de investigação em qualquer tipo de crime que produza produto ou proveito. Para desenvolver essa estratégia, os investigadores devem utilizar os seus conhecimentos e experiência para decidir quais são as ações de investigação mais adequadas. Evidentemente, crimes passionais, como várias situações de homicídio e estupro, não são adequadamente investigados via IF, pois não há dados financeiros para se coletar.

Mesmo na União Europeia, recente estudo sobre as unidades de investigação financeira revelou que existe um disseminado mal-entendido sobre quais são os casos em que a IF pode ser aplicada (SLOT et al., 2015, p. 9-17). Como método, a IF se refere, como já mencionado, à coleta, à análise e ao uso de informações financeiras em investigações sobre ilícitos civis ou penais. Por tal motivo, ela pode ser aplicada a todo e qualquer crime que gere produto ou proveito, desde lavagem de dinheiro, crime organizado, financiamento do terrorismo e recuperação de ativos até um prosaico caso de homicídio. Contudo, mesmo em especializadas unidades europeias, a pesquisa mostrou que majoritariamente a IF continua a ser aplicada aos casos afinados com os objetivos apresentados pela FATF, listados acima, e, somente minoritariamente, em casos de tráfico de drogas e tráfico de seres humanos.

3 O ESTUDO DO MÉTODO

Desde o início deste artigo, afirmou-se que IF é um método de investigação que privilegia a conexão de fatos criminosos por meio de dados financeiros, em uma das abordagens possíveis aos órgãos de investigação do Estado para desvendamento de crimes que geram produto ou proveito. Esse método (verdadeiro *modus faciendi* investigativo) distingue-se dos instrumentos legais disponíveis aos investigadores para obtenção dos dados financeiros, ou seja, as técnicas de investigação. O método de se investigar um ilícito (IF) não se confunde, obviamente, com os meios empregados pelos agentes do Estado para obtenção das provas do ilícito.

Por *técnicas de investigação* entendem-se: todos os institutos jurídicos criados por lei para obtenção lícita de elemento probatório, na forma de ferramentas colocadas à disposição dos agentes do Estado para o desvendamento do ilícito. Elas podem ser divi-

didadas em *técnicas tradicionais* e *técnicas especiais* de investigação. Igualmente, pontua-se a existência de técnicas de investigação reservadas pelo legislador para comportamentos criminosos (como a interceptação telefônica e a telemática) e outras, comuns a investigações cíveis e criminais (como o afastamento do sigilo bancário e fiscal).

A bem da verdade, a divisão entre técnicas tradicionais e técnicas especiais de investigação apresenta um traço de artificialidade, como se estas fossem mais importantes do que aquelas. Na verdade, todos que trabalharam em casos práticos suficientes sabem que o caso é que determina os meios de prova e que, por vezes, a investigação termina com a aplicação das mais prosaicas técnicas investigativas.

Não é esse o caso, evidentemente, das complexas investigações financeiras aqui tratadas – essas, sem dúvida, não prescindem da aplicação das técnicas especiais de investigação. Mas essa constatação somente significa que esses casos demandam meios mais complexos de obtenção da prova, e não que as técnicas a ele aplicadas sejam mais importantes do que os meios tradicionais.

No início do texto, mencionou-se que a IF e um novo tipo de agente aplicador da lei (investigador financeiro) surgiram da necessidade do Estado de enfrentar mais eficazmente a evolução dos crimes que geram produto e proveito. Entretanto, em muitos casos, o seu desvendamento ocorre pela confluência de técnicas especiais e técnicas tradicionais de investigação. A IF não prescinde das tradicionais técnicas de investigação, antes, soma-se a elas.

3.1 Técnicas tradicionais de investigação

No Brasil, normalmente se identificam como *técnicas tradicionais de investigação* aquelas previstas no Código de Processo Penal (CPP), para os casos criminais, e no Código de Processo Civil (CPC), para os casos civis e para os criminais em aplicação subsidiária²³. Essas técnicas são tidas por tradicionais, presumivelmente, porque se aplicam à totalidade dos casos cíveis ou criminais, sem que não exista nenhuma particularidade a ser cumprida exceto os requisitos previstos naqueles diplomas.

23 A aplicação subsidiária do CPC ao processo penal decorre, no entendimento da jurisprudência dos tribunais superiores, do art. 3º do CPP, segundo o qual "A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito". Do referido dispositivo, depreende-se que as técnicas de obtenção de prova previstas no processo civil podem ser aplicadas a casos criminais, por interpretação extensiva dos dispositivos processuais penais acaso existentes ou por aplicação analógica.

No CPP, encontram-se as seguintes técnicas de investigação que independem de ordem judicial: a) apreensão de objetos e instrumentos (art. 6º, inciso II); b) oitiva de ofendido, testemunhas e investigado (art. 6º, incisos IV e V, e arts. de 185 a 225); c) reconhecimento de pessoas ou coisas e acareações (art. 6º, inciso VI, e arts. de 226 a 230); d) exame de corpo de delito e qualquer outra perícia²⁴ (art. 6º, inciso VI, e arts. de 158 a 184); e) reconstituição do crimes (art. 7º); f) requisição da dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos a qualquer órgão público ou empresa privada (art. 13-A, CPP²⁵); e g) prova documental (arts. de 231 a 238).

Em acréscimo, o CPP ainda prevê a técnica da busca e apreensão (arts. de 240 a 250) que, entre outros objetivos, intenta descobrir objetos necessários à prova de infração e colher qualquer elemento de convicção, casos em que deve ser precedida de autorização judicial.

Por sua vez, no CPC (Lei nº 13.105/2015) constam algumas técnicas de obtenção de provas em ilícitos cíveis, tais como nas investigações de improbidade administrativa. São elas: a) lavratura de ata notarial (art. 384); b) depoimentos pessoais (arts. de 385 a 388) e testemunhais (arts. de 442 a 463); c) exibição de documento ou coisa (arts. de 396 a 404); d) produção de prova documental (arts. de 405 a 441); e e) prova pericial (arts. de 464 a 480)²⁶.

Como na seara penal, o caso pode recomendar a realização de busca e apreensão em investigações de cunho cível. O novo Código de Processo Civil (aplicável ao rito dos atos de improbidade administrativa por disposição do art. 17 da Lei nº 8.429/1992), ao extinguir o processo cautelar autônomo, instituiu as tutelas provisórias de emergência, que podem assumir a forma de cautelar ou antecipada, a serem deferidas em caráter antecedente ou incidental (art. 294). No caso de busca e apreensão cível, normalmente se intenta resguardar a prova de ilícitos, de modo que a tutela se reveste de nítido caráter cautelar (conservativo da prova) e com feição antecedente. Na fixação legal do poder

24 São exemplos de perícia que, embora complexas e elucidativas para a IF, são normalmente tratadas como técnica tradicional de investigação: perícia contábil e econômica; perícia de informática sobre dispositivo de armazenamento, equipamento ou sistema; perícia documentoscópica; e perícia eletroeletrônica.

25 O dispositivo limita a requisição da dados cadastrais às investigações sobre os crimes dos arts. 148 (sequestro e cárcere privado), 149 (redução à condição análoga à de escravo) e 149-A (tráfico de pessoas), § 3º do art. 158 (extorsão com restrição da liberdade), e art. 159 (extorsão mediante sequestro) do Código Penal, bem como do art. 239 (envio de criança para o exterior), do Estatuto da Criança e do Adolescente. Todavia, disposição mais ampla existe nos arts. de 15 a 17 da Lei de Organizações Criminosas e no art. 10, § 3º, do Marco Civil da Internet. O grande diferencial do art. 13-A do CPP é estabelecer o prazo de resposta de 24 horas, a partir do que a omissão do órgão se torna ilegal.

26 O CPC ainda se refere à inspeção judicial como meio de prova (arts. de 481 a 484). Todavia, não consideramos aqui tal prova uma técnica de investigação, visto que, ao contrário de todas as outras elencadas, ela somente pode ser produzida em juízo, não no momento da investigação, nem há utilidade de se buscar, via medida cautelar probatória, a realização de inspeção judicial.

geral de cautela do magistrado, o art. 297, CPC, estabelece que “O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória”. Especificamente em relação à tutela de urgência, o CPC prevê que ela “será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 300) e que ela “pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito” (art. 301)²⁷.

A característica compartilhada por quase todos os meios ditos tradicionais de investigação (à exceção do da busca e apreensão) é a desnecessidade de intervenção judicial para sua realização. O contrário, as técnicas especiais de investigação, na maioria, possuem a característica de dependerem, em algum momento da colheita da prova, de autorização judicial para sua legalidade.

Dito isso, o que interessa realmente neste momento é identificar quais dessas chamadas técnicas tradicionais se prestam aos propósitos da investigação financeira. A resposta parece ser intuitiva: se a IF privilegia a conexão de fatos criminosos por meio de dados financeiros, qualquer das técnicas acima elencadas se presta aos propósitos da IF desde que sejam aptas à coleta de dados financeiros.

Nesse sentido, despontam com importância óbvia para a IF a realização de perícias contábeis e computacionais e a busca e apreensão de objetos necessários à prova de infração e qualquer outro elemento de convicção. Quanto à última, os sucessos dos casos *Lava Jato*, no Brasil, e *Mãos Limpas*, na Itália, dão provas de sua importância para captura de elementos de provas que indicam fatos financeiros. A busca e apreensão é utilizada com sucesso para a obtenção de documentos físicos ou eletrônicos que interessam à investigação, quando não convém que o próprio investigado os apresente ao órgão que o investiga.

Seja apreendida por ordem judicial ou apresentada pelo investigado, a prova documental, técnica de investigação tradicionalíssima, adquire na IF redobrada importância, ao se constatar que diversos dados financeiros estão registrados em documentos físicos

27 Sobre o procedimento, o CPC diz que a “petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar em caráter antecedente indicará a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art. 305). Quanto à operacionalização da medida, o CPC oferece resposta no art. 536, aplicável ao caso por determinação do art. 297, parágrafo único. De acordo com o art. 536, § 2º, o mandado de busca e apreensão será cumprido por dois oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, se houver necessidade de arrombamento. De qualquer forma, o juiz poderá requisitar o auxílio da força policial (§ 1º).

ou eletrônicos, como planilhas, arquivos de computador, extratos bancários, contratos, recibos de pagamento, balancetes de empresas, livros empresariais.

Já os livros comerciais representam a escrituração contábil da empresa (art. 1.179 do Código Civil)²⁸ e, muitas vezes, são imprescindíveis para a comparação de entradas e saídas bancárias em perícia contábil. Portanto, é necessário que o investigador financeiro esteja familiarizado com os dados registrados em cada livro obrigatório (livro diário, art. 1.181, CC; livros das sociedades anônimas, art. 100, Lei nº 6.404/1976) e facultativo (livros-caixa, estoque, razão, borrador, conta-corrente etc.) dos modelos empresariais.

É bem verdade que, sobre esses livros empresariais, no art. 1.190 do CC prevê-se o chamado “sigilo empresarial”, no qual se observa que “ressalvados os casos previstos em lei, nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei”. Como exemplo de exceção prevista em lei, há a autorização para que órgãos fazendários examinem esses livros (art. 195, Código Tributário Nacional, e Súmula nº 439, STF)²⁹.

Em casos de investigações de crimes ou ilícitos civis que envolvam a escrituração contábil de empresa, é evidente que a autoridade judiciária pode autorizar a apreensão, consulta ou exibição desses livros pelos órgãos de investigação, visto que seriam prova de ilícitos que se sobrepõem ao “sigilo empresarial”, mesmo porque tais documentos podem permanecer restritos apenas às partes e aos seus procuradores como forma de resguardar os interesses empresariais.

Mesmo os depoimentos prestados por investigados ou testemunhas – outro exemplo de técnica tradicional de investigação – podem ajudar na IF, desde que tratem de dados financeiros. Basta imaginar o caso de testemunha indicar que as transações reais do investigado, em verdade, são realizadas em nome de interposta pessoa com empresa de fachada.

3.2 Técnicas especiais de investigação

Não é preciso rebuscada argumentação para demonstrar que as técnicas tradicionais de investigação, embora possam auxiliar, em alguma medida, em IF, se aplicadas

28 Os livros empresariais são equiparados a documentos públicos para fins penais (art. 297, § 2º, CP) e a escrituração irregular, acaso advinda a falência, é considerada crime (art. 178, Lei nº 11.101/2005). Esses livros devem ser mantidos em boa guarda enquanto não ocorrer a prescrição ou decadência dos atos neles consignados (art. 1.194, CC).

29 Os arts. 420 e 421 do CPC preveem hipóteses de exibição integral e parcial de livros empresariais.

isoladamente, não atendem mais à necessidade de o Estado responder à moderna criminalidade, especialmente quando se trata de sofisticadas organizações criminosas.

A Recomendação nº 31 do FATF/Gafi, já referida, dispõe que os países devem assegurar que as autoridades de investigação tenham acesso a uma grande variedade de técnicas investigativas adequadas, tais como: operações encobertas, interceptação de comunicações, acesso a sistemas computacionais, entrega controlada e identificação de titulares ou controladores de contas-correntes em bancos.

Não por outro motivo, a Lei nº 12.850/2013, ao tratar da investigação criminal e dos meios de obtenção de provas relacionados às organizações criminosas, elencou, sem prejuízo de outras previstas em outras leis: a) colaboração premiada (arts. de 4º a 7º); b) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; c) ação controlada (arts. 8º e 9º); d) acesso a dados telefônicos; e) acesso a dados telemáticos; f) interceptação das comunicações telefônicas; g) interceptação das comunicações telemáticas; h) afastamento do sigilo financeiro e bancário; i) afastamento do sigilo fiscal; e j) infiltração policial (arts. de 10 a 14)³⁰.

Não cabe no escopo deste artigo, tratar das especificidades de cada uma dessas técnicas especiais de investigação, atualmente bastante estudadas em publicações próprias. Deve-se, porém, identificar quais delas se prestam aos propósitos da Investigação Financeira – objeto do artigo. Como já mencionado no tópico anterior: qualquer das técnicas acima elencadas atende aos objetivos da IF, desde que sejam aptas à coleta de dados financeiros.

Na medida em que informações ou dados financeiros representam todos os tipos de informação que estão ligadas a dinheiro, ativos, despesas e finanças, parece evidente asseverar que a IF não se restringe ao afastamento do sigilo bancário porque dados financeiros englobam dados bancários, fiscais, empresariais (contábeis) e telemáticos que tenham importância para conectar pessoas a outras pessoas, locais e eventos no curso da atividade criminal. As técnicas especiais de investigação do afastamento do sigilo bancário, fiscal e telemático, bem como a interceptação de dados telemáticos e, em alguma medida, a interceptação de comunicações telefônicas, a captação ambien-

30 O acesso a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados, informações eleitorais e informações comerciais (arts. de 15 a 17), somente se mostram como explicitações de poderes dos órgãos de investigação mais genericamente previstos nos diplomas tradicionais. Ademais, são técnicas de execução extremamente simples, que consistem, muitas vezes, na mera expedição de ofício para o órgão, requisitando a informação. Embora muito útil, não parece estar no mesmo nível de complexidade das demais técnicas previstas na lei. De igual modo, está a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal. Ora, essa cooperação deveria ser, inclusive, a regra entre as instituições de investigação, não sendo necessário haver uma lei para que isso fosse possível *ex nunc*.

tal e o acesso a dados telefônicos, igualmente, podem contribuir para a obtenção de dados financeiros e para o deslinde de uma IF. A colaboração premiada e a infiltração de agentes policiais também podem se úteis à obtenção de dados financeiros e se prestam à conectividade que caracteriza a IF.

4 CONCLUSÃO

Como método investigativo, a IF termina quando ela não for mais útil ao fim público a que se propõe. Quando os dados financeiros nada mais revelarem, o caso pode estar concluído ou há necessidade de se empregar outro método de solução.

Dado que envolve a identificação de produtos e proveitos do crime para confisco, ou mesmo porque pode envolver outros fatos ilícitos ainda sob análise, a IF não termina quando os elementos de prova são deduzidos pelo Ministério Público em uma ação judicial. De igual modo, a IF pode não ter terminado ainda que haja provimento jurisdicional sobre o caso. Linhas investigativas e bens a serem descobertos podem exigir que dados continuem sendo coletados e analisados por investigadores financeiros. Assim, pode-se afirmar que a IF termina quando ela não for mais útil a nenhum dos propósitos a que se propõe.

Por seus méritos, em face dos resultados que entrega, a IF precisa ser incentivada pelos órgãos de investigação do Estado como ferramenta relativamente barata e de grande impacto na colheita de provas para enfrentamento de um tipo moderno de criminalidade, que exige resposta à altura do Estado.

Embora se repita bastante que basta “seguir o dinheiro”, na prática das investigações financeiras, isso é mais um provérbio do que uma realidade, pois todo o potencial prometido na área de IF nunca se tornou realidade (SLOT et al., 2015). No caso do Brasil, nunca houve uma cultura de emprego de IF em larga escala, exceto em casos paradigmáticos que merecidamente ganharam os noticiários. Todavia, nos inúmeros casos corriqueiros existentes nas unidades de investigação de todo o país (nas polícias civis, federais, promotorias de justiça, procuradorias da República, órgãos fazendários etc.), em que a IF agregaria qualidade à investigação de ilícitos que geram produto e proveito, esse método permanece amplamente desconhecido – panorama que se pretende modificar modestamente com o presente artigo.

Referências

- ALBANESE, Jay S. **Organized Crimes in Our Times**. 6. ed. Cincinnati, Ohio: Ed. Anderson Publishing, 2011.
- ASIA-PACIFIC ECONOMIC COOPERATION – APEC. Anticorruption and Transparency Working Group ACTWG. **Handbook (First Part) – Best Practices in Investigating and Prosecuting Corruption Using Financial Flow Tracking Techniques and Financial Intelligence**, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- Barbacetto, Gianni; Gomez, Peter; Travaglio, Marco. **Operação Mãos Limpas**. Porto Alegre: Ed. Citadel, 2016.
- BELFORT, Jordan. **O Lobo de Wall Street**. Brasília: Planeta, 2013.
- BOISTER, Neil. **An Introduction to Transnational Criminal Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Borrell, Clive; Cashinella, Brian. **Crime in Britain Today**. Inglaterra, Reino Unido: Routledge & K. Paul; 1975.
- BRAGA, Rômulo Rhemo Palitot. **Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2013.
- BRASIL. Corregedoria Nacional de Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Bens Apreendidos**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/corregedoria/MANUAL_DE_GESTO_DOS_BENS_APREENDIDOS_cd.pdf>.
- _____. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Roteiro de atuação: perseguição patrimonial e administração de bens**. Brasília, 2017.
- Brown, Rick et al. The Contribution of Financial Investigation to Tackling Organised Crime: A Qualitative Study. **Research Report n. 65**. United Kingdom: Home Office, 2012. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/116518/horr65.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- BRUN, Jean-Pierre et. al. **Asset Recovery Handbook: a guide for practioners**. Stolen Asset Recovery Iniciative. Washington DC: The International Bank for Reconstruction and Development, 2011. Disponível em: <https://star.worldbank.org/star/sites/star/files/asset_recovery_handbook_0.pdf>.
- CAEIRO, Pedro. Sentido e Função do Instituto da Perda de Vantagens Relacionadas com o Crime no Confronto com outros Meios de Prevenção da Criminalidade Reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento "ilícito"). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 100, p. 453, jan. 2013.
- CORREIA, João Conde. **Da Proibição do Confisco à Perda Alargada**. Portugal: Imprensa Nacional, 2012.
- COUNCIL OF EUROPE. **Criminal money flows on the Internet: methods, trends and multistakeholder counteraction**. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/moneyval/typologies/MONEYVAL282010%299_Reptyp_full_en.pdf>.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. 2. ed. Salvador/BA: Ed. Jus Podivm, 2014.
- DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51.
- DANTAS, Joama Cristina Almeida. **Organizações Criminosas e Corrupção Administrativa: A Expressão do Crime Organizado Endógeno (Um Estudo de Caso no Município de Itaporanga, Estado da Paraíba)**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, 2013.

DUARTE, Ana Patrícia Cruz. **O Combate aos Lucros do Crime** – O mecanismo da "perda alargada" constante da Lei n.º 5/2002 de 11 de Janeiro. A inversão do ónus da prova nos termos do artigo 7.º e as suas implicações. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Criminal)–Universidade Católica Portuguesa. Disponível em: <<http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/13752/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>

ECO, Umberto; SEBEOK, Thomas A. **The Sign of three**. Dupin, Holmes, Peirce. Indiana: Indiana University Press, 1988.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada**. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Recommendations**, fev. 2012. Disponível em: <http://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf>.

FINCKENAUER, James O. Problems of Definition: What is Organized Crime? **Trends in Organized Crime**, v. 8, Issue 3, p. 63-83, Spring 2005.

GOETZ, Kimberly. **An Introduction to Internet-Based Financial Investigations**. England: Gower Publishing, 2011.

GRÉGIO, Grécio Nogueira. LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. A Alienação Antecipada de Bens no Processo Penal e o Estado-Vítima. In: PELELLA, Eduardo; CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral**. 2. ed. Salvador/BA: Ed. Juspodivm, 2013.

HARMAN, Gilbert H. The inference to the Best Explanation. **The Philosophical Review**, n. 1 v. 74, p. 88-95, jan. 1965. Disponível em: <<http://people.hss.caltech.edu/~franz/Knowledge%20and%20Reality/Gilbert%20H.%20Harman.htm>>. Acesso em: 26 jun. 2016.

HOBSBAWN, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HOLANDA. Ministerie en Justitie van Veiligheid. **The 6 need-to-knows about Financial Investigation**. 2016.

LIPTON, Peter. Inference to the Best Explanation. In: W.H. Newton-Smith (Ed.). **A Companion to the Philosophy of Science**. Oxford: Blackwell, 2000. p. 184-193. Disponível em: <<http://www.hps.cam.ac.uk/>>. Acesso em: 26. jun. 2016.

MANNING, George A. **Financial Investigation and Forensic Accounting**. 2. ed. Boca Raton: CRC Press, 2005.

MASI, Carlo Velho. O Discurso Político-Criminal sobre o Crime Organizado no Brasil. **Direito e Justiça**, v. 40, n. 2, p. 171-180, jul./dez. 2014.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. **Lavagem de Dinheiro**. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime da Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Office on Drugs and Crime – UNODOC. Basel Institute on Governance. International Centre for Asset Recovery. **Tracing Stolen Assets: A Practitioner's Handbook**. Switzerland, 2009.

_____. United Nations Office on Drugs and Crime – UNODOC. **Criminal Intelligence** – Manual for Analysts, 2011.

_____. United Nations Office on Drugs and Crime – UNODOC. Basel Institute on Governance. **Investigating and Prosecuting International Corruption and Money Laundering Cases**. February 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OECD. **Investigation and Prosecution of Corruption Offences**. Materials for the Training Course, 2012.

PARDO, Michael S. ALLEN; Ronaldo J. Juridical Proof and the Best Explanation. **Law and Philosophy, Forthcoming; U of Alabama Public Law Research Paper** n. 1003421, jun. 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1003421>. Acesso em: 26 jun. 2016.

POLASTRI, Marcellus. **A Tutela Cautelar no Processo Penal**. 3. ed. Brasília: Ed. Lumen Juris, 2013.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. Salvador/BA: Ed. Juspodivm, 2007.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade Exclusiva do Ministério Público para o Processo Cautelar Penal. In: PELELLA, Eduardo; CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral**. 2. ed. Salvador/BA: Ed. Juspodivm, 2013.

SLOT, Brigitte et al. **Needs assessment on tools and methods of financial investigation in the European Union**. Rotterdam: ECORYS, 2015. (Final report).

SILVA, Gustavo Henrique M. A. O big data como suporte às atividades forenses da perícia criminal. [do] In: XV SIMPÓSIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO E DE SISTEMAS COMPUTACIONAIS, 9 a 12 nov. 2015, Sociedade Brasileira de Computação. **Anais...**, Porto Alegre, RS.

SOUTHWELL, David. **A História do Crime Organizado**. São Paulo: Ed. Escala, 2013.

SULLIVAN, M. Less ons from the last war on tax havens. **Tax Notes** 116.30, p. 327- 337, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Manual Europeo de Investigacion Financeira**. Comisión Europea, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad.

UNITED KINGDOM. **Practice Advice on Financial Investigation**. National Centre for Policing Excellence (NCPE) on behalf of the Association of Chief Police Officers (ACPO), 2006.

UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Pratical Anto-Corruption Measures for Prosecutors and Investigators**. Viena, 2004.

UNITED STATES OF AMERICA. **Financial Investigations**. Departament of the Treasury, Internal Revenue Service, Washington DC, 1993.

WENDT, Emerson; BARRETO, Alesandro Gonçalves. **Inteligência Digital**. Rio de Janeiro: Ed. Brasport, 2013.

2 O SIGILO BANCÁRIO E O FISCO GLOBAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA EM FACE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Ricardo Lima de Oliveira¹
Brenda Silva Vieira²

Resumo: Em face do mundo globalizado, as sociedades se veem diante de uma realidade nunca antes experimentada, na qual as interconexões globais transformam constantemente as relações jurídicas internacionais. Diante do aumento de crimes contra a ordem financeira e tributária, alguns países promulgaram regulamentações com efeitos extraterritoriais, a fim de diminuir ou até de evitar a prática desses ilícitos. É o que se verifica no caso do *Foreign Account Tax Compliance Act* (Fatca), recepcionado pelo Brasil por meio do Acordo de Cooperação Intergovernamental (IGA) e da Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal, os quais determinam o compartilhamento de informações protegidas por sigilo bancário, que, no ordenamento jurídico nacional, é considerado direito fundamental. Cabe ao presente trabalho abordar possíveis divergências entre essas regulamentações internacionais e as leis brasileiras, com ênfase no estudo dos direitos fundamentais assegurados pela CF/88, e concluir, por intermédio da jurisprudência recente, acerca da segurança jurídica existente neste instituto.

Palavras-chave: *Direito tributário. Direito Constitucional. Sigilo bancário. Direito fundamental. Fatca. Extraterritorialidade.*

Abstract: *Due to a globalized world, societies face a reality never before experienced, where global interconnections constantly transform/change/turn international legal relations. Facing an increase of crimes against the financial and tax laws, some countries have promulgated regulations with extraterritorial effects in order to reduce or even prevent the practice of these crimes. This can be verified by in the case of the Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca), received by Brazil through the Intergovernmental Cooperation Agreement (ICA) and the Multilateral Agreement on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, which determine the sharing of information protected by bank secrecy, considered a fundamental right in the national legal system. Therefore, the responsibility of this study to address possible divergences between these international regulations and Brazilian laws, with emphasis to the study of the fundamental rights guaranteed by CF/88, concluding, through recent jurisprudence, the legal security protected to this institute.*

1 Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (UCB), professor universitário, advogado e servidor público.

2 Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, circunscrição de Brasília – DF. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal. Pós-graduanda em Direito Público pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva.

Keywords: *Tax law. Constitutional law. Bank secrecy. Fundamental right. Fatca. Extraterritoriality.*

1 INTRODUÇÃO

Dado o processo de globalização e massificação de tecnologias, o mundo contemporâneo tem percebido grande facilidade e rapidez na troca de informações, e isso inclui bancos, agências financeiras e Fiscos de todos os países que armazenam dados e informações de seus clientes e contribuintes por meio eletrônico a fim de facilitar suas operações.

Consoante doutrina de direito e economia, o cenário jurídico econômico mundial sofre diversas mutações, com o objetivo de ampliar poderes de fiscalização entre os Estados soberanos, que acordam entre si cooperação mútua nesse sentido, observada e respeitada a legislação de cada jurisdição.

Conforme será discutido neste trabalho, observados os riscos existentes na economia e no mercado internacional, diversos países têm criado ou aderido a acordos que visam à troca de informações bancárias, com finalidade precípua de combater a elisão e evasão fiscal, tanto no âmbito financeiro e tributário quanto no âmbito criminal.

Dado que o Brasil é signatário de alguns desses tratados internacionais, primeiramente, será desenvolvida pesquisa a fim de averiguar as limitações que o Estado sofre em suas adesões, visto que a doutrina majoritária e a jurisprudência consideram o direito ao sigilo de dados como cláusula pétrea por interpretação dos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal (CF).

Além do disposto supra, ainda rege no ordenamento jurídico brasileiro o disposto na Lei Complementar (LC) nº 105/2001, que trouxe hipóteses expressas de autorização para quebra do sigilo bancário, bem como procedimentos a serem observados, promovendo um movimento de relativização do conceito de privacidade em matéria de informação financeira, em face do advento de necessidades sociais, tecnológicas e normativas.

Por cúmulo, após análise dos diversos acordos internacionais firmados pelo Brasil, bem como da forma com que esse país trata o sigilo bancário, será apreciada interpretação dada pelo Superior Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) à amplitude do sigilo bancário em face da norma constitucional e legal, respectivamente. Assim, será possível verificar a possibilidade de as normas internacionais serem

recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio, posto que busca confirmar a correta aplicação do sigilo bancário, além de resguardar a devida segurança jurídica, tanto ao contribuinte quanto ao Fisco.

2 FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT (FATCA) E O FISCO GLOBAL

Por mais que o objetivo principal do Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca) fosse o combate à evasão fiscal nos Estados Unidos da América (EUA), seu conceito e aplicabilidade se estenderam a outros países, dada a incidência sobre qualquer investimento realizado por pessoa física ou jurídica em território estadunidense.

Posteriormente, utilizando-se dos objetivos fiscais e jurídicos do Fatca, verificar-se-á sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Tax Information Exchange Agreement (Tiea), o qual sofreu algumas ressalvas para adequação normativa por meio do Acordo de Cooperação Intergovernamental (IGA).

Finalmente, também embasado nos objetivos do Fatca, será desenvolvido estudo acerca da recepção pelo Brasil da Convenção Multilateral Sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal, que ampliou os poderes de fiscalização dos países signatários a mais de 80 jurisdições acordantes.

2.1 Foreign Account Tax Compliance Act (Fatca)

Fatca é a denominação atribuída ao conjunto de normas insertas nas seções 1471 a 1474 do capítulo 4 do Código Tributário norte-americano de 1986 (Internal Revenue Code), com validade desde 1º de janeiro de 2014 (USA). A partir dessas normas, os EUA aumentaram a transparência e fiscalização das informações entre pessoas físicas e jurídicas residentes para fins fiscais, assim consideradas pela regulamentação *us person*.

Tais pessoas, consideradas elementos de conexão, são, respectivamente, cidadãos-americanos, cidadãos naturalizados, cidadãos residentes nos EUA, pessoas que permanecerem neste país por, pelo menos, 31 dias durante o ano corrente e 183 dias durante o triênio, e as que mantenham contas e investimentos por meio de contas abertas em instituições estrangeiras.

A grande inovação trazida por essa regulamentação foi seu efeito extraterritorial, considerando-se que seu conjunto de normas não se limita apenas às *us person*, pois, confor-

me dispõe a Seção 1471, alínea “a”, do *Internal Revenue Code*, as instituições financeiras, nacionais ou estrangeiras que não cooperarem ou não cumprirem as regras de colaboração de informações verdadeiras, serão penalizadas em 30% sobre o montante integral de quaisquer transações financeiras realizadas em território norte-americano³.

Considera-se que os efeitos da regulamentação do Fatca estendem-se a agências financeiras que possuem não só capital financeiro mas também qualquer tipo de investimento econômico em território norte-americano, não sendo obrigatoriamente necessário que possua filial, sede ou nacionalidade nos EUA.

Assim sendo, observadas suas limitações legais e constitucionais, considerando a repercussão de sua imagem internacional, bem como os resultados obtidos pela regulamentação em território norte-americano, o Brasil assinou acordo com o EUA, objetivando a implementação da regulamentação do Fatca em seu território, qual seja, o Tratado sobre Intercâmbio de Informações Tributárias – Tax Information Exchange Agreement (Tiea), que tendo sido ampliado para melhor adequação territorial pelo Acordo de Cooperação Intergovernamental – Intergovernmental Cooperation Agreement (IGA).

2.2 Acordo de Cooperação Intergovernamental (IGA)

No âmbito do Fatca, foi firmado o Acordo de Cooperação Intergovernamental (Intergovernmental Cooperation Agreement – IGA) pelo Ministério da Fazenda e pela embaixada dos EUA no Brasil, um tratado entre os governos brasileiro e norte-americano que versa sobre a troca automática de informações tributárias.

O tratado tem como objeto a assistência mútua das partes acordantes – Secretaria da Receita Federal do Brasil e Internal Revenue Service (IRS dos EUA) – no intercâmbio de informações concernentes aos tributos nele elencados, as quais possam ser pertinentes à administração e ao cumprimento de suas leis internas, a fim de realizar determinação, lançamento, execução ou cobrança em relação às pessoas sujeitas a esses tributos, ou, ainda, para investigação ou instauração de processo relativo a questões tributárias de natureza criminal.

³ UNITED STATES OF AMERICA – USA. Us Government Printing Office. **Congressional Bills**. House Bill. 111th Congress. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 1 mar. 2018. Conforme a alínea a (Em Geral) da Seção 1471 (Retenção de Pagamento às Instituições Financeiras), os requerimentos da subseção são atendidos com relação a qualquer instituição financeira estrangeira.

Ademais, o próprio acordo prevê rol taxativo das possibilidades de uma das partes recusar-se a um pedido, bem como a não imposição a alguma das partes de qualquer obrigação, o que se encontra devidamente exposto no art. VII, §§ 1º e 2º, Tiea.

Todavia, esse instrumento deveria ser ampliado para atender aos requisitos previstos pelo *Fatca*⁴, pois o anúncio do fechamento do Tiea com os EUA suscitou no Brasil posições divergentes em relação a sua conveniência e aplicação, primeiramente quanto ao sigilo bancário previsto na Constituição Federal de 1988, o qual se sustenta por interpretação doutrinária e jurisprudencial de direito fundamental e, segundo, quanto à supremacia do interesse público.

Foi em razão dessa necessidade de ampliação que, em 23 de setembro de 2014, Brasil e EUA renovaram o Tiea por meio do acordo para melhoria da observância tributária internacional e implementação do *Fatca*, no caso, Acordo de Cooperação Intergovernamental – Intergovernmental Cooperation Agreement (IGA), devidamente recepcionado pelo Decreto Legislativo nº 146/2015 e promulgado pelo Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015.

Contudo, com as ressalvas abaixo elencadas, o Brasil limitou a abrangência da obrigação de reportar informações:

- I) Contas individuais em que os saldos não sejam maiores do que o equivalente a cinquenta mil dólares norte-americanos não são obrigadas a serem reportadas;
- II) Contas já existentes, que estão em posse de pessoas jurídicas com saldos não superiores do que o equivalente a duzentos e cinquenta mil dólares norte-americanos não precisam ser reportadas até que o valor do saldo ultrapasse o equivalente a um milhão de dólares norte-americanos;
- III) Organizações sem fins lucrativos, como Organizações Não Governamentais (ONGS), e fundos de pensão não precisam ser reportados;
- IV) Instituições financeiras que não tenham clientes em outros países, também não são obrigadas pela legislação a reportar, desde que sigam pelo menos uma das duas seguintes condições: a primeira é possuir o mínimo de 98% dos valores de suas contas detidos por pessoas físicas residentes no Brasil, e que tenham procedimentos apropriados para identificar e reportar contas detidas por Contribuintes dos Estados Unidos; já a segunda condição é que não possuam mais do que o equivalente a cento e setenta e

4 HOLZMANN, 2016.

cinco milhões de dólares norte-americanos em ativos contabilizados. (SALOMÃO NETO; AL-CONTAR, 2014)

O IGA não possui proibição ou restrição em face da manutenção por bancos de contas de depósitos ou investimento detidas por norte-americanos que residam no Brasil, desde que devidamente reportadas, conforme § 4º, A, do tópico II, que trata das disposições gerais do acordo (BRASIL, 2015).

Por cúmulo, quando observadas as ressalvas destacadas, dada a recepção parcial do acordo e, considerando a ausência de consulta dos agentes interessados, bem como as perspectivas globais quanto à troca automática de informações, ressalta-se a divergência existente entre a finalidade do tratado firmado e o interesse do legislador pátrio, visto que o primeiro requer maior amplitude de aplicação, e o segundo protege o objeto de tal eficácia normativa.

2.3 Convenção multilateral sobre assistência administrativa mútua em matéria fiscal

Motivado pela inovação no âmbito jurídico norte-americano, em protocolo realizado em 1º de junho de 2011, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) convidou seus membros e parceiros-chave (*key partners*) para adesão à Convenção Multilateral Sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal, informalmente denominado Gatca, uma espécie de Fatca global, cujo objeto é o combate à evasão e elisão fiscal por meio de cooperação internacional.

No âmbito da OCDE, em 3 de novembro de 2011, o Ministério da Fazenda assinou a adesão do Brasil à Convenção, contudo apenas como *key partner* (parceiro-chave), não sendo propriamente membro da OCDE, mas apenas participante de alguns comitês da organização, atuando de forma seletiva naqueles que correspondam aos seus interesses.

O Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 105, de 14 de abril de 2016, aprovou o texto da convenção, com reserva ao art. 30, §§ 1º.b, 1º.d e 1º.e. :

ARTIGO 30

RESERVAS

1. No momento da assinatura ou do depósito do respectivo instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação, ou em qualquer data posterior, qualquer Estado poderá declarar que se reserva o direito de:

[...]

b) não prestar assistência em matéria de execução de créditos tributários, ou de multas administrativas, em relação a todos os tributos ou em relação apenas aos tributos de uma ou demais categorias enunciadas no parágrafo 1º do Artigo 2º;

[...]

d) não prestar assistência em matéria de notificação de documentos em relação a todos os tributos, ou apenas em relação aos tributos de uma ou mais categorias enunciadas no parágrafo 1º do Artigo 2º;

e) não aceitar as notificações por via postal, de acordo com o disposto no parágrafo 3º do Artigo 17. (BRASIL, Receita Federal, 2016)

Com as devidas ratificações realizadas pelo Congresso Nacional, o governo brasileiro depositou, perante o secretário-geral da OCDE, em 1º de junho de 2016, o instrumento de adesão à convenção, com as seguintes alterações:

Art. 2º Ao depositar a Carta de Ratificação à Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, em 1º de junho de 2016, o Governo brasileiro fez as seguintes declarações:

I – para a República Federativa do Brasil, a Convenção cobrirá os seguintes tributos listados no Artigo 2º, parágrafo 1º, desse ato internacional (Anexo A da Convenção):

a) parágrafo 1º.a.i: Imposto sobre a Renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido;

b) parágrafo 1º.b.ii: Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público;

c) parágrafo 1º.b.iii.D: Imposto sobre os Produtos Industrializados; e

d) parágrafo 1º.b.iii.G: qualquer outro tributo administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, observando o disposto no caput do parágrafo 1º.b.iii; e

II – a Autoridade Competente para a República Federativa do Brasil é o Secretário da Receita Federal do Brasil (Anexo B da Convenção).

Art. 3º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional atos que possam resultar em revisão do texto da Convenção e ajustes complementares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do inciso I do caput do art. 49 da Constituição.(BRASIL, 2016)

Por meio dessas alterações, o governo brasileiro delimitou a adesão à norma nos seguintes pontos: I) A quais tributos a troca de informações será limitada; II) Reservas quanto a não assistência em matéria de execução de créditos tributários, ou de multas administrativas; III) Não assistência em matéria de execução de créditos tributários, ou de multas administrativas; e IV) Não aceitação de notificações por via postal.

Logo, a referida adesão não agride a soberania porquanto há cláusulas muito explícitas de cumprimento, de atuação e extensão de leis internas, inclusive a impossibilidade de ação que qualifica comportamento contrário às práticas administrativas internas. Isto é, o Poder Executivo brasileiro, ao limitar a aplicação da norma no âmbito nacional, fez isso com a devida faculdade prevista no acordo, qual seja, de adequação aos seus direitos e jurisprudência para que, assim, pudesse a norma ser recepcionada, ainda que não de forma plena, haja vista o direito ao sigilo ser um obstáculo à sua aplicabilidade integral.

3 O SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

Por se tratar de norma à qual o sistema jurídico brasileiro atribui natureza de direito fundamental, será analisada sua interpretação tanto na Constituição brasileira quanto nas Cartas Magnas de outros países, uma vez que o direito ao sigilo bancário é resguardado por todas nações participantes da Organização das Nações Unidas (ONU).

Considerando-se que o Brasil é signatário de tratados internacionais que versam sobre a troca automática e simultânea de informações bancárias para fins fiscais e criminais, por meio de pesquisa doutrinária será verificada a amplitude de sua inviolabilidade, visto que o dever de pagar tributos também constitui norma de direito fundamental.

3.1 O sigilo bancário como espécie de direito fundamental

A cada nova civilização, o conceito e a amplitude do sigilo bancário são alterados, a fim de se adequar a norma às necessidades dessa demanda social, e também do Fisco. Diante disso, de forma breve, o professor Delgado, pautado na doutrina que, em épocas diversas, examinou o sigilo bancário e realizou a seguinte análise das teorias que procuraram fundamentar o instituto:

- a) Teoria Contratualista: O sigilo é oriundo de acordo entre o banco e o cliente, assumindo a instituição financeira a obrigação de guardar segredo

das movimentações de dinheiro que nela são feitas, sempre observados os costumes e a boa-fé;

b) Teoria do Direito à Privacidade: O sigilo bancário integra o campo do direito à privacidade que faz parte dos direitos de personalidade;

c) Teoria Consuetudinária: O sigilo bancário decorre dos compromissos tácitos assumidos entre instituições financeiras e seus clientes, no sentido de não serem levados ao conhecimento de terceiros valores transacionados.

d) Teoria da boa-fé: O sigilo bancário está vinculado ao caráter fiduciário da atividade bancária, fundando-se na boa-fé ou dever de lisura;

e) Teoria do Sigilo Profissional: O sigilo bancário é espécie de sigilo profissional, decorrendo do dever ético do banco de respeitar as informações bancárias, em decorrência da profissão exercida. (DELGADO apud MARTINS; BRITO, 2011, p. 760)

Nessa linha de raciocínio, Gilmar Ferreira Mendes, Coêlho e Branco asseveram o caráter contratualista desse direito, considerando como anuentes o Estado e o indivíduo:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (MENDES; COÊLHO; BRANCO, 2012, p. 205)

Por consequência, o direito fundamental é inerente ao indivíduo que compõe uma nação e obedece a suas regras, sendo espécie de direito que lhe resguarda proteção ao poder supremo do Estado. As normas constitucionais relativas ao sigilo encontram-se em linha com o texto do art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito a proteção da lei. (ONU, 1948)

No Brasil, consoante entendimento doutrinário, o direito ao sigilo de dados bancários é fundamentado no que dispõem os arts. 5º, X e XII, e 60, § 4º, IV, da CF/1988:

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;

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;

[...]

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV – os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Conforme ponderação breve do professor José Augusto Delgado (2011), verificar-se-á que o ordenamento jurídico de outros países ocidentais não difere expressivamente do brasileiro. Assim dispõe o professor sobre o sigilo bancário em:

a) Portugal: Tanto no âmbito constitucional quanto na legislação civil, é garantido o direito à privacidade e à vida íntima, que fundamentam o sigilo bancário. Já o Decreto Lei nº 2, de 09.01.1978, prevê, expressamente, o dever de segredo dos titulares dos órgãos dos bancos e aos seus trabalhadores;

b) Alemanha: Não há regra específica sobre o sigilo, sendo fonte deste direito o direito à personalidade. Esse instituto é reconhecido pelo Direito Privado e pelo Direito Público, podendo sofrer limitações quando houver interesses de ordem pública;

c) Itália: Não há norma específica sobre sigilo bancário, embora seja ele reconhecido pela doutrina e jurisprudência, utilizando-se dispositivos variados do sistema para supervisá-lo. Neste ordenamento o direito o sigilo não é absoluto, cedendo ante supremacia do interesse público;

d) França: O instituto é protegido pelo ordenamento jurídico, embora inexistente norma específica, fundando-se a proteção num conjunto de regras de ordem penal, civil e comercial. Da mesma forma, admite-se a quebra do sigilo em face de interesses de ordem pública;

- e) Suíça: Possui previsão legal específica para proteção do sigilo. No entanto, diferente do que alguns supõem, não possui caráter absoluto. A questão é que utilizam sistema de contas numéricas e, não nominal, preservando o desconhecimento do nome do cliente até mesmo aos funcionários dos bancos.
- f) Inglaterra: Não há nenhuma norma escrita que estabelece sanção à violação do segredo bancário. Neste país o dever de segredo é inerente à atuação do banco, sendo interpretado rigorosamente pelos tribunais ingleses.
- g) Estados Unidos: Possui em seu ordenamento jurídico a *Right to Financial Privacy Act*, lei que dispõe sobre a prestação de informações por parte da instituição financeira apenas em casos de processos administrativos ou judiciais, para solucionar litígios. Essa lei ganhou caráter excepcional, somente podendo ocorrer desde que respeitado o devido processo legal. Assim o direito americano buscou conciliar a defesa ao direito de privacidade, o entendimento aos interesses públicos quanto às informações financeiras e a existência do contraditório.
- h) Argentina: A lei admite exceções nos casos de pedido judicial justificado e de solicitação das autoridades fiscais, desde que preenchidos uma série de requisitos, entre eles a necessidade de procedimento fiscal em andamento, por exemplo.
- i) Uruguai: trata o sigilo bancário como proteção da liberdade, equiparando-o à inviolabilidade da correspondência, além de reconhecer que este instituto constitui um direito à intimidade, vinculado à própria pessoa.
- j) Bélgica: O sigilo bancário também é considerado como sendo protegido, tanto no interesse social, como no interesse dos clientes dos bancos.
- k) Holanda: O sigilo apenas cede ante ordem da autoridade judicial ou penal. (DELGADO, 2011, p. 745-751)

Observa-se que, em nenhum dos ordenamentos jurídicos citados, o sigilo bancário é direito absoluto, mas ainda assim, para sua apreciação se faz necessário, primeiramente, a existência de processo administrativo, fiscal ou penal, e por conseguinte, que a finalidade seja comprovada por fundamentação que assegure o risco de perda do litígio.

Segundo a obra de Souza apud Martins; Brito (2011, p. 717), o sigilo bancário trata de desdobramento do direito à intimidade, sobretudo no que assegura a todos os indivíduos o direito à liberdade e, observadas as consequências que sua violação pode causar, visto atentar contra a própria dignidade da pessoa humana. Considera, ainda, tratar-se de direito fundamental de primeira geração, haja vista a segurança máxima que lhe é atri-

buída pelo art. 6, § 4º, IV, da CF/88, e, por essa razão, não pode ser livremente alterado para atribuir menor relevância ao seu aspecto essencial.

Com a publicação da Lei nº 4.595/1964, que regulamentou o Sistema Financeiro Nacional, observada a norma do art. 38, que determinava a conservação do sigilo das operações pelas instituições financeiras, bem como os serviços prestados aos seus clientes, o legislador, de maneira genérica, regulamentou o regime do sigilo bancário, sem entrar em detalhes sobre as possibilidades de quebra de sigilo para fins de tributação (BRASIL, 1965).

Apesar disso, com a Carta Magna de 1988, o constituinte dispôs sobre ressalvas, no sentido de possibilitar a quebra de sigilo, a qual poderá ser autorizada nos casos em que estejam presentes, de forma simultânea, a) a natureza telefônica da comunicação; b) a ordem judicial, determinando a quebra de sigilo; c) o respaldo legal; e d) especificadamente, para fins de investigação criminal ou instrução penal. Ausentes quaisquer desses requisitos, será indevido o acesso à informação, posta a vulnerabilidade do dispositivo constitucional.

Ainda assim, infraconstitucionalmente, por mais que o sigilo bancário tenha tido respaldo no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, este foi expressamente revogado pela LC nº 105/2001, que trata do sigilo das operações de instituições financeiras, trazendo hipóteses até mesmo de exceções para tal, como nos casos de apuração de ocorrência de ilícito, em qualquer fase do inquérito ou processo judicial (art. 1º, § 4º) e, exercício da competência das comissões parlamentares de inquérito (art. 2º, § 2º, e art. 4º, § 1º).

Segundo Portella apud Martins; Brito (2011, p. 650), a LC nº 105/2001 provocou uma total modificação na forma de se conceber como instituto, uma vez que foi promovida por um movimento de relativização do conceito de privacidade em matéria de informação financeira acerca do cidadão, em linha com o advento de necessidades do contexto social, tecnológico e normativo.

Assim, o legislador limitou a regra de sigilo a parte de alguns setores específicos da atividade privada, tais como as instituições financeiras e empresas ligadas a atividades de mercados de capitais e assemelhados, inclusive empresas administradoras de cartões de crédito.

Daí verifica-se a controvérsia do constituinte e do legislador, considerando que o primeiro observou a regra do Sistema Financeiro Nacional à época, deixando de prever, de forma expressa, norma que impedisse a quebra de sigilo. Já o segundo, consoante

ao mundo contemporâneo, bem como à ausência de preceito fundamental impeditivo, revogou regra infraconstitucional para assegurar hipóteses de exceção a esse direito.

Diante da ausência de previsão expressa constitucional, conforme ensinam Mendes, Coêlho e Branco (2012, p. 414), o direito ao sigilo bancário não é absoluto:

O direito ao sigilo bancário, entretanto, não é absoluto, nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo. (STF, Pet 577, in RTJ 148/367).

Contudo, segundo obra de Martins e Brito (2011, p. 737-739), ainda que não possua a mesma rigidez, o legislador permanece preservando o sigilo bancário, visto que o arbítrio e admissão de sua exceção somente deve ocorrer quando houver autorização judicial. Isso porque, conforme incisos X, XI e XII do art. 5º, tem o contribuinte o direito de preservação de sua intimidade, de sua privacidade e de que terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-las.

Logo, por mais que nos dias atuais quase não haja resquício de garantia de sigilo, consoante aos entendimentos doutrinários supra, para alcançar tais fins, permanece a interpretação da norma constitucional, a qual classifica o sigilo de dados bancários como direito fundamental e, portanto, inviolável.

Contudo, sua inviolabilidade não possui caráter absoluto quando configura em conflito com a supremacia do interesse público, restringindo a obtenção de dados a extensa documentação comprobatória do fato em litígio, por fundamentação jurídica e fática, para que atinja sua finalidade penal ou fiscal. Tal procedimento deve ser observado, pois, por se tratar de cláusula pétreia, mera alteração no entendimento de sua aplicação poderia incorrer em sua abolição.

3.2 Da inviolabilidade do sigilo e do dever de pagar tributo

As autoridades administrativas vêm, ao longo do tempo, procurando encontrar justificativas para quebrar o sigilo de dados independentemente de prévia autorização do Poder Judiciário. Isso porque, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro haveria que se submeter a um intenso processo de transformações para se adequar a estes avan-

ços, que podem ser prejudiciais tanto ao Estado quanto ao contribuinte, considerando o contrato social firmado entre ambos.

No que se refere à exigência de dados, não há que se perder de vista as prerrogativas decorrentes da administração, como o princípio geral de solidariedade tributária. E, embasado nesse princípio, o art. 195 do Código Tributário Nacional (CTN), dispõe da seguinte forma:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los. (BRASIL, 1966)

Isso porque também constitui dever fundamental do contribuinte o ato de pagar tributo, tendo o legislador se preocupado, ao redigir o respectivo texto, em balizar a elaboração das demais regras jurídicas que venham a se referir ao poder de fiscalização tributária do Estado, sem nada informar acerca da conduta de fiscalização, muito menos de disposições restritivas a essa fiscalização em face do direito de privacidade (PORTELLA apud MARTINS; BRITO, 2011, p. 631).

Dada a norma prevista no art. 195, CTN, observado seu poder impositivo, o legislador, atento ao direito fundamental ao sigilo, resguardou alguns limites para a autoridade fiscal que detiver os dados obtidos, redigindo o exposto no art. 198, CTN:

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.

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

- I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;
- II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (BRASIL, 1966)

Verifica-se, portanto, que a norma supra é condizente à proteção da privacidade, uma vez que limita a utilização dos dados em poder da Administração às finalidades essenciais dos procedimentos de fiscalização. Além disso, resguarda uma série de requisitos para que seja reconhecido juridicamente o dado violado, visto que necessita de processo regularmente instaurado para, então, transferir os dados entregues pessoalmente entre os representantes de uma e outra autoridade administrativa, os quais deverão constar em recibo produzido pela autoridade solicitante.

Ainda quanto à conduta que deve manter o agente público que detiver os dados de contribuinte, prevê o art. 11 da LC nº 105/2001:

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência de quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com a orientação oficial. (BRASIL, 2001)

Por isso, se realizado o acesso indiscriminado de agentes do Poder Público às informações bancárias, tal ato se caracterizaria como um atentado de suma gravidade aos direitos do cidadão, visto que esses agentes tenham exercido suas atribuições com rigorosa obediência aos princípios previstos no art. 37, CF/1988 (DELGADO apud MARTINS; BRITO, 2011, p. 769).

4 A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste ponto, serão analisados Recurso Extraordinário (RE) e Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) interpostos perante o STF, a fim de se discutir a abrangência do conceito de direito fundamental em relação ao sigilo bancário e ao dever fundamental de pagar tributo, visto que tais interpretações consolidam o entendimento jurídico acerca do tema, resguardando a segurança jurídica à nação.

4.1 O direito ao sigilo como tema de repercussão geral

Por possuir grande número de recursos interpostos na Corte que versavam sobre a problemática do sigilo de dados face ao Fisco, o Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314/SP⁵ foi incluído ao tema 225 da Sistemática de Repercussão Geral, de relatoria do ministro Edson Fachin. Em conjunto, foram atreladas ao tema a análise de constitucionalidade das normas previstas nos arts. 1º; 3º, § 3º; arts. 5º e 6º, da LC nº 105/2001, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.390⁶, 2.386, 2.397 e 2.859, ambas de relatoria do ministro Dias Toffoli.

A tese defendida nesse RE sustentou-se na inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001, com o fundamento de que o fornecimento de informações sobre a movimentação financeira diretamente ao Fisco, sem autorização judicial, configuraria quebra de sigilo bancário do contribuinte de maneira inconstitucional, por ofensa aos princípios que asseguram ser invioláveis a intimidade e o sigilo de dados, consoante dispõe o art. 5º, X e XII, da CF. Ou melhor, o objetivo comum dos dois dispositivos legais discutidos, em suma, são os mesmos: permitir à administração tributária o acesso direto às informações bancárias dos contribuintes para o fim de cobrar tributos.

Nas palavras do mestre em Direito Público, Baltazar Junior:

A discussão é especialmente interessante por ser representativa da tensão existente entre o interesse social na apuração dos crimes do colarinho branco, como a sonegação fiscal, os crimes contra o sistema financeiro e a lavagem de dinheiro, e a necessária preservação da privacidade do ci-

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **RE 601.314/SP**. Recurso Extraordinário. Tema 225 da Sistemática de Repercussão Geral. Autoriza o Fornecimento de Informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Relator: Edson Fachin. DJe nº 218. Publicação 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=446319&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20218%20-%2019/11/2009>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 2.390/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes. Relator: Dias Toffoli. DJe nº 9. Publicação 21 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310576122&tipo=App=.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

dadão, como previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal (BALTAZAR JUNIOR apud MARTINS; BRITO, 2011, p. 789).

Paralelamente, Mendes, Coêlho e Branco dispuseram da seguinte forma sobre o tema:

O sigilo bancário tem sido tratado pelo STF e pelo STJ como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos.

[...]

O pedido de quebra do sigilo bancário ou fiscal deve estar acompanhado de prova de sua utilidade. Cumpre, portanto, que se demonstre que a providência requerida é indispensável, que ela conduz a alguma coisa.[...]

A quebra do sigilo bancário – ou fiscal –, assim, deve ser adotada em caráter excepcional. Uma vez quebrado o sigilo, os autos que recebem essas informações devem correr em segredo de justiça. Há responsabilidade civil do Estado no descaso para com esse dever.(MENDES; COÊLHO; BRANCO, 2012, p. 414).

Depreende-se que o sigilo bancário possui caráter excepcional, contudo, dada a prova de sua utilidade, pode ser requerida sua averiguação, desde que para atender a fim predeterminado em processo administrativo ou judicial.

Com isso, o ministro Edson Fachin relembrou o movimento global de pressão às práticas de lavagem de dinheiro e evasão de divisas, considerando que, nos últimos anos, houve aumento significativo do apelo internacional pelo fim do sigilo fiscal, tendo o Brasil firmado acordo com a OCDE em 2011 para esse fim.

Logo, o Fisco Global merece seu destaque neste confronto de normas consoante disposto nos tópicos 13 e 24 de seu voto:

13. Todos esses instrumentos de direito internacional trazem mecanismos de controle e cooperação internacional que, em maior ou menor medida, pressupõem a coleta interna e o compartilhamento de informações fiscais e econômicas entre Estados. Ou seja, em sede internacional, a abordagem do tema já pressupõe a ausência de empecilhos internos à obtenção dos dados e caminha no sentido de se estabelecer mecanismos que possibilitem as trocas automáticas de informações, inclusive superando a lógica do pedido específico de informações. Isso tem uma explicação que será melhor desenvolvida à frente: as principais democracias do mundo não im-

põem sigilo aos agentes fiscais em relação aos dados bancários e pautam também suas relações internacionais segundo essa lógica.

24. Quanto ao tratamento dado à matéria pelas Cortes Constitucionais pelo mundo, destaco que as Supremas Cortes da Espanha e da Itália expressamente rejeitaram a ideia de oposição do sigilo bancário às autoridades fiscais, afirmando que simplesmente não é possível se extrair do direito à intimidade e à vida privada uma proteção de acesso dos dados bancários dos Contribuintes em face da Administração Tributária. Nesse contexto, o Brasil se coloca em situação peculiar em relação à absoluta maioria dos países civilizados com a manutenção de um entendimento jurisprudencial excessivamente ampliativo do âmbito de proteção do direito à intimidade e que interdita o acesso a tais dados pela Administração Tributária sem prévia autorização judicial. (STF, 2009)

Em observância ao princípio da capacidade contributiva e ao princípio da isonomia tributária, o relator destacou a dimensão normativa ao dever fundamental do contribuinte de pagar tributos, ressaltando que a criação do Estado é um projeto coletivo e, observado que o contrato social é firmado entre pessoas, e não entre essas e o Estado, é dever de seus anuentes financiar seu objeto.

Ainda quanto ao tema, realizou comparação normativa entre o direito ao sigilo, o direito de pagar tributo e o *princípio da proporcionalidade* para devida aplicação da norma:

33. Em relação ao terceiro subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito, cabe destacar que o afastamento do sigilo bancário para fins fiscais sem prévia autorização judicial corresponde a medida proporcional em sentido estrito, de modo que as eventuais restrições aos direitos fundamentais dos Contribuintes sejam compensadas pela promoção de interesses contrapostos. Trata-se de uma análise comparativa entre custos e benefícios. (STF, 2009)

Em seu entender, no campo da autonomia individual, o Poder Público não ultrapassa os parâmetros constitucionais ao exercer sua liberdade de conformação da ordem jurídica, pois estabeleceu requisitos objetivos para requisição de informação pela administração tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dessas informações, cumprindo o dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Quanto às ADIs, o ministro relator Dias Toffoli, realizando ponderação com o direito fundamental à intimidade e à vida privada, ambos previstos respectivamente nos incisos X e XII da CF/1988, manifestou-se da seguinte forma:

Há que se considerar a inexistência, nos dispositivos combatidos, de violação a direito fundamental, notadamente de ofensa à intimidade. Não haveria 'quebra de sigilo bancário', mas, ao contrário, a afirmação desse direito. Outrossim, seria clara a confluência entre os deveres do Contribuinte — o dever fundamental de pagar tributos — e os deveres do Fisco — o dever de tributar e fiscalizar. Esses últimos com fundamento, inclusive, nos mais recentes compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Nesse sentido, para se falar em 'quebra de sigilo bancário' pelos preceitos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para exposição das informações bancárias obtidas pelo Fisco. (STF, 2016)

Ou seja, o legislador não criou a lei com o objetivo de obstar o dever do Fisco de recolher tributos, mas de proteger o direito do contribuinte de ter suas informações mantidas em sigilo, salvo se instaurado processo administrativo em face dele. Assim, não há que se considerar o sentido da lei em exposição de dados, mas de mera transferência para fins fiscais.

Não obstante, seguindo o mesmo raciocínio manifestado pelo ministro Edson Fachin no processo-paradigma (STF, 2009), o relator destacou o dever fundamental de pagar tributos, evidenciando sua natureza solidária entre os cidadãos, pelo simples fato de pertencerem à sociedade, conforme exposto a seguir:

A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição sine qua non para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão.

Sendo o pagamento de tributos, no Brasil, um dever fundamental, por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal. (STF, 2016)

Isto é, há conflito de direitos fundamentais, tanto do Fisco quanto do contribuinte. Logo, antes de haver sigilo dos dados do contribuinte, este deve patrocinar o Estado que lhe garante tal direito, bem como auxiliá-lo a evitar e combater a evasão fiscal para, assim, serem possíveis a concretização de todos os objetivos sociais e o alcance do bem-estar de todos.

Por todo o exposto, após ponderações supra, os relatores conheceram dos recursos para negar-lhes provimento, tendo sido acompanhados pela maioria dos ministros da Corte, com exceção dos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que reafirmaram a posição adotada no julgamento do RE nº 389.808/PR.

Assim, foi declarada a constitucionalidade da lei complementar, tendo prevalecido em favor da lei, ao menos, três fundamentos: a necessidade de instrumentos eficientes de fiscalização tributária, a estreita conexão entre o acesso à informação e a concretização da justiça fiscal, por meio da capacidade contributiva, e a evidente tendência internacional ao fim do sigilo bancário contra o Fisco e à troca de informações entre os vários países (CORREIA NETO, 2016).

Portanto, verifica-se que o STF entende pela excepcionalidade do sigilo bancário, visto que ponderou sua interpretação baseado em princípios fundamentais do Direito Tributário e Constitucional. Logo, adequou a norma para melhor fiscalização do Fisco em face do interesse público mas também não o deixou livre em suas atribuições, as quais devem ser pautadas no estrito cumprimento da lei.

5 CONCLUSÃO

No caso do IGA, foram destacadas ressalvas quanto à limitação da obrigação do Brasil de reportar informações bancárias de seus contribuintes aos Estados Unidos da América (EUA), a qual pode se dar por limitação de valor, retirando a natureza obrigacional de aplicação da norma, ou por fixação de valores para contas de pessoas jurídicas brasileiras já existentes nos EUA, as quais possuem previsão até mesmo do saldo que não deve ser ultrapassado. Além desses casos, o Brasil também aderiu a ressalva em

face dos valores oriundos de Organizações Não Governamentais (ONGs), ou seja, de instituições financeiras que não tenham clientes em outros países.

Percebe-se, portanto, que o ordenamento jurídico pátrio aderiu a uma quantidade de ressalvas do IGA que dificulta o cumprimento pleno do tratado, pois, tais limitações foram fixadas para proteger o contribuinte. Isso porque a transferência de dados nos EUA se dá de forma automática, sendo que, em âmbito nacional, considerando o sigilo bancário como norma de direito fundamental, se assim fosse, caracterizaria violação desse direito, incorrendo em responsabilidade objetiva do Estado.

Já no caso da Convenção Multilateral Sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Fiscal, o Brasil ainda não é membro, pois não aderiu às normas de incidência relevante, que tratam da transferência de dados de forma automática e simultânea. Na verdade, trata-se apenas de um *key partner* – parceiro-chave –, podendo participar apenas de alguns comitês da organização que correspondam ao seu interesse.

Dada a proteção ao sigilo de dados, o ordenamento jurídico brasileiro aderiu às reservas previstas no acordo, excluindo-se de prestar assistência em matéria de execução de créditos, ou de qualquer obrigação acessória dessa natureza.

Assim, verifica-se que, em ambos os acordos, o Brasil se limitou a aderir às normas de caráter geral, visto tratar o direito ao sigilo de dados como norma de natureza fundamental, consoante interpretação doutrinária e jurisprudencial extraída dos incisos X e XII do art. 5º da CF/1988.

No Brasil, o sigilo de dados se mantém como direito fundamental para a doutrina majoritária, a qual considera esse direito como desdobramento do direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo das correspondências, sobretudo ao que assegura aos indivíduos o direito à liberdade, chegando a alcançar até mesmo a própria dignidade humana.

Ademais, embora seja dever do Estado prover sua atividade financeira, utilizando desses recursos para financiamento dos custos sociais, a ele não é conferida a possibilidade de violação a valores sociais culturais e democráticos, haja vista o previsto na CF/1988.

Todavia, o direito ao sigilo bancário não é absoluto, podendo ser realizada ponderação de sua aplicação, quando em conflito com a supremacia do interesse público. Como exemplo, há o fato de o Fisco possuir o dever de fiscalizar e cobrar o tributo devido pelo

contribuinte, que se resguarda do sigilo de dados para que a autoridade administrativa não atue sobre seu patrimônio.

Por não ser absoluto, o legislador aprovou a Lei Complementar (LC) nº 105/2001, que prevê diversas exceções à quebra de sigilo bancário, visto que a referida norma tratou o instituto jurídico como direito que merecia relativização do conceito de privacidade.

Considerando ser norma relativamente nova, a discussão quanto à sua constitucionalidade chegou ao STF sob temática de repercussão geral atribuída ao RE 601.14/SP, cujo entendimento ficou acordado entre a maioria dos ministros, à exceção dos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, no sentido de que a administração tributária não necessita de autorização judicial para obter informações de operações bancárias dos contribuintes, estando autorizada a usar esses dados para fiscalizá-los e cobrar-lhes tributos.

Portanto, a jurisprudência atual do STF afasta o sigilo de dados, em face do poder de fiscalização do Fisco, que, em âmbito federal será pautada pelos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001 e, no âmbito dos estados, Distrito Federal e municípios, atuará com fundamento no art. 6º da mesma lei, mantendo entendimento sobre o caráter excepcional do sigilo bancário no Brasil.

Dessa maneira, constata-se que o Brasil ainda não está preparado para recepcionar plenamente os tratados firmados no âmbito do Fatca e do Fisco Global, haja vista a quantidade de ressalvas e exceções previstas como condição de sua adesão, posto que tal parcialidade não acarrete sua punição no âmbito internacional.

Além do mais, o Fatca Global versa sobre a troca automática e instantânea de dados entre Fiscos signatários, e a adesão do Brasil ao tratado internacional não alcança o seu devido fim, dada a insegurança jurídica que permeia a inviolabilidade de dados no ordenamento jurídico pátrio, pois, ainda que não disponha de forma expressa sobre a inviolabilidade, sua jurisprudência a considera como norma de direito fundamental excepcional, sujeita a procedimentos específicos e extensamente fundamentados.

Referências

AUTOMATIC EXCHANGE PORTAL – OCDE. **Multilateral Convention On Mutual Administrative Assistance In Tax Matters**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/POR-Amended-Convention.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Considerações sobre o Sigilo Bancário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Tributário**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

BRASIL. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 jan. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e Institui Normas Gerais de Direito Tributário Aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 out.1966 e retificado em 31 out.1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe Sobre o Sigilo das Operações de Instituições Financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 7 mar. 2018.

BRASIL. Banco ABC. Fatca – Foreign Account Tax Compliance Act. **Cartilha para Clientes**, jul. 2014. Disponível em: <https://www.abcbrazil.com.br/ABCBrasil.IB.Publico/manual/Fatca_CARTILHA_PARA_CLIENTES.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2018.

_____. Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para Melhoria da Observância Tributária Internacional e Implementação do Fatca, firmado em Brasília, em 23 de setembro de 2014. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 ago. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8506.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Receita Federal. Decreto nº 8.842, de 29 de agosto de 2016. Promulga o texto da Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária emendada pelo Protocolo de 1º de junho de 2010, firmada pela República Federativa do Brasil em Cannes, em 3 de novembro de 2011. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 ago. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8842.htm>. Acesso em: 12. mar. 2018.

CORREIA NETO, Celso de Barros. O que resta do Sigilo Bancário após Decisão do Supremo? **Revista Consultor Jurídico – Conjur**, São Paulo, 12 mar. 2016, 8h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-12/observatorio-constitucional-resta-sigilo-bancario-decisao-supremo>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Tributário**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

HOLZMANN, Deia Virginia Tidei. **O Sigilo Bancário Brasileiro Face à Nova Regulamentação Americana Foreign Account Tax Compliance Act – Fatca**. São Paulo: ABSP, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário em Matéria Fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Tributário**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011. p. 737-739.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

PORTELLA, André. Direito de Privacidade em Matéria Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Tributário**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

SALOMÃO NETO, Eduardo; AL-CONTAR, Luis Eduardo. GA – O novo aliado do Fatca. **Levy & Salomão Boletim**, nov. 2014. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/files/publicacao/anexo/20141128091559_bjnovembro---iga--o-novo-aliado-do-Fatca.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2018.

SOUZA, Hamilton Dias. O Sigilo e o Direito à Liberdade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo (Org.). **Doutrinas Essenciais de Direito Tributário**, v. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **RE 601.314/SP**. Recurso Extraordinário. Tema 225 da Sistemática de Repercussão Geral. Autoriza o Fornecimento de Informações sobre movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Relator: Edson Fachin. DJe nº 218. Publicação 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=446319&tipo=DJ&descricao=DJE%20N%BA%20218%20-%2019/11/2009>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **ADI 2.390/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes. Relator: Dias Toffoli. DJe nº 9. Publicação 21 out. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310576122&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA – USA. Us Government Printing Office. **Congressional Bills**. House Bill. 111th Congress. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ147/html/PLAW-111publ147.htm>>. Acesso em: 1 mar. 2018.

3 TRANSFERÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO NA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Carlos Augusto Guarilha de Aquino Filho¹

Resumo: Este artigo pretende investigar se o Ministério Público, independentemente de autorização judicial prévia, pode utilizar na persecução penal os dados bancários sigilosos contidos na representação apresentada pelo Fisco. Por meio de pesquisa à doutrina especializada e às decisões dos tribunais, analisa as normas constitucionais e legais que regulam o sigilo bancário, bem como o entendimento jurisprudencial no tocante ao acesso a dados bancários sigilosos pelo Ministério Público e pelo Fisco, com destaque para o julgamento da ADI nº 2.859 pelo Supremo Tribunal Federal. Argumenta que a situação estudada revela um conflito entre interesses constitucionalmente tutelados, o qual deve ser solucionado à luz do garantismo penal integral, sem supervalorizar um interesse em detrimento do outro. Ao final, conclui pela legitimidade do compartilhamento de informações bancárias entre o Fisco e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Sigilo bancário. Compartilhamento. Crimes tributários. Reserva de jurisdição.

Abstract: *This article intends to investigate whether the Public Prosecutor, regardless of previous judicial authorization, can use in criminal prosecution the confidential bank data contained in the report presented by the tax authority. Through research into specialized doctrine and court decisions, it analyzes the constitutional and legal rules governing bank secrecy, as well as the jurisprudence regarding access to confidential bank data by the Public Prosecutor's Office and the tax authority, mainly the decision of ADI 2.859 by the Federal Supreme Court. It argues that the situation under consideration reveals a conflict between constitutionally protected interests, which must be solved according of integral criminal garantism, without overvaluing one interest to the detriment of the other. In the end, it concludes by the legitimacy of the sharing of banking information between the tax authority and the Public Prosecution Service, without the need for judicial decision.*

Keywords: Banking secrecy. Sharing. Tax crimes. Judicial reserve.

1 INTRODUÇÃO

A apuração de ilícitos tributários, tanto na esfera administrativo-fiscal quanto na órbita penal, muitas vezes demanda o acesso a dados bancários sigilosos do contribuinte,

¹ Especialista em Sistema de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Procurador da República no estado de Mato Grosso.

de modo a averiguar possível divergência entre a sua real capacidade econômica, revelada nas diversas operações financeiras que realizou, e as informações fiscais que fez chegar ao conhecimento da autoridade tributária.

Por força da Súmula Vinculante nº 24², o Ministério Público usualmente inicia a persecução penal do delito contra a ordem tributária apenas depois de receber do Fisco a chamada representação fiscal para fins penais, que pode ser instruída com dados bancários requisitados diretamente de instituições financeiras durante o processo de fiscalização.

Dado esse corriqueiro intercâmbio de informações que ocorre entre o Fisco e o Ministério Público na apuração dos delitos tributários, e em vista da jurisprudência que se formou acerca da existência de reserva de jurisdição para o afastamento do sigilo bancário, busca-se, no presente trabalho, analisar se também há necessidade de intermediação do Poder Judiciário a fim de que o Ministério Público, visando aparelhar investigação criminal, receba do Fisco os informes bancários requisitados diretamente das instituições financeiras no bojo do processo administrativo fiscal.

2 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO BANCÁRIO

Pode-se definir sigilo bancário como a obrigação que as instituições financeiras e seus funcionários possuem de manter reserva sobre os negócios dos seus clientes, bem como sobre os dados atinentes a abertura, fechamento e movimentação das contas bancárias e de aplicações financeiras (MENDES; BRANCO, 2014, p. 287).

Não há na Constituição (CF) nenhum dispositivo que consagre expressamente e de modo específico a proteção ao sigilo bancário, razão pela qual tem sido compreendido pela doutrina (CARVALHO, 2007, p. 131) e pela jurisprudência³ como um desdobramento do direito à privacidade, categoria mais ampla que engloba a proteção a diversos aspectos da vida privada do indivíduo, os quais, por dizerem respeito somente a ele, não podem, sem o seu consentimento, sofrer devassa por parte dos particulares e do Estado.

Nessa linha, o sigilo bancário é compreendido como um direito fundamental implícito, derivado do art. 5º, inciso X, da CF, que representa uma cláusula de proteção genérica

2 "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo". (Aprovada na sessão plenária de 02/12/2009, publicada no DJe nº 232 de 11/12/2009, p. 1, e no DOU de 11/12/2009, p. 1).

3 STF, AI 655298 AgR, Relator: Min. Eros Graus, Segunda Turma, julgado em 04/09/2007.

da privacidade, dispondo que “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”(CARVALHO, 2007, p.115).

Para melhor compreender a extensão da proteção constitucional ao sigilo bancário, é necessário abordar a distinção entre o sigilo da comunicação de dados, previsto no art. 5º, XII, da CF, e o sigilo dos dados em si.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF⁴ pelo STF, precedente tido pela doutrina como um *leading case* na temática do sigilo bancário (FELDENS, 2002, p. 211), essa questão foi objeto de debate entre os ministros. Em seu voto-vista, o min. Maurício Corrêa averbou que “não há na Constituição uma disposição expressa que institua o sigilo bancário”. O min. Francisco Rezek, a seu turno, ao tratar do acima transcrito inciso XII, salientou ser “de ciência corrente que ele se refere ao terreno das comunicações: a correspondência comum, as mensagens telegráficas, a comunicação de dados, e a comunicação telefônica”. Já o min. Sepúlveda Pertence afirmou que “no inciso XII do art. 5º da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a *comunicação 'de dados'* e não os '*dados*', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse”.

Efetivamente, o sigilo bancário é uma espécie de sigilo de dados e não de sigilo de comunicação de dados, estando, por isso mesmo, fundamentado no inciso X, e não no inciso XII do art. 5º da CF. A comunicação não se confunde com os dados em si. Os dados são informações estáticas, contidas em um repositório físico (documentos, extratos bancários, registros de ligações telefônicas) ou virtual (computador, mídia digital, *pen drive*), ao passo que as comunicações são informações dinâmicas, representando o fluxo de dados de um ponto a outro, o que se verifica, por exemplo, em ligações telefônicas (MARMELSTEIN, 2014, p. 138). Em vista do seu dinamismo, a comunicação de dados possui maior relevância para a proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo. Essa distinção possui relevância prática, conforme será esclarecido mais adiante.

3 HIPÓTESES DE LIMITAÇÃO AO SIGILO BANCÁRIO PREVISTAS NA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

Conforme já salientado, a CF não previu de forma explícita a proteção ao sigilo bancário, levando doutrina e jurisprudência a entenderem que se trata de prerrogativa al-

4 STF, MS 21729, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001, p. 33.

bergada pela tutela do direito à privacidade. A tarefa de disciplinar com mais detalhes o sigilo bancário coube à legislação infraconstitucional, mais especificamente à Lei Complementar nº 105/2001, que logo no seu art. 1º atribui às instituições financeiras o dever de conservar “sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Nos demais dispositivos, a lei disciplina o modo de exercício desse dever de sigilo, bem assim hipóteses em que ele é excepcionado em prol da proteção a outros interesses relevantes.

O art. 3º prevê a obrigação de fornecimento de informações sigilosas sempre que requisitadas pelo Poder Judiciário, ao passo que o art. 1º, § 4º, contempla a possibilidade de quebra do sigilo bancário para apuração de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial.

No entanto, a referida lei complementar também prevê hipóteses de compartilhamento de informações bancárias *sem necessidade de ordem judicial*. No que interessa aos objetivos do presente trabalho, vale mencionar os seguintes dispositivos que tratam dessa possibilidade: art. 1º, § 3º, inciso IV, segundo o qual não constitui violação do dever de sigilo “a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa”; art. 5º, que impõe ao Poder Executivo o dever de regular os critérios pelos quais as instituições financeiras informarão periodicamente à Receita Federal sobre as operações financeiras realizadas pelos usuários dos seus serviços, matéria posteriormente disciplinada no Decreto nº 4.489/2002; art. 6º, fundamento para o Fisco requisitar às instituições financeiras informes de dados bancários a respeito de contribuintes submetidos a processo de fiscalização tributária, tema regulado com mais detalhamento no Decreto nº 3.724/2001; e art. 9º, que impõe ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários o dever de comunicar o Ministério Público a respeito de crimes dos quais tomem conhecimento no exercício das suas funções, encaminhando a documentação comprobatória pertinente.

Essas disposições legais autorizam, em alguns casos, o fornecimento de dados bancários ao Fisco e ao Ministério Público independentemente de ordem judicial.

Para o Fisco, os informes bancários servem de subsídio à atividade de fiscalização tributária, permitindo a comparação entre a real atividade econômica do contribuinte e aquela declarada (ou não declarada) às autoridades fazendárias. Em caso de descompasso entre essas informações, os dados sobre a movimentação bancária do contri-

buinte podem embasar o lançamento de ofício do crédito tributário em seu desfavor e a aplicação das penalidades administrativas pertinentes.

Já no que concerne à atuação do Ministério Público, o acesso com agilidade aos dados bancários sigilosos objetiva conferir maior efetividade à apuração de crimes das mais variadas espécies, dentre eles os crimes contra a ordem tributária.

No entanto, embora o Supremo Tribunal Federal (STF) tenha reconhecido a constitucionalidade das normas que admitem o acesso direto do Fisco a informes bancários sigilosos, a jurisprudência de outros tribunais, em especial a do Superior Tribunal de Justiça (STJ), vem negando essa possibilidade em relação ao Ministério Público.

3.1 Entendimento do STF a respeito do acesso direto a dados bancários sigilosos pelo Fisco

Foram ajuizadas perante o STF, por diferentes entes legitimados, quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 2.390, ADI nº 2.397, ADI nº 2.386 e ADI nº 2.859) impugnando, dentre outros, os acima mencionados arts. 3º, 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001. O principal alvo das ações foram os arts. 5º e 6º da referida lei complementar.

Os autores das ações argumentaram que os referidos dispositivos, ao permitirem a transferência de dados bancários sigilosos a órgãos da Administração Pública independentemente de ordem judicial, ofenderiam a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (art. 5º, inciso X, da CF), o sigilo das comunicações de dados (art. 5º, inciso XII, da CF), a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF) e o art. 145, § 1º, da CF.

As ações diretas foram julgadas conjuntamente pelo STF, que rechaçou por completo todos os pedidos, reconhecendo a constitucionalidade das normas impugnadas⁵. Antes do julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o tema já havia sido consolidado no âmbito da 1ª Seção do STJ, que, ao apreciar Recurso Especial submetido ao rito do art. 543-C do então vigente Código de Processo Civil de 1973 (recurso representativo de controvérsia)⁶, decidiu pela desnecessidade de ordem judicial para o Fisco ter acesso a dados bancários no curso de processo de fiscalização.

5 STF, ADI 2859, Relator Min. Dias Toffoli, julgado em 24/02/2016, acórdão eletrônico divulgado no Dje-225, em 20/10/2016, publicado em 21/10/2016.

6 STJ, REsp 1134665/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, publicado no DJe de 18/12/2009.

No julgamento pelo STF, o min. Dias Toffoli, relator do caso, ressaltou que os citados dispositivos legais não cancelam nenhuma devassa do sigilo bancário por órgãos do Poder Executivo, mas, sim, o mero fornecimento dos informes ao Fisco, que deverá conservar o sigilo dos dados. Rememorando voto proferido pela min. Ellen Gracie na Ação Cautelar nº 33⁷, na qual o tema também foi abordado, sustentou que nesse intercâmbio de informações não há propriamente afastamento, mas, sim, transferência do sigilo, de modo que os dados, então protegidos na instituição financeira, seguem protegidos quando entregues ao Fisco. Isso significa que, uma vez transferidos da instituição financeira para a administração tributária, os dados permanecerão acobertados pelo sigilo, sendo vedado acesso a eles por pessoas estranhas à atividade de fiscalização.

Pontuou ainda o relator que as normas impugnadas não permitem o acesso indiscriminado por parte do Fisco aos dados sigilosos, estabelecendo uma escala progressiva de liberação dos informes que se inicia, na forma do art. 5º da Lei Complementar nº 105/2001, com o acesso a dados genéricos sobre os titulares das contas e os montantes globais mensalmente por eles movimentados. Em seguida, se, em comparação com outras informações de que dispõe o Fisco, alguma inconsistência for observada nesses dados, surge para a administração tributária a prerrogativa, com esteio no art. 6º da lei complementar, de requisitar às instituições financeiras informações mais detalhadas sobre a movimentação bancária do contribuinte, o que, contudo, nos termos do referido dispositivo legal, somente poderá ocorrer caso exista processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso.

Diante desse balizamento legal que disciplina a transferência do sigilo bancário ao Fisco, rechaçou-se a tese de que admitir o compartilhamento das informações sem prévia autorização judicial representaria indevida devassa na vida financeira dos contribuintes.

Além de demonstrar a ausência de violação aos direitos fundamentais do contribuinte, o voto condutor do julgamento também ressaltou que as normas impugnadas servem ao propósito de concretizar o dever fundamental de pagar tributos, o qual também é protegido pela CF.

Valendo-se das lições do jurista português José Casalta Nabais, expostas no livro intitulado **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**, o min. Dias Toffoli sustentou que existe no ordenamento constitucional brasileiro um verdadeiro dever fundamental de pagar impostos, tendo em vista o modelo de Estado Social projetado na CF de 1988,

7 STF, AC 33 MC, Relator Min. Marco Aurélio, Relator p/ o Acórdão Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-027, divulgado em 09/02/2011, publicado em 10/02/2011.

que alberga a previsão de um rol generoso de direitos sociais, tais como saúde, educação e assistência social. A satisfação desses direitos demanda do Estado o emprego de recursos econômicos para, por exemplo, construir e manter em funcionamento escolas, creches, hospitais, bem como para pagar benefícios assistenciais e previdenciários. Tais recursos são obtidos principalmente por meio da cobrança de tributos, razão pela qual uma eficaz arrecadação tributária, que recai com mais vigor sobre as pessoas físicas e jurídicas com maior capacidade financeira, é essencial para a efetivação dos direitos fundamentais sociais consagrados pela CF, os quais são relevantes primordialmente para aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade econômica.

Nessa linha de raciocínio, ressaltou o referido julgador que, como no Brasil o pagamento de vários tributos é baseado na declaração do contribuinte, dificultar o acesso aos dados bancários por parte do Fisco equivale a praticamente atribuir uma presunção absoluta de veracidade a essas declarações, pois não existe outro modo igualmente eficaz de a administração tributária verificar a idoneidade do conteúdo da declaração.

O min. Roberto Barroso também enfatizou em seu voto o dever fundamental de pagar tributos, sustentando que esse dever é “juridicamente fundamentado quer na feição Fiscal assumida pelo Estado contemporâneo, quer no elenco de direitos fundamentais constitucionalmente previsto e que pressupõem o necessário financiamento”.

3.2 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do acesso direto a dados bancários sigilosos pelo Ministério Público

Ao final da atividade de fiscalização tributária, é possível que o Fisco vislumbre a prática de crime contra a ordem tributária pelo contribuinte. Nesse caso, deve promover perante o Ministério Público a chamada representação fiscal para fins penais, conforme prevê o art. 83 da Lei nº 9.430/1996. No âmbito da Receita Federal do Brasil, essa obrigação é regulamentada pela Portaria nº 2.439/2010, que, em seu art. 3º, estabelece a necessidade de se instruir a representação, dentre outros documentos, com “prova material do ilícito penal e outros documentos sob suspeição que tenham sido apreendidos no curso da ação fiscal” (inciso II). Logo, se os dados bancários sigilosos requisitados pela Receita Federal no curso da fiscalização forem essenciais à demonstração dos indícios de crime, tais dados naturalmente devem ser repassados ao Ministério Público.

Sucedo que, embora o STF tenha reconhecido a constitucionalidade da requisição direta de dados bancários sigilosos pelo Fisco, a jurisprudência do STJ permanece não

admitindo que esses dados sejam compartilhados com o Ministério Público na representação fiscal para fins penais sem prévia autorização judicial, sob pena de nulidade.

Nesse sentido, ao julgar o Recurso em *Habeas Corpus* nº 42.332/PR⁸, a 6ª Turma do STJ, por maioria, decidiu que a permissão de requisição direta de dados bancários sigilosos existe apenas no processo administrativo fiscal, não sendo possível transpor esse entendimento para a seara criminal. A mesma orientação tem sido adotada pela 5ª Turma do STJ⁹.

Nesses precedentes, foi reconhecida a possibilidade de requisição direta de dados bancários sigilosos no âmbito do processo administrativo fiscal, mas se ressaltou que a aproveitabilidade dessas informações para fins penais não prescinde de decisão judicial que decrete o afastamento do sigilo bancário. Com base nessa distinção, reconheceu-se a nulidade das provas decorrentes da alegada quebra de sigilo bancário sem autorização judicial.

Essa orientação jurisprudencial parece partir da premissa de que a Administração Tributária e o Ministério Público estão sujeitos a regramentos jurídicos distintos no tocante ao sigilo bancário, de modo que o fato de o STF ter reconhecido ao Fisco a possibilidade de acesso direto a informes bancários sigilosos não autoriza concluir que o órgão titular da persecução penal esteja dispensado de pedir autorização judicial para ter acesso a esses mesmos dados.

No entanto, esse entendimento conduz a um paradoxo quando analisado em conjunto com a Súmula Vinculante nº 24. É que, nos termos da referida súmula, o Ministério Público deve aguardar a apuração levada a efeito pelo Fisco a fim de promover a responsabilização pelo crime contra a ordem tributária, mas restará impossibilitado de utilizar o resultado dessa apuração para, de pronto, instaurar persecução penal, devendo vencer mais um obstáculo para iniciar a apuração criminal, consistente na obtenção de autorização judicial para compartilhamento dos dados bancários contidos no processo administrativo fiscal.

De outra parte, embora o tema relativo à transferência de sigilo bancário ao Ministério Público para fins penais não tenha sido enfrentado pelo STF no julgamento da ADI nº 2.859 – análise que não poderia ser tratada no julgado em virtude de não integrar a

8 STJ, RHC 42.332/PR, Rel. Ministro Ericson Maranhão (desembargador convocado do TJ/SP), Rel. p/ o Acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/05/2015, publicado no DJe de 29/05/2015.

9 STJ, RHC 72.074/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 06/10/2016, publicado no DJe 19/10/2016.

causa de pedir das ações diretas –, a excelsa Corte valeu-se dessa oportunidade para empreender profunda análise da questão constitucional posta em discussão na causa, como é natural em processos de controle concentrado, promovendo uma verdadeira revisão de diversas teses que ao longo dos anos se formaram na sua jurisprudência acerca do sigilo bancário.

Como se pretende demonstrar na próxima seção, essa releitura empreendida pelo STF na temática do sigilo bancário impõe uma superação dos clássicos posicionamentos sobre a oponibilidade desse sigilo ao Ministério Público, notadamente na persecução dos crimes contra a ordem tributária.

4 ACESSO AO SIGILO BANCÁRIO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA APURAÇÃO DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

4.1 Há reserva constitucional de jurisdição em matéria de sigilo bancário?

Tradicionalmente, a obtenção de dados bancários sigilosos com o fim de aparelhar investigação ou processo criminal é viabilizada por ordem judicial, após “representação” da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público. Isso ocorre porque se consolidou na jurisprudência o entendimento de que se trata de matéria atinente à proteção do direito fundamental à privacidade e, portanto, submetida à reserva de jurisdição.

Segundo Cavalcanti (apud FISCHER; CALABRICH; PELELLA, 2010, p. 296), essa “posição foi estabelecida, em termos finais, completos e até hoje definitivos, no MS n. 21.729-4/DF, julgado em 5.10.1995” pelo STF.

Definindo o que se entende por reserva de jurisdição, Danielle Silva e Leite ensinam:

A reserva de jurisdição ainda é tema pouco explorado na doutrina pátria, estando o seu significado, em princípio, vinculado à existência de determinadas matérias que deveriam ser de apreciação exclusiva dos órgãos jurisdicionais. A atuação do Poder Judiciário já é, genericamente, fixada no texto constitucional, ao se prescrever que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (art. 5º, XXXV). Contudo, em situações específicas, exige-se que a manifestação judicial ocorra *a priori*,

para que só assim haja legitimidade do ato (SILVA; LEITE apud FERNANDES, ALMEIDA; MORAES, 2008, p. 162).

Isso significa dizer que, na investigação criminal, não podem o Ministério Público e a Polícia requisitar diretamente os dados bancários sigilosos que se mostrem essenciais ao esclarecimento dos fatos, devendo, primeiramente, recorrer ao Poder Judiciário a fim de obter autorização para o afastamento do sigilo bancário do investigado, sob pena de a prova ser considerada nula.

No entanto, há julgados que mitigam esse entendimento, merecendo destaque aqueles que se referem à requisição de informações sobre contas bancárias destinadas exclusivamente à movimentação de recursos públicos, como é o caso das chamadas “contas específicas” utilizadas para recebimento, gestão e aplicação de recursos transferidos pela União aos demais entes federativos por meio de convênios¹⁰.

De toda sorte, no tocante a contas bancárias e aplicações financeiras de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, a jurisprudência ainda é rígida quanto à necessidade de observância da reserva de jurisdição, como se demonstrou na seção anterior.

Sucedem que não há rigorosamente nenhum dispositivo constitucional que preveja a necessidade de prévia autorização judicial para o acesso a dados protegidos por sigilo bancário.

Nesse ponto, vale rememorar o que se expôs no item 2 *supra* a respeito da norma constitucional que tutela o sigilo bancário. Como dito, doutrina e jurisprudência entendem que a proteção ao sigilo bancário decorre do art. 5º, inciso X, da Constituição, que prevê, genericamente, a garantia da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sem condicionar a relativização desse direito a prévia autorização judicial. De modo diferente, o inciso XI e XII do art. 5º exigem expressamente ordem judicial para a relativização, respectivamente, da inviolabilidade domiciliar e do sigilo das comunicações.

Não se pode extrair da análise desses dispositivos constitucionais a conclusão de que o direito ao sigilo dos dados, derivado no inciso X do art. 5º, seria absoluto e inviolável, admitindo-se restrição apenas aos direitos à inviolabilidade do domicílio (inciso XI) e ao sigilo das comunicações (inciso XII), tendo em vista que apenas em relação a eles

10 TRF-1ª Região, Apelação Cível 0004042-76.2013.4.01.3200/AM, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Souza Prudente, julgado em 01/10/2014, publicado no e-DJF1 de 09/10/2014; TRF-5ª Região, Apelação Cível nº 497345/RN, Primeira Turma, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, julgado em 10/01/2013.

há previsão expressa de restrição, desde que por meio de ordem judicial. Essa interpretação não se coaduna com a ideia de relatividade dos direitos fundamentais, que, diante de colisões entre interesses constitucionalmente protegidos, admite restrições a esses direitos por meio da técnica da ponderação aplicada ao caso concreto (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 511).

Com efeito, como ensina Luciano Feldens (2002, p. 211-212), “no panorama jurídico-constitucional brasileiro definitivamente não se pode afirmar a existência de direitos consagrados em termos absolutos, a não admitirem, ainda que em momento e circunstâncias especiais, alguma restrição”.

A interpretação mais aceitável é no sentido de que, ao prever expressamente a necessidade de ordem judicial para a restrição de alguns direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre com a prerrogativa prevista no inciso XII do art. 5º (sigilo da comunicação de dados), a CF estabelece uma cláusula de reserva de jurisdição em relação a tais direitos, a qual não existe em relação aos direitos não contemplados com previsão similar, como é o caso do direito fundamental ao sigilo bancário (sigilo de dados).

Também não se pode incorrer no equívoco de compreender o sigilo bancário como um interesse inserido no âmbito de proteção do inciso XII do art. 5º da CF, que protege o sigilo das comunicações e exige ordem judicial prévia para a restrição a esse direito. Ora, como já foi dito no item 2 *supra*, o inciso XII trata da proteção do sigilo comunicacional (correspondência, bem como comunicações telegráficas, de dados e comunicações telefônicas), ou seja, protege o ato comunicacional, e não os dados em si, que constituem o resultado dessa comunicação (FELDENS, 2002, p. 216). Logo, o sigilo bancário, por ser uma espécie de sigilo de dados (assim como sigilo do registro das ligações telefônicas), não está abrangido pelo dispositivo em questão, que trata unicamente do sigilo comunicacional.

Assim, tem-se que o sigilo bancário não é tutelado por norma constitucional que estabeleça expressamente cláusula de reserva de jurisdição, consistindo em direito derivado da proteção genérica à privacidade, prevista no art. 5º, inciso X, da CF.

Em vista disso, como sustenta Marmelstein (2014, p. 141) “a exigência de ordem judicial para a quebra do sigilo de dados é muito mais uma construção jurisprudencial do que uma condição claramente estabelecida no texto constitucional”. Também no senti-

do de que não existe reserva de jurisdição em matéria de sigilo bancário, escreve Eugênio Pacelli de Oliveira (2014, p. 357)¹¹:

A referência feita no inciso XI em relação à inviolabilidade do domicílio, e no inciso XII, ao sigilo das comunicações telefônicas, no sentido da exigência de ordem judicial para a flexibilização dos respectivos direitos, merece, segundo nos parece, uma interpretação inversa daquela sugerida no início de nosso estudo acerca das interceptações telefônicas.

Pensamos que a exigência constitucional de ordem judicial somente deve ser aplicada àquelas hipóteses ali *expressamente* previstas. É dizer: somente para a quebra da inviolabilidade de domicílio e das comunicações telefônicas é que haveria o condicionamento expresso do legislador ordinário. Isso se dá, provavelmente, em razão de ser essa a manifestação da intimidade ou da privacidade mais frequentemente atingida pelas autoridades responsáveis pela persecução penal.

Nas demais, a lei poderá atribuir a outras autoridades do Poder Público a flexibilização da intimidade/privacidade, desde que preenchidos os requisitos da *indispensabilidade da medida, do sigilo quanto ao procedimento e da finalidade pública reservada à providência*. O que deve ser observado, sempre, é a necessidade da flexibilização do direito (à intimidade/privacidade), em face do risco que o exercício de tais direitos, se realizados de modo absoluto e incontestável, poderá causar a outros valores protegidos na ordem constitucional.

Partindo da premissa de que a reserva de jurisdição em matéria de sigilo bancário não deriva expressamente da CF, devendo ser tratada como uma construção jurisprudencial, é forçoso reconhecer que, no julgamento da ADI n.º 2.859 e ações conexas, o STF promoveu uma significativa revisão no seu entendimento anterior a respeito do tema, pois passou a admitir expressamente que lei infraconstitucional – no caso, a Lei Complementar nº 105/2001 – franqueie o acesso ao sigilo bancário por autoridades administrativas independentemente de prévia decisão judicial autorizativa de afastamento do sigilo.

Essa decisão, portanto, vai ao encontro da argumentação desenvolvida neste tópico, pois chancela a conclusão de que não existe cláusula constitucional de reserva de jurisdição no tocante ao sigilo bancário, bem como admite que a legislação infraconstitucio-

¹¹ No mesmo sentido: FELDEN, op. cit., p. 208-228 e CAVALCANTI, op. cit.

nal disponha sobre a transferência de informações bancárias sigilosas a autoridades administrativas independentemente de decisão judicial prévia.

4.2 Transferência de sigilo bancário entre o Fisco e o Ministério Público no interesse da persecução penal

4.2.1 Noções gerais sobre conflitos entre normas constitucionais e sobre os sujeitos habilitados a solucioná-los

Prevalece na doutrina constitucional contemporânea o entendimento de que as normas constitucionais podem entrar em conflito entre si, “sobretudo no quadro de constituições extensas, de natureza compromissória, e composta por muitos preceitos positivados em linguagem aberta”, como acontece com a Constituição brasileira de 1988¹².

Quando se fala na possibilidade de requisição direta de dados bancários sigilosos pelo Ministério Público com a finalidade de aparelhar investigação criminal, emerge um caso de colisão entre, de um lado, as normas constitucionais que tutelam o interesse do investigado na salvaguarda do sigilo das suas operações bancárias e, de outro, o interesse público na persecução penal.

Com efeito, como dito no tópico anterior, não existe cláusula constitucional de reserva de jurisdição no tocante ao sigilo bancário, de modo que a solução da questão ora posta demanda uma ponderação entre os interesses antagônicos em jogo, assim como fez o STF no julgamento da ADI 2.859.

Os constitucionalistas Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 511) definem a ponderação como “técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, que busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto”.

Nem se diga que toda ponderação para solução de conflitos constitucionais deve ser feita exclusivamente pelo Poder Judiciário. Adotar essa ideia tornaria estéril a discussão empreendida no presente trabalho, pois, diante da colisão entre o direito ao sigilo bancário e o interesse público na persecução penal, sempre seria necessária a atuação

12 SARMENTO; SOUZA NETO, op. cit., p. 493.

do Poder Judiciário para resolver o conflito, o que redundaria em admitir, por vias transversas, a existência de uma cláusula constitucional de reserva de jurisdição no presente caso. No entanto, ao julgar a ADI 2.859, o STF, ainda que implicitamente, rechaçou a tese de que existe uma cláusula constitucional de reserva de jurisdição em matéria de sigilo bancário, pois permitiu ao Fisco, baseado em permissivo veiculado em lei infraconstitucional, requisitar dados bancários sigilosos independentemente de ordem judicial.

Nesse passo, convém rechaçar desde logo a equivocada premissa de que a solução de colisão entre normas constitucionais incumbiria privativamente ao Poder Judiciário. Ao contrário, consoante esclarecem Daniel Sarmiento e Cláudio Souza Neto (2012, p. 494), o equacionamento da colisão entre normas constitucionais não é um monopólio jurisdicional, de modo que o legislador, a Administração Pública e até mesmo os particulares podem se ver em situações que demandem a solução de conflitos entre interesses albergados pela CF.

Nesse cenário, de modo a solucionar a colisão de interesses constitucionais analisada neste trabalho, cumpre analisar as normas infraconstitucionais que, de algum forma, revelam a ponderação levada a efeito pelo legislador a fim de solucionar o conflito.

4.2.2 Normas legais que fundamentam o acesso do Ministério Público ao sigilo bancário independentemente de ordem judicial

No tema ora analisado, já existe legislação infraconstitucional apta a fundamentar o acesso direto do Ministério Público, para fins de investigação criminal, a dados bancários sigilosos, independentemente de ordem judicial.

De fato, nesse sentido tem-se a própria Lei Complementar nº 105/2001 – mesmo diploma legal que fundamenta a requisição direta de dados bancários pelo Fisco –, cujo art. 1º, § 3º, inciso IV, dispõe não constituir violação ao dever de sigilo “a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosas”. Na mesma linha, o art. 9º da referida lei complementar impõe ao Banco Central do Brasil e à Comissão de Valores Mobiliários o dever de comunicar ao Ministério Público os indícios da prática de crimes de ação pública de que tomem conhecimento no exercício das suas atividades, instruindo o comunicado com os documentos necessários à apuração dos fatos.

Para além dessas normas, há, em relação ao Ministério Público da União, o disposto no art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), segundo o qual nenhuma “autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”. A incidência desse dispositivo não se restringe ao Ministério Público da União, tendo em vista o art. 80 da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que prevê a aplicação subsidiária, aos ministérios públicos dos estados, das normas previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Ressalte-se que o poder requisitório dos ministérios públicos dos estados e da União não é uma criação das respectivas leis orgânicas, mas, sim, uma obra do Poder Constituinte Originário, que, no art. 129, inciso VI, da CF, previu como função institucional do Ministério Público a prerrogativa de requisitar informações e documentos para instruir os procedimentos administrativos de sua competência, na forma de lei complementar respectiva. É dizer, a Constituição não somente instituiu, por meio de norma inserida em seu texto original, o poder requisitório do Ministério Público, como ainda delegou ao legislador infraconstitucional a tarefa de dispor com maiores detalhes sobre o exercício dessa prerrogativa. Logo, ao prever a inoponibilidade da exceção do sigilo diante de requisições ministeriais, o legislador complementar nada mais fez do que concretizar a previsão constitucional retrocitada, no exercício do poder de conformação que lhe foi atribuído pela CF.

A previsão da inoponibilidade da “exceção de sigilo” ao Ministério Público mostra-se essencial para garantir a efetividade da norma constitucional que garante à Instituição a prerrogativa de requisitar informações e documentos, pois não se pode partir da premissa de que essa prerrogativa existiria apenas para assegurar ao órgão ministerial o acesso a dados não protegidos por sigilo. Fosse assim, o âmbito de abrangência dessa prerrogativa restaria enormemente esvaziado, tendo em vista que, usualmente, as informações mais relevantes para embasar a atuação do Ministério Público não estão disponíveis ao acesso de todos. Na criminalidade econômica, categoria em que se inserem os crimes tributários e a lavagem de dinheiro, os agentes se valem de estruturas empresariais lícitas (ou, em alguns casos, apenas aparentemente lícitas) e de mecanismos protegidos por sigilo (a exemplo das operações financeiras, protegidas pelo sigilo bancário) para encobrir a atividade criminosa, o que dificulta, ou em alguns casos obstaculiza por completo, a atuação do Ministério Público na apuração desses atos criminosos. Para uma atuação exitosa na repressão a essa criminalidade, mostra-se necessário superar,

com mais agilidade, as barreiras que impedem o conhecimento de determinados dados por parte do Ministério Público.

Não se pode, portanto, conferir interpretação restritiva à norma constitucional que consagra os poderes requisitórios do Ministério Público, notadamente porque a Instituição, considerada essencial à função jurisdicional do Estado, possui atuação votada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição da República. Ao contrário de uma interpretação restritiva, a norma, diante da relevância atribuída pelo constituinte originário à atuação do Ministério Público e da necessidade de efetiva repressão à macrocriminalidade econômica, demanda interpretação consentânea com o *princípio da máxima efetividade*, que, segundo Mendes e Branco (2014, p. 95-96), citando Canotilho, impõe que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”.

Não se quer sustentar que essa norma possui caráter absoluto, permitindo em todas as hipóteses o acesso direto do Ministério Público a informações sigilosas, pois há casos em que se faz imprescindível autorização judicial prévia, como no caso das interceptações de comunicações telefônicas, por expressa previsão do art. 5º, inciso XII, da CF.

No entanto, no tocante ao sigilo bancário, que não é protegido por cláusula constitucional expressa de reserva de jurisdição, e na hipótese específica de o Fisco já ter empreendido fiscalização, constatando no bojo de processo regulamente instaurado indícios de cometimento de crime pelo contribuinte, não há razão para impedir o compartilhamento dessas informações, incluindo os dados bancários sigilosos, com o titular da ação penal, pois o art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993, em interpretação conjugada com o art. 1º, § 3º, inciso IV, da Lei Complementar nº 105/2001, permite essa transferência de informações bancárias sigilosas ao Ministério Público.

4.2.3 O equívoco na pretendida distinção entre quebra de sigilo e transferência de sigilo

Diante desse quadro legislativo, verifica-se que já houve no caso em questão uma ponderação levada a cabo pelo legislador, com inspiração constitucional, no sentido de admitir o acesso a dados bancários sigilosos pelo Ministério Público. Nada obstante, e mesmo após o STF decidir que não existe reserva constitucional de jurisdição para o sigilo bancário, permitindo o acesso direto do Fisco a essas informações sigilosas, a jurisprudência do STJ mantém-se firme no seu entendimento de que o Ministério Público não

pode, sem autorização judicial prévia, utilizar como prova penal os informes bancários sigilosos que lhe foram repassados pelo Fisco na representação fiscal para fins penais.

Conforme visto no item 3.2 *supra*, a proibição da transmissão direta dos dados sigilosos para o Ministério Público baseia-se no argumento de que isso representaria quebra de sigilo bancário, o qual, segundo a jurisprudência consolidada acerca do tema, somente pode ocorrer mediante ordem judicial, não sendo lícito ao órgão ministerial “quebrar” por sua própria conta o sigilo bancário.

Essa orientação pretoriana parece partir da compreensão de que, na ADI nº 2.859, o STF não admitiu quebra de sigilo pelo Fisco sem ordem judicial, pois o que estava em jogo naquela causa não era o afastamento ou quebra, mas a mera transferência do sigilo, como pontuado no voto de vários ministros. Logo, esse precedente não poderia ser utilizado para justificar a “quebra” de sigilo que ocorreria na hipótese de o Fisco, sem ordem judicial, repassar ao Ministério Público, por meio da representação fiscal para fins penais, os dados sigilosos que obteve diretamente das instituições financeiras. Em suma, entende a jurisprudência ora analisada que a transmissão de dados bancários sigilosos por parte das instituições financeiras ao Fisco configura *transferência de sigilo*, ao passo que o compartilhamento dessas mesmas informações sigilosas com o Ministério Público, pela via da representação fiscal para fins penais, representaria *quebra de sigilo*, demandando autorização judicial prévia.

No entanto, essa distinção entre *transferência de sigilo*—existente quando o Fisco recebe das instituições financeiras os dados bancários—e quebra de sigilo—supostamente presente quando o Fisco repassa ao Ministério Público, na representação fiscal para fins penais, as informações sigilosas que recebeu das instituições financeiras—não é senão um jogo de palavras que busca diferenciar situações rigorosamente idênticas.

É que, quando o Ministério Público recebe do Fisco os dados bancários sigilosos, o que ocorre, à semelhança do que ocorre quando o Fisco recebe da instituição financeira esses mesmos dados, é uma transferência de sigilo, pois, nos termos do já citado art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993, embora não se possa alegar a “exceção do sigilo” para negar o atendimento de requisições ministeriais, deve o membro do Ministério Público zelar pela “subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”. Caso descumpra esse dever, pode

ser responsabilizado disciplinarmente¹³, penalmente¹⁴ e na esfera da improbidade administrativa¹⁵.

4.2.4 Hipergarantia do sigilo bancário em detrimento do interesse público na persecução penal

Obviamente, os direitos fundamentais do investigado devem ser respeitados na medida da proteção a eles conferida pela CF e pelos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Todavia, em um cenário de conflito entre interesses igualmente tutelados pela CF – no caso, sigilo bancário e interesse público na persecução penal –, não se pode voltar todas as atenções para apenas um dos lados da disputa, desconsiderando a relevância do outro. Agir assim significa incursionar no chamado *garantismo hiberbólico monocular*, uma versão deturpada da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, doutrina que, corretamente compreendida, tem como tese central, nos dizeres de Fischer, Calabrich e Pelella (2010, p. 31), a necessidade de observar rigidamente “não só os direitos fundamentais (individuais e *também* coletivos), mas também os *deveres fundamentais* (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição”.

A postura restritiva adotada pela jurisprudência no tema em voga revela justamente essa face do garantismo penal, que, a pretexto de proteger os interesses do indivíduo, desprestigia por completo os interesses da sociedade na persecução penal.

Modernamente, o Direito Penal é concebido como instrumento de proteção não apenas de bens jurídicos individuais, mas também de bens coletivos e difusos, como o meio ambiente, a regularidade do funcionamento do sistema financeiro, a ordem econômica, entre outros (FELDENS, 2002, p. 31). Os crimes contra a ordem tributária, que visam proteger a regularidade da atividade estatal de arrecadação de tributos, tutelam um bem coletivo de extrema relevância. Como adverte Feldens (2002, p. 86), citando José Casalta Nabais, o tributo não pode ser entendido puramente como um poder para o Estado e um sacrifício para o contribuinte, mas, sim, como “um tributo indispensável a uma vida comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada do Estado”,

13 Nos termos do art. 240, V, “f”, da Lei Complementar nº 75/1993, o membro do Ministério Público está sujeito à sanção de demissão na hipótese de “revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça”.

14 O art. 325 do Código Penal tipifica como crime de “violação de sigilo funcional”, punido com pena de detenção de seis meses a dois anos, ou multa, a conduta de “revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação”.

15 O art. 11, inciso III, dispõe que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios regentes da Administração Pública “revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo”.

não constituindo a arrecadação tributária um fim em si mesmo, mas, sim, “o meio que possibilita ao Estado cumprir os objetivos constitucionalmente programados”. Corroborando a relevância desse bem jurídico, vale lembrar que um dos fundamentos utilizados pelo STF no julgamento da ADI nº 2.859 foi justamente o *dever fundamental de pagar tributos*, cujo descumprimento compromete não somente a manutenção da estrutura do Estado, mas também obstaculiza a concretização dos direitos sociais previstos na CF, tais como saúde, educação e assistência social.

Quando se exige ordem judicial prévia para o Ministério Público ter acesso a dados bancários contidos na representação fiscal para fins penais, a persecução penal dos crimes contra a ordem tributária é prejudicada sem qualquer justificativa plausível.

Ora, não se trata nesse caso de “quebra” de sigilo bancário originariamente determinada pelo Ministério Público, pois os dados bancários em questão já foram objeto de compartilhamento entre a instituição financeira e o Fisco. Esse compartilhamento de dados no âmbito do processo administrativo fiscal ocorre com base em normas infralegais que excepcionam o sigilo bancário em relação ao Fisco, normas cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo STF na ADI nº 2.859. Em relação ao Ministério Público, como visto acima, também existem normas idênticas, ou seja, normas que excepcionam o sigilo de dados em relação a requisições ministeriais, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação. Estando presente quadro normativo semelhante a regular ambas as hipóteses – transferência de sigilo da instituição financeira para o Fisco e transferência de sigilo do Fisco para o Ministério Público –, tratá-las de modo diferente significa violar o princípio da igualdade, causando prejuízo à eficiente persecução dos crimes contra a ordem tributária.

Há quem argumente no sentido de que não se está negando peremptoriamente a possibilidade de o Ministério Público ter acesso aos dados sigilosos, mas tão somente condicionando esse acesso a prévia autorização judicial. É dizer, se o Ministério Público pretende acessar os dados, bastaria, sem maiores dificuldades, fazer um mero requerimento de afastamento do sigilo ao Poder Judiciário. Logo, não haveria nenhum inconveniente em exigir prévia autorização judicial para o compartilhamento dos dados bancários com o Ministério Público. Seria apenas uma formalidade necessária a garantir a preservação do direito à privacidade do investigado.

Sucedem que essa questão não pode ser analisada sob a perspectiva de um caso individualmente considerado e tendo em conta um ambiente ideal de trabalho no Poder Judiciário e no Ministério Público.

Ao contrário, deve ser vista sob o aspecto macro, ou seja, sob a perspectiva de um conjunto de casos de responsabilidade de um mesmo membro do Ministério Público ou de um mesmo juiz, e levando em conta a realidade atual do Sistema Judiciário, em que se verifica um quadro de crescente aumento da demanda de trabalho. Para ilustrar essa assertiva, veja-se que, como consta no **Relatório Justiça em Números 2016: Ano-base 2015**, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cada magistrado de 1º grau – o qual, na situação em análise, receberia a maior quantidade dos pedidos de afastamento de sigilo bancário, pois a maioria das pessoas não possui foro por prerrogativa de função – recebeu uma média de 1.823 casos novos¹⁶ na Justiça Federal, e 1.590 na Justiça Estadual (BRASIL, 2016b, p. 53).

De outra parte, segundo dados divulgados pela Receita Federal do Brasil, somente no ano de 2015 foram elaboradas 2.782 representações fiscais, o “que corresponde a 28,1% de todas as ações fiscais encerradas” (BRASIL, 2016a, p. 20). Não consta informação sobre quantas dessas representações continham dados bancários sigilosos requisitados diretamente pela Receita Federal, mas, considerando o reconhecimento pelo STF da constitucionalidade das normas que permitem a formulação dessa espécie de requisição, é razoável inferir que o uso desse expediente nos processos administrativos fiscais tende a aumentar, o que, por certo, também aumentará a quantidade de representações fiscais para fins penais. De se ressaltar que esses são os dados apenas do Fisco federal, devendo ainda serem levados em conta os Fiscos dos 26 estados, do Distrito Federal e dos 5.570 municípios existentes no Brasil. Logo, caso seja mantida a necessidade de prévia decisão judicial para o Ministério Público ter acesso a esses dados, far-se-á necessária, anualmente, a apresentação de milhares de representações fiscais ao Poder Judiciário.

Sobre esse aspecto da realidade do Sistema Judicial brasileiro, tem-se que a exigência de prévia autorização judicial desencadeará a propositura de inúmeros pedidos de quebra de sigilo, atuando-se dezenas de procedimentos cautelares no Poder Judiciário. Assim, será demandado um tempo significativo para a análise de cada caso pelo procurador ou promotor e elaboração do pedido de afastamento do sigilo, seguida da análise do caso pelo juiz e prolação de decisão. A esse ritmo lento em que se desenvolve a apuração criminal, contrapõe-se a velocidade das operações financeiras e demais atos reveladores da prática criminoso. A partir da evolução tecnológica dos meios de comunicação, complexas operações de lavagem de dinheiro passaram a poder ser executadas com apenas alguns cliques no computador, encobrendo vestígios da atividade

16 “Casos Novos por Magistrado: indicador que relaciona o total de processos ingressados de conhecimento e de execução extrajudicial com o número de magistrados em atuação, não sendo computadas as execuções judiciais”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016: ano-base 2015**. Brasília: 2016, p. 52. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>.

de criminosa; viabilizou-se, com impressionante rapidez, a movimentação de elevadas quantias de dinheiro, transferindo-as para contas no exterior, fora o alcance das autoridades nacionais, ou ocultando-as em nome de empresas de fachada ou laranjas. Diante dessa realidade, o tempo que, na hipótese em análise, será perdido apenas para iniciar a investigação compromete a celeridade da persecução penal, podendo até mesmo fazer com que se perca oportunidade de executar um esforço investigativo exitoso.

Contrapondo-se à tese de que a necessidade de prévia autorização não causaria prejuízos à investigação, argumenta Ramos (2016, p. 583-584):

[...] A argumentação, em geral, funda-se na maior garantia do jurisdicionado associada a nenhum prejuízo à atuação desses órgãos. Ou seja, em outras palavras: “que mal há em, por exemplo, a Autoridade Tributária pleitear ao Juiz a quebra do sigilo bancário em uma investigação fiscal qualquer? Se o pedido for sólido, o juiz autorizará o acesso ou, caso este negue, o Tribunal autorizará, em grau de recurso”.

Com a devida vênia dos entendimentos em contrário, há aqui uma ponderação de valores que é esquecida: de um lado, há o direito à privacidade daquele detentor das contas correntes e dos ativos financeiros; de outro, há os direitos dos terceiros que são protegidos pela atuação dos órgãos de fiscalização, em especial da imensa maioria de brasileiros que exige que o Estado obtenha recursos e assegure os direitos fundamentais sociais, como direito à educação, saúde, moradia, entre outros. Também do outro lado da ponderação, há o direito à igualdade, pois a fragilidade da fiscalização aumenta o ônus de se viver em sociedade, punindo aqueles que voluntariamente cumprem a lei e estimulando outros a descumpri-la, na ausência de temor de sanções concretas.

[...]

No caso do Ministério Público, a exigência de dois agentes políticos (o membro do Ministério Público e o Magistrado) analisarem cada pedido de quebra de sigilo bancário (com a exceção do caso das verbas públicas – vide acima o precedente do STF) ocasiona investigações extremamente demoradas, facilitando sobremaneira a prescrição e estimulando, de novo, a impunidade e novas violações aos direitos de terceiro.

No julgamento da ADI n.º 2.859, esse aspecto da discussão também foi levado em conta pelo STF, como sintetiza o seguinte excerto do voto do min. Roberto Barroso:

[...] ao permitir o acesso direto aos dados bancários, sem prévia autorização judicial, a medida tem o condão de ser mais célere e evitar uma sobrecarga ainda maior do Poder Judiciário, com todos os efeitos sistêmicos dela decorrentes.

Um outro ponto a ser considerado na ponderação dos interesses em conflito é que, como ressaltado pelo min. Roberto Barroso no julgamento na ADI nº 2.859, a proteção ao sigilo bancário não está inserida no núcleo essencial do direito fundamental à privacidade. Confira-se o seguinte trecho do seu voto:

30. De todo modo, ainda que se considere o sigilo fiscal como uma decorrência do art. 5º, X, da CF/88 e, portanto, merecedor de algum nível de proteção constitucional, é preciso reconhecer que se trata de uma dimensão eminentemente patrimonial desse direito, que, além de não ser absoluto, comporta um nível ainda maior de compressão. Assim, em um juízo de ponderação racional com o dever fundamental de pagar tributos e com o princípio da isonomia, materializado na esfera fiscal em um dever de todos os contribuintes de contribuírem de forma equânime para o financiamento do Estado, tal direito pode e deve ceder.

[...]

32. Não tenho dúvidas que o direito à intimidade e à proteção da vida privada dos indivíduos são direitos fundamentais de extrema relevância, já que se ligam diretamente aos valores da liberdade e da dignidade humana, pilares de qualquer Estado que se pretenda Democrático e de Direito. Todavia, considero que a oposição de sigilo bancário à Administração Tributária não tem relação direta com tais garantias constitucionais. Ou, ainda que tenha, não estão no seu núcleo essencial a ponto de apresentarem a eficácia jurídica de regra, como pretendem os defensores de uma concepção quase absoluta de sigilo bancário.

Com efeito, quando se permite o acesso direto a informações bancárias por parte do Ministério Público, não se está impondo sacrifício exacerbado ao direito à privacidade. Muito mais próximo ao núcleo essencial do direito à privacidade estão, por exemplo, as informações sobre o estado de saúde do indivíduo submetido a tratamento médico, pois tais dados não dizem respeito a um aspecto meramente patrimonial da sua vida – como ocorre em relação aos dados bancários. Nada obstante, há precedentes admitindo, sem

maiores restrições, que o Ministério Público requisiute diretamente o prontuário médico do paciente, sem necessidade de autorização judicial prévia¹⁷.

No âmbito do STF, embora se exija autorização judicial prévia para o Ministério Público ter acesso a dados bancários no âmbito de investigação criminal¹⁸, entendeu-se não haver violação do direito à privacidade na obrigação, prevista na Lei nº 9.492/1997, de os tabelionatos de notas fornecerem certidões aos chamados “serviços de proteção ao crédito”, indicando as pessoas que tiveram seus títulos protestados¹⁹. Consoante ensinava Cavalcanti, o STF, ao decidir pela constitucionalidade dessa norma, “harmonizando os direitos envolvidos, entendeu que ‘a relativização da privacidade’ e do sigilo bancário na espécie é uma imposição da economia de uma sociedade de massa” (CAVALCANTI apud FISCHER; CALABRICH; PELELLA, 2010, p. 314). É dizer, não se admite que o Ministério Público requisiute diretamente dados bancários a serem usados como evidências em investigação criminal, atividade indisponível e de interesse público, mas, por outro lado, permite-se que entidades privadas tenham, sem prévia anuência judicial, acesso a informações financeiras de dezenas de milhares de pessoas com a finalidade de produzir conhecimento sobre risco creditício, no interesse de entidades bancárias e do comércio.

Não se quer aqui analisar o acerto ou desacerto das decisões tomadas nos dois precedentes acima citados, mas tão somente utilizá-los como forma de ilustrar a disparidade do tratamento conferido pela jurisprudência ao tema da privacidade quando se trata de discutir o acesso ao sigilo bancário na investigação criminal.

Disso tudo se infere que a orientação jurisprudencial proibitiva da transferência do sigilo bancário entre o Fisco e o Ministério Público não atenta para a relevância constitucional da persecução penal dos crimes tributários, nem leva em conta o prejuízo causado à investigação em razão da exigência de prévia autorização judicial nessa situação. Ao revés, em clara manifestação do garantismo hiperbólico monocular, essa jurisprudência enfatiza tão somente a necessidade de proteção irrestrita do direito fundamental à privacidade, quando, na verdade, o sigilo bancário nem sequer integra o núcleo es-

17 Nesse sentido, os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul: Apelação Cível nº 0831674-96.2013.8.12.0001, Relator Desembargador Divoncir Schreiner Maran, Comarca: Campo Grande, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, julgado em 29/06/2015, registrado em 02/07/2015; Agravo Regimental nº 4011588-72.2013.8.12.0000, Relator Desembargador Divoncir Schreiner Maran, Comarca: Campo Grande, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, julgado em 03/12/2013, registrado em 12/12/2013.

18 MS 21729, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator para o Acórdão Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001, p. 33.

19 STF, ADI 1790 Medida Cautelar, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/1998, publicado no Diário da Justiça de 08/09/2000.

sencial desse direito, que sofre sacrifício mínimo por ocasião do mero intercâmbio de informações bancárias entre o Fisco e o Ministério Público.

De outra parte, vale consignar que, embora o STF ainda não tenha proferido julgamento colegiado acerca do tema em questão, já existem decisões monocráticas reconhecendo que o compartilhamento de informações bancárias entre o Fisco e o Ministério Público sem autorização judicial não configura nulidade²⁰.

4.2.5 Remessa de Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) ao Ministério Público

A Lei nº 9.613/1998, que cuida dos crimes de lavagem de dinheiro, contempla em seu art. 9º um rol de pessoas obrigadas a comunicar às autoridades públicas transações que revelem indícios da prática de crimes.

Entre essas instituições obrigadas a comunicar transações suspeitas de seus clientes às autoridades competentes, estão as instituições financeiras (art. 9º, I, da Lei nº 9.613/1998), as quais, ao prestar tais informações, compartilham com o Poder Público dados acobertados pelo sigilo bancário.

Esses informes são encaminhados ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda que, nos termos dos arts. 14 e 15, tem como uma de suas atribuições analisar e sistematizar os dados sobre transações suspeitas e, havendo indícios de crimes, difundir os chamados Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) aos órgãos encarregados da persecução penal, dentre eles o Ministério Público.

Cuida-se de situação bastante semelhante ao compartilhamento de dados entre o Fisco e o Ministério Público, ou seja, o Coaf recebe das instituições financeiras dados bancários sigilosos indicativos de possível prática criminoso e posteriormente os encaminha ao Ministério Público. Como prevê o art. 11 do Decreto nº 2.799/1998, os RIFs podem ser encaminhados de ofício pelo Coaf como também mediante solicitação do órgão interessado.

Contudo, diferentemente do que vem entendendo o STJ no tocante ao intercâmbio de informações entre o Fisco e o Ministério Público, para o compartilhamento de dados bancários sigilosos entre o Coaf e o Ministério Público o mesmo Tribunal entende que

20 STF, ARE 953058/SP, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática proferida em 25/05/2016, DJe-109 de 30/05/2016. RE 1105425, Relator Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJe-046 divulgado em 09/03/2018 e publicado em 12/03/2018.

não há necessidade de autorização judicial, sendo perfeitamente possível a utilização do RIF na persecução penal²¹.

Verifica-se, portanto, que tanto os RIFs difundidos de ofício pelo Coaf como aqueles produzidos por solicitação do Ministério Público podem ser compartilhados com esta instituição independentemente de decisão judicial, não obstante os relatórios contenham informes sobre dados bancários sigilosos. Logo, não há razão para conferir tratamento diverso ao intercâmbio de informações entre o Fisco e o Ministério Público, pois o que se opera nesse caso não é uma quebra de sigilo bancário, mas mera transferência de sigilo legalmente autorizada, a exemplo do que ocorre na remessa do RIF pelo Coaf ao Ministério Público.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se no presente trabalho, em síntese, analisar o impacto do julgamento da ADI nº 2.859 no regime jurídico do intercâmbio de informações entre o Fisco e o Ministério Público no tocante à persecução penal dos crimes contra a ordem tributária. Naquela ação direta, o STF reconheceu a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permitem ao Fisco requisitar diretamente às instituições financeiras, sem necessidade de autorização judicial, os dados bancários dos contribuintes, de modo a instruir processo administrativo de fiscalização tributária.

A leitura isolada da parte dispositiva desse julgado pode dar a entender que o seu âmbito de aplicação é restrito à seara administrativo-fiscal. No entanto, os fundamentos percorridos pelo STF para chegar a essa conclusão revelam que o precedente também produz reflexos na persecução dos crimes contra a ordem tributária.

Em primeiro lugar, o só fato de se admitir que, por força de lei, autoridade integrante do Poder Executivo, sem autorização judicial prévia, requisite diretamente a instituições financeiras informes bancários sigilosos significa dizer que não há reserva constitucional de jurisdição em matéria de sigilo bancário, estando o legislador infraconstitucional autorizado a prever hipóteses de acesso ao sigilo bancário por autoridades administrativas sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário. Isso não representa nenhuma ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da CF,

21 STJ, RMS 52.677/SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017. STJ, HC 349.945/PE, Rel Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017.

pois o interessado pode perfeitamente promover o controle jurisdicional repressivo da medida, ou seja, *a posteriori*.

Logo, o STF assentou que, no tocante ao sigilo bancário, a reserva de jurisdição não é constitucional, mas, sim, legal, sendo regulamentada pela Lei Complementar nº 105/2001, que prevê tanto o dever de manutenção do sigilo bancário como também as hipóteses de mitigação a esse sigilo.

Nos fundamentos do acórdão, o STF fez questão de enfatizar que, quando o Fisco requisita informações bancárias às instituições financeiras sem intermediação judicial, não há quebra de sigilo, mas mera transferência, pois, uma vez compartilhados com a autoridade tributária, os dados não são publicizados, permanecendo em sigilo. Embora não abordado no julgamento – pois não fazia parte da causa de pedir –, é forçoso reconhecer que o mesmo ocorre quando o Fisco compartilha os dados bancários sigilosos com o Ministério Público, tendo em vista que o agente ministerial tem o dever de conservar o sigilo das informações, sob pena de ser responsabilizado. Portanto, quando o Ministério Público recebe a representação fiscal para fins penais contendo dados bancários sigilosos, não há que se falar em quebra de sigilo, mas sim em transferência desse sigilo.

Essa transferência de sigilo entre o Fisco e o Ministério Público, por sua vez, encontra fundamento legal no art. 1º, § 3º, inciso IV, da Lei Complementar nº 105/2001 e no art. 8º, § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993, como visto no item 4.2.2 *supra*. Nem se diga que a norma seria inconstitucional ou inaplicável ao sigilo bancário em vista da reserva de jurisdição, pois, consoante já ressaltado, não existe reserva constitucional de jurisdição em matéria de sigilo bancário. Dessa forma, as disposições em questão constituem mais uma exceção *legal* à reserva *legal* de jurisdição referente ao sigilo bancário, estando em consonância com o art. 129, VI, da Constituição, que consagra os poderes requisitórios do Ministério Público.

Nada obstante, mesmo após o julgamento da ADI nº 2.859, o STJ vem entendendo que, embora o Fisco possa legitimamente obter dados bancários sem autorização judicial a fim de instruir processo administrativo de fiscalização tributária, ainda seria necessária autorização judicial para o compartilhamento dessas informações com o Ministério Público. Em suma, tem-se entendido que, no julgamento da ADI n.º 2.859, o que o STF julgou constitucional foi a transferência do sigilo bancário, sem necessidade de ordem judicial, das instituições financeiras para o Fisco, ao passo que o Ministério Público permanece dependente de autorização do Poder Judiciário para utilizar esses mesmos dados sigilosos na persecução penal dos crimes tributários correspondentes.

Mostra-se imperioso, portanto, que essa jurisprudência seja revista à luz dos fundamentos lançados pelo STF no julgamento da ADI n.º 2.859, os quais, como ressaltado, promoveram uma revisão em vetustas teses da Corte Suprema acerca do sigilo bancário, principalmente naquela alusiva à existência de reserva constitucional de jurisdição para o acesso a dados dessa natureza. Como visto, embora o STJ insista na tese contrária, já há no STF decisões monocráticas da lavra do min. Gilmar Mendes na qual esses fundamentos são levados em conta para assentar a legitimidade do compartilhamento de dados bancários entre o Fisco e o Ministério Público sem necessidade de ordem judicial.

Além de não atentar para a distinção entre *quebra* e *transferência* de sigilo, a jurisprudência proibitiva do STJ não confere a devida importância ao dever fundamental de pagar tributos, enfatizando de forma exacerbada a proteção ao sigilo bancário, indo ao encontro do chamado “garantismo hiperbólico monocular”, que manifesta preocupação apenas em defender os direitos do acusado, desconsiderando os deveres que ele possui perante a sociedade e desprestigiando o interesse público na persecução penal.

A questão em análise revela uma colisão de interesses protegidos pela CF, que deve ser solucionada de forma equilibrada, à luz do garantismo penal integral, sem supervalorizar um interesse em detrimento do outro. No caso em apreço, a ponderação já foi efetivada pelo próprio legislador, que, como visto, produziu normas infraconstitucionais aptas a legitimar a transferência de sigilo bancário do Fisco para o Ministério Público. Resta analisar se essa ponderação resiste ao teste do princípio da proporcionalidade.

Como se sabe, as colisões entre normas constitucionais devem ser solucionadas por meio da técnica da ponderação, de acordo com o *princípio da proporcionalidade*, que se decompõe nos subprincípios da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*.

A transferência direta de dados bancários do Fisco para o Ministério Público atende ao *subprincípio da adequação*, pois visa concretizar uma finalidade legítima, qual seja, a repressão à sonegação fiscal e a garantia da regularidade da arrecadação tributária, o que se coaduna com a efetivação do dever fundamental de pagar tributos. Além disso, o acesso direto pelo Ministério Público aos dados bancários do contribuinte é medida idônea para apuração de crimes tributários, pois permite identificar a real situação patrimonial do investigado, de modo a averiguar se estão em consonância com as informações prestadas ao Fisco.

Quanto ao *subprincípio da necessidade*, impende indagar não apenas sobre a necessidade de acesso aos dados bancários em si, mas também acerca da necessidade de que esse acesso ocorra independentemente de autorização judicial prévia. Cabe aqui rememorar o que foi dito no item 4.2.4 *supra* no sentido de que, considerado o cenário atual de sobrecarga de processos no Poder Judiciário aliado ao grande volume de representações fiscais para fins penais apresentados pelo Fisco, a exigência de autorização judicial para o Ministério Público acessar os dados bancários sigilosos contidos naquele documento terá o efeito de retardar e tornar mais burocrática a apuração de crimes contra a ordem tributária. Isso porque, em relação a esses crimes, normalmente o Ministério Público não pode agir antes da conclusão do processo administrativo fiscal, haja vista a previsão da Súmula Vinculante nº 24. Dessa forma, apenas para iniciar a persecução criminal de um crime dessa natureza, o órgão ministerial, além de aguardar a preclusão administrativa do lançamento do tributo, ainda terá que vencer uma nova etapa, qual seja, aguardar decisão judicial autorizativa do acesso aos dados bancários contidos na representação fiscal para fins penais. Logo, exigir prévia decisão judicial para que o Ministério Público tenha acesso aos dados bancários sigilosos já contidos na representação não se afigura alternativa idônea à finalidade de promover uma persecução penal minimamente eficiente dos crimes tributários. A única alternativa, sob esse aspecto, é permitir o acesso aos dados sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário.

Por fim, sob a ótica do *subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*, deve-se levar em conta que, quando se autoriza o compartilhamento direto de dados sigilosos entre o Fisco e o Ministério Público, promove-se um significativo ganho de efetividade na persecução dos crimes contra a ordem tributária, pois a investigação se desenvolve de forma mais ágil. Veja-se que nem sempre bastará ao Ministério Público receber o material do Fisco e encaminhá-lo ao Poder Judiciário, com solicitação de autorização de acesso aos dados – o que por si só já subtrai um tempo precioso da persecução penal –, pois há casos em que a demonstração dos indícios de crime é indissociável da análise dos dados bancários coletados pelo Fisco. Dessa forma, como o Ministério Público não poderá utilizar desde logo esses dados sigilosos na sua atuação – nem mesmo para formular o pedido de “quebra” de sigilo –, terá que buscar, por outras vias, demonstrar a existência desses indícios de delito para somente depois obter do Poder Judiciário a autorização para utilizar aqueles dados que, desde o início, já poderiam estar à sua disposição. É dizer, considerando os parâmetros atualmente exigidos pela jurisprudência para o deferimento de afastamento de sigilo bancário, pode ser necessário realizar uma investigação com o exclusivo objetivo de demonstrar ao Poder Judiciário a presença de indícios de crime, visando obter autorização para acesso a dados bancários, quando, na verdade, as evidências do delito, contidas nos informes bancários, já poderiam ser des-

de logo utilizáveis pelo Ministério Público. Em suma, com essa exigência de intermediação do Poder Judiciário, cria-se um obstáculo injustificável ao célere desenvolvimento da investigação dos crimes contra a ordem tributária, favorecendo a impunidade e, por consequência, o aumento da sonegação.

Logo, dispensar essa exigência, permitindo que o Ministério Público receba diretamente do Fisco, sem necessidade de autorização judicial prévia, os dados bancários sigilosos significa promover o valor constitucional inerente ao dever constitucional de pagar tributos, o qual, como visto acima, está intimamente relacionado à realização dos direitos sociais consagrados na CF.

Por outro lado, esse acesso direto do Ministério Público aos dados bancários não causa sacrifício intenso ao direito à privacidade, pois o sigilo bancário, por ser uma dimensão patrimonial desse direito, não integra o seu núcleo essencial e, além disso, não se está deferindo ao Ministério Público a prerrogativa de "quebrar" diretamente o sigilo bancário, requisitando os dados do investigado diretamente às instituições financeiras. Ao contrário, há tão somente um compartilhamento de informações entre o Fisco e o órgão ministerial. Como esclarecido pelo STF no julgamento da ADI nº 2.859, a requisição de informações pelo Fisco às instituições financeiras não caracteriza quebra de sigilo, mas, sim, transferência de sigilo. Isso porque os dados objeto do pedido não se tornam públicos ao entrarem na esfera de custódia do Fisco, haja vista o dever de conservar o sigilo da informação. Ora, essa é exatamente a mesma situação que ocorre no posterior compartilhamento desses mesmos dados entre o Fisco e o Ministério Público. Além disso, deve-se ressaltar que, antes de chegar ao Ministério Público, os informes sigilosos já terão saído da custódia exclusiva das instituições bancárias, passando a ser do conhecimento de autoridade do Poder Executivo. Logo, compartilhar com o Ministério Público esses mesmos dados que já são de conhecimento do Estado não implicará nenhum sacrifício adicional ao direito à privacidade.

Por essas razões, conclui-se que o Ministério Público pode, sem necessidade de ordem judicial, ter acesso aos dados bancários sigilosos contidos na representação fiscal para fins penais e, conseqüentemente, utilizá-los na persecução penal dos crimes contra a ordem tributária e conexos, devendo, contudo, conservar o sigilo das informações, sob pena de o promotor ou procurador ser responsabilizado nas esferas penal, funcional e da improbidade administrativa.

Referências

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973, republicado 27 jul. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>.

_____. Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 maio 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>.

_____. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm>.

_____. Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998. Aprova o Estatuto do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2799.htm>.

_____. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>.

_____. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm>.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe Sobre o Sigilo das Operações de Instituições Financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>.

BRASIL. Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. Regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 nov. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4489-28-novembro-2002-483090-norma-pe.html>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 24. Aprovada na sessão plenária de 02/12/2009, publicada no DJe nº 232 de 11/12/2009. p. 1. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 dez. 2009, p. 1. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>.

BRASIL. Receita Federal. Portaria nº 2.439/2010, de 21 de dezembro de 2010. Estabelece procedimentos a serem observados na comunicação ao Ministério Público Federal de fatos que configurem, em tese, crimes contra a ordem tributária; contra a Previdência Social; contra a Administração Pública Federal, em detrimento da Fazenda Nacional; contra Administração Pública Estrangeira; bem como crimes de contrabando ou descaminho, de falsidade de títulos, papéis e documentos públicos e de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores. **Diário Oficial [da] República**

Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 dez. 2010. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=30572>>.

_____. Receita Federal. **Plano Anual da Fiscalização da Receita Federal do Brasil para 2016 e Resultados de 2015**. p. 20. 2016a. Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-fiscalizacao-2016-e-resultados-2015.pdf>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: 2016b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3d3bbff344931a933579915488.pdf>>.

CARVALHO, Maria Haydée Porto de. **Sigilo Bancário**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALCANTI, José Robalinho. Sigilo Bancário no Brasil, Dualidade e Globalização: duas Propostas para Reunificação e Retomada da Coerência perante o Texto Constitucional. In: FISCHER, Doulgas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Juspodivm, 2010.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal dos Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco**: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Penal (Integral)? In: FISCHER, Douglas; CALABRICH, Bruno; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral**. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Danielle Souza de Andrade; LEITE, Rosimeire Ventura. O Sigilo Financeiro, os Direitos à Vida Privada e à Intimidade e a Produção da Prova Criminal. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. (Coord.). **Sigilo no Processo Penal**: eficiência e garantismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

4 CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA BAGATELA: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

Ricardo Lima de Oliveira¹
Samara Fernanda Silva²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a jurisprudência dos patamares monetários adotados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para a aplicação do princípio da insignificância em crimes tributários. Para tanto, analisa-se o crime tributário em seu aspecto geral, bem como a bagatela. Traça-se, então, uma análise de casos, a fim de se demonstrar a utilização ou não da Portaria nº 75, de março de 2012, que atualizou a incidência monetária trazida pelo art. 20 da Lei nº 10.522/2002, para a aplicação do princípio da insignificância. Como resultado desse estudo, percebeu-se a necessidade de uniformização das decisões nas instâncias inferiores e superiores, uma vez que o emprego do valor mínimo estipulado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 75/2012 como patamar do princípio da bagatela para a persecução penal dos crimes contra a ordem tributária é medida que se impõe, quando não há interesse justificável para acionar o Judiciário.

Palavras-chave: Crimes Tributários. Bagatela. Divergência jurisprudencial.

Abstract: *This study aims to analyze the jurisprudence of the monetary thresholds adopted by the Supreme Court and the Superior Court of Justice for the application of the principle of insignificance in tax crimes. Therefore, it analyzes the tax crime in their general appearance and the tune. Moth is then a case analysis in order to demonstrate the use or not of Ordinance No. 75 of March 2012 updated the monetary impact brought by Article 20 of Law 10,522 / 2002 for the application of the principle of insignificance. As a result of this study, we realized the need for uniformity of decisions in lower and higher courts, since the minimum employment stipulated by the Decree of the Ministry of Finance Nº. 75/2012 of the principle of trifle threshold for criminal prosecution of crimes against the tax system is as is necessary when there is no justifiable interest to trigger the judiciary.*

Keywords: *Tax crimes. Trifle. Jurisprudential divergence.*

1 INTRODUÇÃO

As infrações tributárias são apuradas e julgadas por autoridades administrativas e lhe são aplicáveis penalidades pecuniárias, multas. Na hipótese de o descumprimento

1 Mestre em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília, advogado, professor universitário e servidor público.

2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do DF (UDF).

de obrigações tributárias se concretizar mediante meio fraudulento, a infração será considerada mais grave pelo legislador, ultrapassará a circunscrição do Direito Tributário e ingressará na esfera do Direito Penal.

Trata-se de uma análise dos crimes contra a ordem tributária e da aplicação do princípio da bagatela, visto que, por vezes, o valor correspondente à dívida não supera os gastos do Estado necessários a uma execução fiscal.

Quando o sujeito passivo da obrigação tributária se recusa ao devido pagamento do tributo, pratica uma infração fiscal que é sujeita a uma medida de coação de natureza administrativa, normalmente a multa fiscal. Entretanto, se o contribuinte propositadamente emprega uma fraude para se omitir do recolhimento do tributo, o fato, por sua maior gravidade, caracteriza crime fiscal, ficando sujeito a uma sanção mais severa, de natureza penal.

Todavia, caso o fato não gere lesão efetiva aos bens jurídicos protegidos, o julgador pode desconsiderar determinado fato como crime, aplicando o princípio da bagatela ou insignificância. Nesse sentido, abre-se um questionamento: Isso se aplica aos crimes tributários?

O objetivo é responder a um questionamento relacionado aos critérios que devem ser levados em consideração quanto aos valores tomados como parâmetro para a aplicação do princípio da insignificância nos crimes tributários. Para tanto, se determinada quantia não é suficiente sequer para despertar a pretensão arrecadatória do Estado, muito menos poderá ensejar a persecução penal do agente, tendo-se em vista a gravidade das sanções penais e sua função de *ultima ratio*. Sendo assim, não é justificável acionar o Judiciário quando não há interesse que reforçar.

2 CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA

2.1 Breves considerações

Andrade Filho (2015, p. 1) afirma que a falta de cumprimento de obrigações fiscais, no Brasil, é objeto de diversas normas jurídicas que dispõem sobre sanções tributárias e sobre crimes. Assim, o fato de não haver cumprimento integral de obrigação tributária validamente instituída por lei permite a aplicação de uma série de normas que dispõem sobre variada gama de penalidades.

Dessa maneira, de acordo com Malan (2010, p. 234), o Direito Penal é considerado um ramo do saber jurídico classificado de intervenção mínima, porque ele só deve in-

tervir naqueles conflitos sociais considerados de extrema gravidade, relegando-se aos demais as sanções de natureza cível ou administrativa.

Para que seja revestida de legitimidade, a intervenção do Direito Penal deve observar critérios seletivos e proporcionais. Há uma maior reprovação social da conduta do contribuinte que propositadamente emprega uma fraude para se omitir do recolhimento do tributo. Assim, o fato, por sua maior gravidade, caracteriza crime fiscal, ficando sujeito a uma sanção mais severa, de natureza penal (MALAN, 2010, p. 235). Nesse sentido, veja-se também:

Se não há dolo a norma penal não incide mesmo diante da prova da ocorrência de falta de recolhimento total ou parcial de tributo devido. O dolo, por conseguinte é, na seara do direito penal tributário, o elemento necessário ou a condição sine qua non para incidência da norma penal. (ANDRADE FILHO, 2015, p. 69-70)

Para tanto, o descumprimento da obrigação tributária enseja o desencadeamento de atos administrativos, tomados de ofício, com o fim de se averiguar a falta, medir seus efeitos e, em havendo descumprimento da norma prescritora de conduta necessária ou vedada, exigir o tributo devido e infligir o apenamento provisório.

2.2 Competência

A competência tributária para estabelecer e elevar tributos pertence aos entes da federação, existindo apenas a diferença entre os tributos privativos da União e os tributos privativos dos estados e municípios. Dessa divisão sucede a competência para processar e julgar os crimes contra a ordem tributária. Assim dispõe Habib:

A competência para processo e julgamento dos delitos variará de acordo com a competência tributária. É de competência da União Federal instituir, entre outros, o imposto de renda. Assim, sendo esse o tributo sonegado, a competência será da Justiça Federal. De outra forma, é da competência dos Estados instituir, entre outros, o IPVA, e, dos municípios, entre outros, o ISS, fixando competência da Justiça Estadual para processo e julgamento no caso de sonegação desses tributos. (HABIB, 2010, p. 119)

Dessa forma, a competência para julgar os crimes contra a ordem tributária é definida com o tributo que sofreu a lesão: se o ente tributante for a União, a competência é da

Justiça Federal; se tributo do Estado ou município, a competência é da Justiça Estadual, como bem assevera Nucci:

Os crimes contra a ordem tributária envolvem a atividade de arrecadação de tributos da União, dos Estados, dos Municípios e de determinadas autarquias, devem ser julgados pela Justiça Federal ou Estadual, conforme o ente beneficiário do tributo objeto da conduta delituosa. (NUCCI, 2009, p. 977)

Sendo assim, tratando-se de processo judicial, a competência irá depender do ente beneficiário do tributo violado.

2.3 Sujeitos

Sabbag (2012, p. 682) conceitua o sujeito ativo como matéria afeta ao polo ativo da relação jurídico-tributária que se refere ao lado credor da relação intersubjetiva tributária, representado pelos entes que devem proceder à invasão patrimonial para a retirada compulsória de valores, a título de tributos. Em contrapartida, conceitua a sujeição passiva como matéria adstrita ao polo passivo da relação jurídico-tributária que diz respeito ao lado devedor da relação intersubjetiva tributária, representado pelos entes destinatários da tomada patrimonial na retirada compulsória de valores, a título de tributos.

Já Baltazar Júnior (2010, p. 446) assevera que essa não é a posição mais acertada, pois, muitas vezes, o delito é cometido por intermédio de pessoa jurídica, sendo esta o contribuinte, e não o administrador, que responderá pelo delito, uma vez que inexistente possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica em matéria de crimes contra a ordem tributária.

Sendo assim, o sujeito ativo é quem comete o fato punível descrito na norma penal, normalmente, o particular, visto que não é possível a incriminação da pessoa jurídica por meio da qual o tributo foi sonegado. Por sua vez, o sujeito passivo é o titular do bem jurídico lesado, isto é, o erário ou, mais especificamente, a pessoa jurídica de direito público: União, estado federado, Distrito Federal, autarquia ou município (MALAN, 2010, p. 238-239).

2.4 O bem jurídico tutelado

Há grande divergência doutrinária em relação ao bem jurídico tutelado nos crimes contra a ordem tributária. Bitencourt e Monteiro (2013, p. 33) consideram que o bem jurídico subsidiariamente tutelado é a ordem tributária, atividade estatal desempenhada

pela Fazenda Pública de cada ente federativo e voltada para a arrecadação de ingressos e gestão de gastos em prol da sociedade, tratando-se, portanto, de um bem jurídico supraindividual.

Prado (2016, p. 270), por sua vez, também adota o posicionamento patrimonialista e conceitua o bem jurídico tutelado como a política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades.

Entende-se que o aspecto patrimonialista é o posicionamento que se adéqua melhor ao modelo de tipificação de condutas consagradas no bojo da Lei nº 8.137/1990. Consubstancia-se na arrecadação integral e tempestiva das receitas oriundas de cada espécie de imposto. Portanto, o erário não é o bem jurídico-penal tutelado, e, sim, o sujeito passivo do crime contra a ordem tributária.

Portanto, considera-se a arrecadação tributária de titularidade coletiva ou difusa. Nesse sentido, trata-se de um bem jurídico coletivo cuja titularidade pertence à comunidade dos indivíduos, por meio do Estado, que se compromete a realizar uma gestão adequada e a prosseguir objetivos econômicos e sociais reconhecidos como fundamentais pela sociedade.

2.5 Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965

Pimentel (1973, p. 89-90) elucida que a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, foi editada com o fito principal de fortificar o sistema de arrecadação dos tributos, coibindo a sonegação e a evasão mediante a imposição de sanções severas, com caráter específico, a comportamentos antes considerados puníveis somente com sanções administrativas. Por isso, o legislador preferiu editar uma lei que define o crime de sonegação fiscal, a fim de ativar o mecanismo de defesa dos interesses estatais na arrecadação dos tributos, tornando manifesta a intenção do Governo de reprimir os comportamentos a eles lesivos.

O Código Penal de 1940 citava o crime de descaminho e contrabando, atualmente previstos nos arts. 334 e 334-A do CP. Entretanto, apenas em 1965, com a expedição da Lei nº 4.729, foram criadas condutas típicas direcionadas à prática de crimes tributários.

Até a promulgação da referida lei, não existia tipificação para sonegação fiscal, com exceção dos crimes de contrabando e descaminho. Para tanto, nas palavras de Corrêa (1994, p. 20), “esta lei, reclamo de necessidades administrativas, tinha como finalidade a

solução de problema econômico e financeiro do País enquanto Poder Público, com obrigação de promover o bem público, em momento de turbulência institucional”.

Camurça (2011, p. 14) argumenta que as condutas típicas da aludida lei não tinham a intenção da evasão de tributos, visto que o Fisco aplicava multas elevadas aos tributos sonegados e jamais abriu mão dessa receita, porém o Estado não dispunha de aparelhagem e pessoal suficiente para fiscalizar, identificar e punir os sonegadores. Assim, nesse aspecto, a legislação foi pouco utilizada; todavia, com o fim da Ditadura Militar, houve uma nova mudança no pensamento, nas ideias, no planejamento do combate à sonegação fiscal.

Delmanto (2014, p. 172) afirma:

o art. 2º da Lei nº 4.729/1965, que dispunha sobre a extinção da punibilidade, foi expressamente revogado pelo art. 98 da Lei nº 8.383/1991. Com exceção do art. 5º, que instituiu os atuais §§ 1º e 2º ao art. 334 do Código Penal, todos os demais artigos da Lei nº 4.729/1965 restaram tacitamente revogados pela Lei nº 8.137/1990. Tendo em vista que a pena prevista para as condutas descritas no art. 1º da Lei nº 4.729/1965 (detenção de seis meses a dois anos) era menor do que a pena cominada no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, os crimes praticados antes da vigência desta lei deverão continuar a receber a pena prevista na legislação anterior. (DELMANTO, 2014, p. 172)

2.6 Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990

A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, originou-se do Projeto de Lei nº 4.788/1990, de autoria do Poder Executivo, e contemplou, em grande parte, as condutas já apenadas pela Lei nº 4.729/1965, não se limitando a isso, porém, alargando em muito o espectro apenador daquele diploma anterior, não apenas no que tange às condutas incriminadas, como, principalmente, com o recrudescimento das penas cominadas (MALAN, 2010, p. 234).

A supracitada lei surgiu devido à necessidade do legislador de aperfeiçoar as normas coercitivas integrantes do sistema tributário de forma independente da legislação penal, a qual não contempla as questões de cunho tributário. Portanto, visa inibir os atos lesivos ao Estado, por meio da possibilidade de identificação das atividades contrárias ao ordenamento tributário e sua consequente sanção pelo Estado (CAMURÇA, 2011, p. 9).

A Lei nº 8.137/1990 reproduziu quase que fielmente as figuras penais previstas na Lei nº 4.729/1965, já que, além de manter as figuras típicas constantes da lei anterior, criou outras, antes inexistentes. O que mudou foi a natureza do crime que, na Lei nº 4.729/1965, era conduta e passou para crime de dano na Lei nº 8.137/1990. Nesse contexto político-criminal, não causa surpresa que as penas cominadas aos crimes de sonegação fiscal tenham sido substancialmente agravadas: de um máximo de dois anos de detenção (art. 1º da Lei nº 4.729/1965) passaram a um máximo de cinco anos de reclusão (art. 1º da Lei nº 8.137/1990) (MALAN, 2010, p. 234).

Há, no tipo penal, dois verbos nucleares, que são 'suprimir' ou 'reduzir' tributos e também, o elemento subjetivo do tipo, ou seja, o dolo do agente em praticar a conduta descrita no tipo penal. Diante disso, Lovatto (2008, p. 79) clarifica que, no dolo dos crimes previstos no art. 1º, da referida lei, se inexistir a vontade de reduzir ou suprimir tributos, ou contribuição social ou qualquer acessório, inexistirá o delito.

Dessa maneira, não há crime sem dolo e ele evoca a ideia de fraude, de ação deliberada com o propósito de enganar e causar dano ao erário, ou seja, a supracitada lei não alcança o simples devedor de tributos, ela se destina a coibir as infrações levadas a efeito por comportamentos engendrados com a finalidade de logro (ANDRADE FILHO, 2015, p. 22).

3 BAGATELA

3.1 Conceito

Infração bagatelar, ou delito de bagatela ou crime insignificante, expressa fato de ninharia, de pouca relevância, ou seja, insignificante. Gomes (2009, p. 15) define essa infração como uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer a (ou não necessita da) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção penal com todas as suas pesadas armas sancionatórias sobre o fato verdadeiramente insignificante.

Ackel Filho (1988, p. 72) sustenta que o princípio da insignificância já vigorava no Direito Romano por meio do brocardo *minima non curat praetor*, que significa: o pretor não cuida de coisas pequenas. De fato, a ideia geral que emana do postulado da insignificância tem sua origem remota na Roma antiga, onde aquilo que era de mínima relevância não carecia de julgamento e não merecia a atenção do pretor.

Historicamente, o princípio da insignificância é precedido pelo princípio da adequação social, como explica Toledo (1995, p. 132): antes do surgimento da bagatela, o princípio da adequação social, concebido por Hans Welzel, bastava para excluir certas lesões insignificantes no âmbito do direito penal.

Bitencourt (2010, p. 49) dispõe que:

O Direito Penal tipifica somente condutas que tenham uma certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, conseqüentemente, que há condutas que por sua "adequação social" não podem ser consideradas criminosas. Em outros termos, segundo esta teoria, as condutas que se consideram "socialmente adequadas" não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade. (BITENCOURT, 2010, p. 49)

Ao contrário do princípio da insignificância, a adequação social está alicerçada sobre o desvalor da ação e não do resultado. Diante disso, Prado (2010, p. 153) reconhece esse princípio somente como caráter geral de interpretação, ante a falta de delimitação dos seus próprios efeitos, devido à variação da delimitação de seu uso em cada sociedade, sendo que determinadas condutas, embora praticadas reiteradamente pela sociedade, não podem ser consideradas lícitas.

Zaffaroni (2011, p. 201) desenvolve o princípio da insignificância ao relacioná-lo com outros princípios, como o da lesividade, que, por sua vez, está associado à própria ideia de necessidade de limitação do poder punitivo em um Estado de Direito.

Lopes (2000, p. 215) expõe o princípio da insignificância como a face contrária do princípio da lesividade, ou seja, se o resultado que sobrevém a uma conduta que se amolda à descrição contida na norma incriminadora é ínfimo, isso não provoca, realmente, dano, tampouco expõe a perigo o bem jurídico tutelado pelo tipo, por isso, tal comportamento não interessa ao Direito Penal.

O princípio da lesividade e da insignificância só podem ser entendidos a partir do desenvolvimento da ideia de bem jurídico. Tavares assim define o bem jurídico:

Bem jurídico é um próprio elemento da condição do sujeito e de sua projeção social e nesse sentido pode ser entendido, assim, como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se deve referir à

ação típica e todos os seus demais componentes. Por objeto de referência real se deve entender aqui o pressuposto de lesão ou perigo de lesão, pelo qual se orienta a formulação do injusto. Não há injusto sem a demonstração efetiva de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico. (TAVAREZ, 2000, p.179)

Segundo Greco (2012, p. 65), o princípio da insignificância tem por finalidade auxiliar o intérprete quando da análise do tipo penal, para fazer excluir do âmbito de incidência da lei aquelas situações consideradas como de bagatela. Veja-se:

O princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, no direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (TOLEDO, 1995, p. 132).

Nesse sentido, o legislador também deve observar aquelas condutas que se consideram socialmente adequadas, para delas manter afastado o Direito Penal. Dessa forma, uma vez escolhidos os bens a serem tutelados, esses integrarão uma pequena parcela que irá merecer o cuidado do Direito Penal. (GRECO, 2012, p. 63).

De acordo com Mañas (1994, p. 56), o princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do Direito Penal. Para tanto, é necessário entender que o tipo penal incriminador deverá obrigatoriamente selecionar, entre os comportamentos humanos, apenas aqueles capazes de causar efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

3.2 Comparativo entre o Direito Penal e o Direito Tributário

Em 1990, o legislador brasileiro editou nova Lei, com a aspiração de aumentar as penas para aqueles que praticam crimes tributários. Assim, a Lei nº 8.137/1990 revogou, em parte, a Lei nº 4.729/1965, que, além de tratar dos crimes contra a ordem tributária, trouxe tipificação de condutas que afetam as relações de consumo e a própria ordem econômica.

Segundo Braga e Marques (2013, p. 153), deve-se destacar que demonstrando o nítido propósito arrecadador do Direito Tributário, afastando-se, assim, da ideia de que o Direito Penal deve ser protetor de bens jurídicos o diploma normativo estabeleceu que o pagamento do tributo, antes do início da ação fiscal, ensejava a extinção da punibilidade.

Para tanto, com base no art. 1º, da Lei nº 8.137/1990, ocorrendo o recolhimento corretamente, não se pode dizer que houve crime. O interesse do Fisco é receber o que é devido; com isso, o art. 14 da referida lei previa a extinção de punibilidade do agente, caso promovesse o pagamento do tributo devido antes da denúncia. Entretanto, o art. 14 foi revogado posteriormente pela Lei nº 8.383/1991, mas o art. 34, da Lei nº 9.249/1995, veio a prever a extinção da punibilidade novamente nos moldes do artigo outrora revogado. Logo, nos delitos formais, consumados independentemente de ocorrer lesão ao Fisco, o recebimento do tributo devido extinguirá a punibilidade.

Como verdade certa da política criminal, o princípio da insignificância não é previsto expressamente no Código Penal brasileiro. Todavia, existe a possibilidade de sua aplicação, por ser um princípio geral de direito. Nesse contexto, entende-se que o princípio da insignificância se fundamenta no resultado advindo de uma conduta que não provoca efetivamente dano, tampouco expõe a perigo o bem jurídico tutelado pelo tipo, e que, portanto, tal comportamento não interessa ao Direito Penal (LOPES, 2000, p. 215).

Assim, a doutrina e a jurisprudência passaram a aplicar o princípio da insignificância penal também nos crimes contra a ordem tributária, utilizando o fundamento de que certos valores não atingem significativamente os cofres públicos, de modo que sequer serão propostas execuções em face dos devedores. Assim, devem ser observados os critérios de aplicação do princípio da insignificância ao caso concreto.

3.3 Critério monetário de incidência da bagatela em crimes tributários

Ciente de que é possível a aplicação da bagatela aos crimes tributários, questiona-se: o que é a bagatela no Direito Tributário? Qual é o seu critério? Qual é o seu valor de incidência?

Segundo Noschang (2006, p. 197), em princípio, não há dúvidas de que, atualmente, a incriminação de condutas implica um alto custo para o Estado, mormente toda a tramitação do processo e a manutenção e execução da pena, só se justificando, dessa maneira,

face a um bem ou valor social efetivamente relevante, sem alcançar fatos de ordem moral ou situações que, mesmo ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa.

Dessa maneira, foram adotados parâmetros monetários para aferição do interesse na persecução penal, a fim de se considerar a conduta relevante ou não. O paradigma adotado é indicativo de potencial lesivo da conduta do acusado; assim, se o dano aos cofres públicos tem valores iguais ou que se situam abaixo do parâmetro legal, não há crime por ausência de lesividade (ANDRADE FILHO, 2015, p. 40).

Desde 2002, se o valor do tributo suprimido fosse inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mínimo para o ajuizamento da execução fiscal, nos termos do art. 20 da Lei nº 10.522/2002, já era aplicado o princípio da insignificância, restando afastada a tipicidade penal. Ocorre que, segundo o art. 2º, da Portaria nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda, com redação dada pela Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012, o procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa no distribuidor, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujos valores estabelecidos sejam iguais ou inferiores a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia integral, ou parcial, útil à satisfação do crédito, porém o débito e a cobrança administrativa continuarão (DELMANTO, 2014, p. 172).

Assim, se à Fazenda Nacional não interessa sequer executar débitos nesse valor, considerando a sua irrelevância, também não se aperfeiçoará o tipo penal, por ausência de lesão relevante ao bem jurídico aqui protegido, que é justamente a arrecadação tributária.

4 UMA PERSPECTIVA CRÍTICA

4.1 Análise dos julgados

O Direito Penal Tributário tem função de *ultima ratio* por se tratar de norma de sobreposição em relação ao Direito Tributário. Assim, para que haja infração penal, deve existir infração tributária; se uma conduta for considerada irrelevante no campo tributário, não se justifica a persecução penal do agente.

Dessa maneira, o princípio da insignificância no Direito Penal Tributário era aplicado conforme art. 20, da Lei nº 10.522/2012, segundo o qual não seriam ajuizadas execuções fiscais cujo objeto fossem débitos inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Contudo, a partir da edição da Portaria MF nº 75/2012, o limite foi aumentado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Porém, o STJ vem rejeitando tal entendimento enquanto patamar para

a aplicação do princípio da bagatela, baseando-se no princípio da legalidade. O STF, distintamente, tem se posicionado pela aplicação do novo parâmetro, de acordo com os princípios que regem o Processo Penal Tributário.

Conclui-se que a aplicação do princípio da insignificância não é consenso na jurisprudência, por isso, será analisada abaixo a forma de aplicação desse princípio aos crimes tributários pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

4.1.1 Julgados do Supremo Tribunal Federal

HC 120.617/PR

• O caso

Foi impetrado *habeas corpus* pela Defensoria Pública da União (DPF) em favor de Charlie Cavaglieri contra acórdão do STJ, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no REsp n.º 1.404.750/PR.

Ocorre que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de contrabando ou descaminho, tipificado no art. 334, § 1º, d, do Código Penal, por transportar mercadorias de origem estrangeira desacompanhadas de documentação legal, tendo elidido tributos federais no valor de R\$ 11.789,90 (onze mil setecentos e oitenta e nove reais e noventa centavos).

O Juízo de Direito da 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Foz de Iguaçu/PR absolveu sumariamente o paciente, por atipicidade da conduta, forte na aplicação do princípio da insignificância. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento da apelação ministerial, também considerou atípico o crime de descaminho, pois o total da elisão tributária não ultrapassava o valor estabelecido legalmente para o arquivamento das ações fiscais de débitos inscritos como dívida ativa da União.

O Ministério Público Federal (MPF), inconformado, manejou o Recurso Especial n.º 1.404.750/PR ao STJ, que, por decisão monocrática, deu provimento ao apelo especial para afastar o princípio da insignificância e determinar o prosseguimento da ação penal na origem. Contra essa decisão, a defesa interpôs agravo regimental, não provido pela Corte Superior. Em seguida, foram opostos embargos de declaração que foram rejeitados.

Em síntese, a defesa alega a aplicação do princípio da insignificância na espécie, visto que o valor do tributo suprimido é inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), na forma da Lei nº 10.522/2002, atualizada pelas Portarias nº 75 e 130, do Ministério da Fazenda, de 22 de março de 2012.

• O julgado

Análise do voto vencido:

A ministra Rosa Weber, relatora, afirmou que a Suprema Corte tem admitido a aplicação do princípio da insignificância a casos envolvendo crimes de pequena dimensão. A conduta delitiva seria tão diminuta que não afetaria materialmente o bem jurídico protegido pela norma penal, sendo atípica da perspectiva material.

Alegou, ainda, que o princípio da insignificância também pode ser invocado como decorrência dos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade. Impor prisão ou condenação criminal por crimes de diminuta dimensão não se justificaria por sua desproporcionalidade.

O patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o arquivamento de execuções fiscais, estabelecido pela Lei n.º 10.522/2002, foi majorado para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelas Portarias n.º 75 e 130/2012, do Ministério da Fazenda. Desse modo, as execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado for igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), podem ser arquivadas, aplicando-se o princípio da insignificância.

Na espécie, a soma dos tributos não recolhidos perfaz a quantia de R\$ 11.789,90 (onze mil setecentos e oitenta e nove reais e noventa centavos). Nesse contexto, como o montante de impostos devidos não ultrapassa o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho, por aplicação do princípio da insignificância.

Para tanto, concedeu a ordem de *habeas corpus*, para reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, com o conseqüente trancamento da ação penal de origem.

Análise do voto vencedor:

O ministro Marco Aurélio, presidente, alegou que a responsabilidade penal é independente da fiscal. Nesse sentido, se o débito deixar de alcançar determinado valor, não afasta o caráter criminal.

Sendo assim, indeferiu a ordem.

• Ementa

EMENTA HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. **2. Para crimes de descaminho, considera-se, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes.** 3. Na espécie, aplica-se o princípio da insignificância, pois o descaminho envolveu elisão de tributos federais que perfazem quantia inferior ao previsto no referido diploma legal. 4. Ordem concedida. (HC 1.20.617/PR, grifo nosso).

• Consequências da decisão

É necessária análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado, por isso, por maioria dos votos, a Turma deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora, vencido o ministro Marco Aurélio, presidente.

O princípio da insignificância tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Dessa maneira, tanto para o crime de descaminho como para os outros crimes tributários, o STF avalia o montante monetário previsto nas Portarias n.º 75 e 130, do Ministério da Fazenda.

HC 122.722/SP

• O caso

Foi impetrado *habeas corpus*, sem pedido liminar, em favor de Lin Jianmei, apontando como autoridade coatora a ministra Marilza Maynard, do STJ, que proveu o REsp nº 1.388.656/SP, interposto pelo *Parquet* Federal.

O impetrante sustentou, em síntese, a aplicação do princípio da insignificância ao delito tipificado no art. 334, § 1º, alínea d, do Código Penal, supostamente praticado pela paciente, uma vez que o débito tributário relacionado é de R\$ 19.903,77 (dezenove mil, novecentos e três reais e setenta e sete centavos), inferior ao patamar de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), estipulado pelo art. 20, da Lei nº 10.522/2002, e atualizado pelas Portarias nº 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda.

Dessa maneira, requereu a concessão da ordem para que seja determinado o trancamento da ação penal.

• O julgado

Análise do voto vencedor:

O ministro Dias Toffoli, relator, afirmou que embora a expressividade financeira do tributo omitido ou sonegado pela paciente em decorrência da prática de descaminho seja superior a R\$ 10.000,00, no caso, de R\$ 19.903,77 (dezenove mil, novecentos e três reais e setenta e sete centavos), é ela inferior a R\$ 20.000,00, valor atualmente estabelecido nas Portarias nº 75/2012 e nº 130/2012, do Ministério da Fazenda, para a dispensa de instauração do executivo fiscal contra o contribuinte renitente.

Assim, o relator entendeu necessário afastar a tipicidade material do delito de descaminho, com base no princípio da insignificância, já que a paciente preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta. Com essas considerações, julgou extinto o processo. Concedendo, porém, ordem de ofício para restabelecer a sentença de primeiro grau em que se reconheceu a incidência do princípio da insignificância e se absolveu sumariamente a ora paciente, com fundamento no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal.

Análise voto vencido:

O ministro Marco Aurélio, presidente, alega que as responsabilidades cível e penal são diversas e que, no caso, a norma alusiva ao executivo fiscal não pode ser estendida para o campo criminal. Nesses termos, indeferiu a ordem de ofício.

• Ementa

Habeas corpus. Crime de descaminho (CP, art. 334). Impetração dirigida contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Extinção do *writ*. Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. **Valor inferior ao estipulado pelo art. 20, da Lei n. 10.522/02, atualizado pelas Portarias n. 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários.** Ordem concedida de ofício. 1. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal não vem admitindo a impetração de habeas corpus que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça que não tenha sido submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente (HC n. 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/4/14). 2. Extinção da impetração. **3. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20, da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias n. 75 e n. 130/2012 do Ministério da Fazenda. Precedentes.** 4. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 19.903,77 (dezenove mil novecentos e três reais e setenta e sete centavos), é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho, com base no princípio da insignificância, já que a paciente, segundo os autos, preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta. 5. Ordem concedida de ofício.

• Consequências da decisão

Por maioria de votos, a Turma julgou extinto o processo, vencido o ministro Marco Aurélio, uma vez que está pacificado perante o STF que não deverá ser considerada tipicamente criminal uma conduta revelada como insignificante.

Dessa feita, no caso, a conduta não deve ser considerada como crime, visto que preenche os requisitos subjetivos necessários para a aplicação do princípio bagatela, já que incide o critério monetário adotado pela Suprema Corte brasileira.

4.1.2 Julgados do Superior Tribunal de Justiça

AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 651.395/PR

• O caso

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que deu provimento ao recurso especial da acusação e determinou o prosseguimento da ação penal.

O valor dos impostos federais aludidos alcança R\$ 15.288,98 (quinze mil, duzentos e oitenta e oito reais e noventa e dois centavos). Dessa maneira, o agravante alega que o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonogado for inferior ao estabelecido no art. 20, da Lei nº 10.522/2002, com as atualizações feitas pelas Portarias nº 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

• O julgado

Análises dos votos:

Segundo o ministro Joel Ilan Paciornik, a decisão do tribunal hostilizado está em dissonância com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido de que incide o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando o valor do débito tributário não ultrapassa o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002.

Dessa feita, entende que a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda – por se cuidar de norma infralegal que não possui força normativa capaz de revogar ou modificar lei em sentido estrito –, não tem o condão de alterar o patamar-limite para a aplicação do princípio da bagatela. No mesmo raciocínio, veja-se o precedente adotado pelo STJ:

RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO TRIBUTO ILUDIDO. PARÂMETRO DE R\$ 10.000,00. INAPLICABILIDADE DA PORTARIA N. 75/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. 1. O Superior Tribunal

de Justiça, ao julgar o Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.112.748/TO, curvou-se ao entendimento firmado no Supremo Tribunal Federal, no sentido de que **incide o princípio da insignificância no crime de descaminho quando o valor do tributo ilidido não ultrapassar o montante de R\$ 10.000, 00 (dez mil) reais, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002. Ressalva pessoal do relator. 2. A partir da Lei n. 10.522/2002, o Ministro da Fazenda não tem mais autorização para, por meio de portaria, alterar o valor para arquivamento sem baixa na distribuição. Tal alteração somente poderá ser realizada por meio de lei. 3. O valor estabelecido pela Portaria n. 75/2012 do Ministério da Fazenda não retroage para alcançar delitos de descaminho praticados em data anterior à sua vigência.**

4. Recurso especial provido (REsp n. 1.425.012/PR, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 1/7/2014, grifo nosso).

Diante do exposto, o relator negou provimento ao agravo regimental, mantendo a decisão.

• Ementa

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. VALOR SUPERIOR A R\$ 10.000,00. INAPLICABILIDADE DA PORTARIA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – MF N. 75/2012. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. **1. No julgamento do REsp n. 1.112.748/TO (representativo de controvérsia), consolidou-se orientação de que incide o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando o valor do débito tributário não ultrapasse o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002. 2. A Portaria MF n. 75, de 22 de março de 2012, do Ministério da Fazenda, por se cuidar de norma infralegal que não possui força normativa capaz de revogar ou modificar lei em sentido estrito, não tem o condão de alterar o patamar limítrofe para a aplicação do princípio da bagatela. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Agravo em Recurso Especial n. 651.395/PR, grifo nosso).**

• **Consequências da decisão**

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, tendo em vista que adota como parâmetro o patamar de R\$ 10.000,00, instituído pela Lei nº 10.522/2002, alegando que a Portaria MF nº 75/2012, do Ministério da Fazenda, por tratar-se de norma infralegal, não tem força normativa capaz de revogar ou alterar lei em sentido estrito e, por isso, não possui o condão de modificar o patamar para a aplicação do princípio da bagatela.

AgInt em Recurso Especial nº 1.521.774/RS

• **O caso**

Vilmar Menegat interpôs agravo regimental em face de decisão que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público Federal para, afastada a incidência do princípio da insignificância, condenar o recorrido pela prática do delito de descaminho, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que proceda à dosimetria da pena.

O agravante alega que o relator examinou questões de natureza fático-probatória, devendo incidir no caso a Súmula 7, do STJ, bem como que o dissídio jurisprudencial não ficou evidenciado, em razão da ausência de cotejo analítico. Aduz, ainda, que, se a própria administração pública considera o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) inconveniente e insignificante para a cobrança de débito fiscal com a União, não existe razão para não aplicar o princípio da insignificância, considerando que o valor da sonegação foi de R\$ 18.822,49 (dezoito mil, oitocentos e vinte e dois reais e quarenta e nove centavos).

Para tanto, requereu a reconsideração da decisão ou a sua submissão à Sexta Turma, a fim de que seja provido o agravo regimental.

• **O julgado**

Análises dos votos:

O ministro Nefi Cordeiro, relator, afirmou que, por ocasião do julgamento do REsp 1.393.317/PR, em 12 de novembro de 2014, foi firmada a compreensão segundo a qual se aplica o princípio da insignificância aos débitos tributários até o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mesmo após a atualização do valor do ajuizamento da execução fiscal, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, pelas Portarias nº 75 e 130, do Ministério da Fazenda.

No caso, o valor aludido (R\$ 18.822,49) ultrapassou o limite fixado pela jurisprudência (R\$10.000,00 – dez mil reais) para a incidência do princípio da insignificância, razão pela qual a sentença absolutória deve ser reformada.

Ademais, o relator afirma que o exame do preenchimento dos requisitos para a incidência do princípio da insignificância ao crime de descaminho não implica o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, porque é matéria estritamente de direito, não havendo que se falar na incidência da Súmula 7, do STJ.

Ante o exposto, o ministro Nefi Cordeiro negou provimento ao agravo regimental.

• Ementa

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IN-SIGNIFICÂNCIA. DÉBITO TRIBUTÁRIO SUPERIOR AO LIMITE DE R\$ 10.000,00. AFASTAMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATÉRIA ESTRITAMENTE DE DIREITO. DESNECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO. **1. A Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.393.317, em 12/11/2014, firmou a compreensão de ser aplicável o princípio da insignificância aos débitos tributários até o limite de R\$ 10.000,00, mesmo após a atualização do valor do ajuizamento da execução fiscal, previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, pelas Portarias n. 75 e 130 do Ministério da Fazenda.** 2. O valor do tributo iludido de R\$ 18.822,49 ultrapassa o parâmetro estabelecido pela orientação jurisprudencial do STJ, análise que prescinde de reexame fático-probatório, razão pela qual não há falar na incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (AgInt no Recurso Especial n. 1.521.774/RS, grifo nosso)

• Consequências da decisão

De forma unânime, a Turma negou provimento ao agravo regimental, uma vez que o STJ possui orientação jurisprudencial distinta da Suprema Corte e o valor do caso está fora dos padrões adotados pela Lei nº 10.522/2002.

4.2 Análise Crítica dos julgados

Está pacificado perante o STF que uma conduta tida como ínfima não deve ser considerada tipicamente criminal, para fins de execução fiscal pela Fazenda Pública. Entretanto, o STJ não adota o patamar monetário atualizado pela Portaria nº 75, por entender que ela não possui força legal para alterar o patamar estipulado por lei, gerando, assim, inúmeros agravos regimentais e *habeas corpus* para o STF.

Dessa maneira, a partir dessa divergência jurisprudencial em relação à aplicação do princípio da bagatela, surge a insegurança jurídica, visto que o réu, inconformado com a decisão da 1ª instância, que, por vezes, atende ao patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e, com o entendimento do STJ, interpõe recurso ao STF alegando violação à legislação vigente, fundamentando-se em julgados da própria Suprema Corte, ensejando mais um julgamento da matéria já pacífica entre os ministros do STF.

Moreira (2015, p. 41-42) apresentou o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), demonstrando que o custo de uma execução fiscal é de R\$ 5,6 mil, mas a chance de a Fazenda reaver a quantia devida é de 25%, concluindo que só seriam economicamente viáveis cobranças a partir de R\$ 21,7 mil. Por isso, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional recalculou o valor mínimo para o ajuizamento de execuções fiscais para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Entretanto, o fato de a Fazenda deixar de ajuizar execução fiscal não significa que ela desistiu do imposto devido. O que a Procuradoria-Geral passa a fazer é usar meios administrativos de cobrança, como a inscrição do valor na Dívida Ativa da União.

O custo da ação fiscal para cobrar o valor devido do acusado encontra-se próximo do valor da dívida, por isso, a Fazenda Pública determinou a suspensão de execuções fiscais iguais ou inferiores ao valor estipulado em lei, tornando, assim, inviável o ajuizamento da ação de cobrança, uma vez que o valor recebido ao final somente quitaria os débitos da ação de cobrança. Dessa feita, existem requisitos que devem ser levados em consideração para filtrar os acusados que merecem a aplicação do princípio da insignificância, sendo eles: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Diante do exposto, é imprescindível a uniformização das decisões do STJ e das instâncias inferiores, visto que o STF já decidiu que a referida portaria do Ministério da Fazenda possui condições para atualização monetária na aplicação do princípio da insignificância.

5 CONCLUSÃO

As penalidades cominadas a outros ramos do Direito, que não seja o Penal, são mais rigorosas por desrespeitarem interesses de relevância jurídica e, por isso, receberam tratamento legal mais severo. Essa concepção é oriunda do Estado Democrático de Direito, que apenas pode estabelecer harmonia com um Direito Penal mínimo, subsidiário e interveniente apenas em situações que destaquem efetiva ofensa a bem jurídico fundamental que os outros ramos legais tenham sido ineficazes para solucionar.

Dessa maneira, para configurar crime contra a ordem tributária, a conduta praticada deve ser inicialmente considerada ilícita no ordenamento tributário. Assim, a ordem tributária constitui um bem digno de proteção penal, tendo em vista sua relevância social, uma vez que a arrecadação é necessária ao próprio desenvolvimento de funções sociais do Estado, destinadas a toda a coletividade.

No Direito Penal Tributário, o bem jurídico imediatamente tutelado é o patrimônio público, na medida em que sua competência poderá ser estadual ou federal. Nesse sentido, as funções desempenhadas pelos tributos são seu objeto mediato e fundamento para a incriminação das condutas tipificadas na legislação penal tributária.

Não poderão ser objeto de persecução penal condutas consideradas irrelevantes pelo Direito Penal Tributário, devido a sua atipicidade material e conseqüentemente por falta de cominação penal. Sendo assim, aplica-se o princípio da insignificância ou bagatela, observando-se o limite mínimo de R\$ 10.000,00, expresso no art. 20, da Lei nº 10.522/2002, como patamar para ajuizamento de execuções fiscais e empregado pelo Poder Judiciário na extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária.

A edição da Portaria nº 75, do Ministério da Fazenda, aumentou a referida quantia mínima para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), porém a aplicação desse novo valor na esfera penal vem encontrando obstáculos no STJ, o qual alega violação ao princípio da legalidade. Todavia, entende-se que a aplicação desse princípio, no âmbito penal, é restrita à imposição da pena e à definição do tipo incriminador, devendo ser afastada em favor do agente no que disser respeito a tipos permissivos. Ademais, o STF admite a atualização monetária como patamar para a aplicabilidade do princípio da bagatela.

Para tanto, o emprego do valor mínimo estipulado pela Portaria MF nº 75/2012 como patamar do princípio da bagatela para a persecução penal dos crimes contra a ordem tributária é medida que se impõe, uma vez que não justificável acionar o Judiciário quan-

do não há interesse que reforçar. Assim, a legalidade estrita se limita aos delitos e às sanções, não se aplicando às situações penais não incriminadoras. Assim, o argumento utilizado pelo STJ não encontra respaldo para vigorar.

O princípio da insignificância não encontra previsão expressa na legislação, sendo a sua essência de construção doutrinária e jurisprudencial. Assim, apesar de o STJ usar o argumento de a portaria não possuir status de lei, o que se deve levar em consideração para aplicabilidade do princípio da insignificância são seus vetores informadores, quais sejam: a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal.

Dessa maneira, o patamar monetário de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) adotado pelo STF como limite para o princípio bagatelar atende aos pressupostos viáveis de execução fiscal e deve ser uniformizado nos tribunais.

Referências

ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no Direito Penal. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, São Paulo: Fiuza, 1988.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge Figueiredo. O crime de fraude fiscal no novo direito penal tributário português (Considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções). **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, 1996. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=dias%2c+jorge+de+figueiredo>>. Acesso em: 10 out. 2016.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Atlas, 2015.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal Introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 set. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 27 set. 2016.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.

_____. Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 14 jul. 1965. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 dez. 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

_____. **Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991**. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8383.htm>. Acesso em: 5 out. 2016.

_____. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 19 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10522compilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2016.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 75, de 22 de março de 2012**. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/ acesso-a-informacao/institucional/legislacao/2012/portaria75>>. Acesso em: 8 out. 2016.

_____. Ministério da Fazenda. **Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012**. Altera a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em <<http://fazenda.gov.br/ acesso-a-informacao/institucional/legislacao/2012/portaria-no.-130-de-19-de-abril-de-2012>>. Acesso em: 7 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.521.774**. Relator: Nefi Cordeiro. Julgado em: 17 maio 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500583348>, <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500583348&dt_publicacao=25/05/2016> e <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500583348&dt_publicacao=25/05/2016" dt_publicacao=25/05/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500583348&dt_publicacao=25/05/2016)>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 651.395**. Relator: Joel Ilan Paciornik. Julgado em: 24 maio 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500237500>, <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500237500&dt_publicacao=03/06/2016> e <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500237500&dt_publicacao=03/06/2016" dt_publicacao=03/06/2016](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500237500&dt_publicacao=03/06/2016)>. Acesso em: 16 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 120.617**. Relator: Rosa Weber. Julgado em 4 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP>>, <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6892324>> e <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6892324" docID=6892324](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6892324)>. Acesso em: 22 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 122.722**. Relator: Dias Toffoli. Julgado em: 19 ago. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP>>, <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993>> e <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993" docID=5305993](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5305993)>. Acesso em: 13 out. 2016.

CAMURÇA, Glauber Capistrano. **A importância da Lei nº 8.137/1990 e os instrumentos utilizados pela SEFAZ no combate à sonegação fiscal no Ceará**. 2011. Dissertação (Mestrado em Economia do Setor Público)—Instituto de Economia: Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

CORNEJO, Abel. **Teoria de la insignificância**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1997.

CORRÊA, Antonio. **Dos Crimes contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DELMANTO, Roberto. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. O novo direito penal tributário e econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro, n. 12, 1966.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GRECO, Rogério. **Curso do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. Salvador: JusPodivm, 2010.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LOVATTO, Alécio Adão. **Crimes tributários: aspectos criminais e processuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MALAN, Diogo. Considerações sobre os crimes contra a Ordem Tributária. **Direito Penal: doutrinas essenciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAÑAS, Carlos Vico. **O princípio da insignificância como excludente de tipicidade do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. Crimes fiscais e o princípio da insignificância. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIX, n. 437, abr. 2015.
- NOSCHANG, Édna Márcia Marçon. A descriminalização do crime de descaminho em razão da aplicação do princípio da insignificância. **Rev. Disc. Jur.**, Campo Mourão, v. 2, 2006. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/177/70>>. Acesso em: 23 set. 2016.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis penais especiais comentadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. Crime de Sonegação Fiscal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo: USP, 1973. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66668>>. Acesso em: 25 out. 2016.
- _____. Introdução ao estudo do Direito Penal Tributário. **Ciência Penal**, São Paulo, n. 2, 1974.
- PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TEIXEIRA, Ivan de Oliveira. Breves comentários sobre a Ação Penal dos Crimes contra a ordem Tributária. **Revista Liberdade**, São Paulo: Instituto IDECRIN, 2009. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/21-tributario?format=pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- ZAFFARONI, Raul Eugênio. **Manual de Direito Penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

5 REPATRIAÇÃO DE ATIVOS CLANDESTINOS E ANISTIA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E A EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICO- TRIBUTÁRIA

Vlamiir Costa Magalhães¹

Resumo: O presente estudo analisa a legitimidade constitucional da exclusão da punibilidade dos crimes contra a ordem econômico-tributária à luz do princípio da razoabilidade e de sua vertente de vedação à proteção penal deficiente de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Crimes contra a ordem econômico-tributária. Princípio da Razoabilidade. Proibição de proteção deficiente em matéria criminal.

Abstract: *The present paper analyzes the constitutional legitimacy of the exclusion of the punishability of crimes against the economic-tax order based on the rule of reasonableness and its aspect about the prohibition of deficient criminal protection on fundamental rights.*

Keywords: *Crimes against the economic-tax order. Rule of Reasonableness. Prohibition of deficient protection on criminal issues.*

1 INTRODUÇÃO

Estamos convencidos de que a incriminação da fraude fiscal constitui, num país como o nosso, importante elemento de uma séria política tributária. Esse tipo de ilícito, entre nós, não ofende o mínimo ético e o cidadão não tem consciência de que o cumprimento da obrigação tributária constitui dever cívico, cuja transgressão ofende gravemente a economia pública, e, pois, interesses fundamentais da comunidade. A violação desse dever pode apresentar-se como simples atitude passiva de descumprimento da obrigação tributária, fato adequadamente sancionado através de medidas de natureza administrativa (multa). Todavia, pode apresentar maior gravidade, quando o descumprimento da obrigação tributária se realiza através do engano e da fraude, com o emprego de meios tendentes a induzir em erro a autoridade, iludindo o pagamento do tributo. Em tais casos é imperativa a sanção penal, que existe em muitos países, de longa data. (FRAGOSO, 1966, p. 6.)

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre e doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Juiz Federal.

A Lei n.º 13.254/2016 (com a redação dada pela Lei n.º 13.428/2017) disciplinou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT). Trata-se de programa de incentivo à repatriação de ativos que tem, como contrapartida fixada pelo art. 5º do aludido diploma legal, a exclusão da punibilidade dos delitos cometidos em decorrência da remessa e manutenção clandestina de tais divisas no exterior.

Entre os crimes que, em tese, tiveram a punibilidade² temporariamente excluída pela referida legislação, encontram-se: os delitos contra a ordem tributária (art. 1º, I, II e V, e art. 2º, ambos da Lei nº 8.137/1990), o crime de evasão de divisas (art. 22, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986) e o crime de lavagem de ativos (art. 1º da Lei nº 9.613/1998).

O presente estudo analisa a (i) legitimidade constitucional da exclusão da punibilidade dos crimes contra a ordem econômico-tributária à luz do princípio da razoabilidade e de sua vertente relativa à vedação de proteção penal deficiente a direitos fundamentais.

2 A EMERGÊNCIA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

No tocante aos direitos fundamentais, o Direito Penal tem assumido duas funções de suma relevância. Por um lado, seus instrumentos sancionatórios representam restrições mais severas em comparação com as punições previstas em outros ramos do ordenamento jurídico. Por outro prisma, o Direito Penal se apresenta, em determinadas circunstâncias, como a mais eficaz ferramenta de que dispõe o Estado para a proteção efetiva dos valores fundamentais mais prezados pela coletividade.

Nesse aspecto, as reflexões contemporâneas sobre os problemas vivenciados no âmbito criminal têm sido iluminadas por relevantes aportes advindos de outras searas da ciência jurídica, em especial do Direito Constitucional. Com efeito, percebe-se que o Estado vem se desprendendo da posição de adversário das liberdades, tornando-se, ao revés, um instrumento imprescindível de sua concretização. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais deixam de ser exercidos apenas contra o Estado e passam a ser efetivados por meio dele (ANDRADE, 2008, p. 49-50).

2 O conceito de anistia penal remete a uma espécie de esquecimento do crime por vontade do legislador, podendo o benefício ser condicionado (a condutas praticadas em determinados lapsos temporais, por exemplo) ou não. Já a noção de abolição do crime (*abolitio criminis*) é sinônimo de descriminalização ou revogação integral, por força de lei, de uma determinada figura delitiva. (SOUZA; JAPIASSÚ, 2015, p. 659 e 663). Tendo em vista a melhor adequação ao tema em análise, o presente estudo emprega a expressão anistia para designar a exclusão da punibilidade criminal atrelada à adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), na forma do art. 5º da Lei nº 13.254/2016.

A função estatal inerente à promoção de direitos fundamentais não é cumprida apenas por meio da organização institucional, mas induz igualmente à exigência de que a proteção de interesses constitucionais envolva a criação e manutenção eficiente de sistemas sancionatórios, isso com o fim de garantir a legítima expectativa de exercício equilibrado e igualitário das liberdades (econômicas, inclusive) por todos os membros da sociedade (CUNHA, 1995, p. 287).

Modernamente, já não é possível desatrelar o Direito Penal do modelo de Estado constitucionalmente assumido, sendo certo que todas as discussões pertinentes à questão criminal devem manter estreita conexão com o Direito Constitucional e a teoria geral do Estado (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 14). Nesse ponto, a locução 'constitucionalização do Direito' preconiza hodiernamente a projeção dos interesses constitucionalmente consagrados sobre todos os ramos do ordenamento jurídico, configurando um reflexo do movimento de revalorização do princípio da supremacia da Constituição (CF).³

Com efeito, o mecanismo da filtragem constitucional configura instrumento hermenêutico que alcançou notável relevância na vigente era do Direito Penal Constitucional e consiste na releitura e readaptação interpretativa da ordem jurídico-normativa sob o filtro axiológico dos valores albergados, expressa ou implicitamente, na CF.⁴ Nessa perspectiva, a Constituição é contemplada como a primeira manifestação da política crimi-

3 Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958 (BARROSO, 2009, p. 355). O fato citado diz respeito ao caso de Erich Lüth, que, na condição de presidente do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, na Alemanha, incitava o boicote ao filme intitulado "o amante imortal", dirigido por Veit Harlan, que teria um conteúdo aparentemente anti-semita, induzindo a uma possível ligação deste cineasta com o regime nazista. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, em primeiro grau de jurisdição, decisão favorável na qual se determinou a cessação de tal conduta. O Tribunal Constitucional Federal reformou a citada decisão e fixou o entendimento de que o direito fundamental à liberdade de pensamento e expressão deveria fundamentar a interpretação das normas do Código Civil acerca de responsabilidade patrimonial e não o inverso (Ibid., p. 355).

4 Utiliza-se a expressão "filtragem constitucional" em virtude de que ela denota a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva forma e material, e assim, os seus procedimentos e valores, deve passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. A expressão, ademais, foi utilizada pela primeira vez no Brasil, com este sentido, pelo Prof. Dr. Clemerson Merlin Clève (SCHIER, 1999, p. 104). As premissas decorrentes deste movimento são condensadas nos seguintes termos: (i) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição – primado da interpretação conforme; (ii) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional e (iii) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se diretamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (Ibid., p. 146).

nal do Estado e, portanto, dela deve partir toda a planificação normativa de índole penal (ZAFFARONI, 1999, p. 135).⁵

Diante desse novo cenário, a CF figura como pauta a ser observada pelo legislador penal em dois aspectos: (1) como limite ao *jus puniendi*, ou seja, como parâmetro de proibição de determinadas criminalizações e, noutro viés, (2) como critério determinante da proteção jurídico-penal a interesses, valores e bens de notória relevância.⁶ Destarte, o Direito Penal Constitucional apresenta-se como proposta de releitura do sistema punitivo estatal, tanto em termos dogmáticos quanto em termos de política criminal, o que abrange, com igual vigor, o processo de elaboração, reforma e aplicação concreta das normas penais.⁷

3 BEM JURÍDICO E DIREITO PENAL ECONÔMICO-TRIBUTÁRIO: A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL

Poucos temas ocupam mais espaço na literatura penal atual do que a teorização em torno da ideia de bem jurídico. De um modo geral, pode-se afirmar que o conteúdo das incriminações tem relação direta com o modelo de Estado no qual se insere o Direito Penal. Daí o porquê de ser íntima e inarredável a correlação existente entre a concepção de Estado e a teoria do Direito Penal, sobretudo no tocante à formulação da política criminal.

No aspecto evolutivo, formado sob a inspiração do Iluminismo entre a segunda metade do século XVIII e a primeira do século XIX, o Direito Penal liberal, também chamado de tradicional ou clássico, configurou um sistema normativo voltado para a tutela de interesses privados típicos da burguesia, então emergente, em face de ataques das camadas sociais miseráveis e das arbitrariedades do próprio Estado Absolutista.

⁵ Enquanto o Poder Legislativo não elaborar as necessárias e indispensáveis readaptações, cabe ao Poder Judiciário, em sua função integradora e transformadora, típica do Estado Democrático de Direito, efetuar as correções (adaptações) das leis, utilizando-se para tal dos modernos mecanismos hermenêuticos, como a interpretação conforme a Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*), a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) e a declaração da inconstitucionalidade das leis incompatíveis com a CF (BITENCOURT, 2006, p. 56).

⁶ Importa ressaltar que as conexões entre a Constituição e o Direito Penal não se reduzem ao estabelecimento, por aquela, de limitações ao direito de punir. Para além de estabelecer-se como limite material ao *jus puniendi*, a Constituição figura como fonte valorativa e mesmo como fundamento normativo do Direito Penal incriminador; é dizer, funciona não apenas para proibir, senão também para legitimar, e eventualmente impor, em situações determinadas ou determináveis, a proteção jurídico-penal de bens jurídicos, notadamente quando conectados à categoria dos bens ou interesses investidos de nota da fundamentalidade (FELDENS apud NETO; SARMENTO, 2007, p. 854).

⁷ Do Estado de Direito *tout court* (clássico, liberal, legalista e formalista) passamos a um Estado constitucional e democrático de Direito. A principal consequência dessa transformação tinha que (naturalmente) repercutir na posição do juiz no Estado de Direito: da concepção puramente "formalista" de juiz (juiz legalista), que não podia outra coisa senão pronunciar as palavras da lei (*la bouche qui prononce les paroles de la loi*), chega-se ao protagonismo dos juizes, que manejando os valores e princípios constitucionais que deve alcançar o sentido do justo em cada caso concreto, justificando sua decisão com critérios de razoabilidade (ou ponderação ou proporcionalidade) (GOMES; GARCIA-PABLOS MOLINA; BIANCHINI, 2007, p. 54).

No entanto, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, configurou-se uma espécie de ajuste de contas entre o direito, a economia, a política e a sociedade (STRECK, 2009, p. 20.), haja vista que os textos de constituições dirigentes (CANOTILHO, 1994, p. 27) transformaram-se em *locus* do novo perfil do Estado e do Direito. A partir de então, a preocupação não mais incidiu apenas sobre a proteção ao indivíduo, mas englobou, gradativamente, o resguardo da vida pacífica e equilibrada em sociedade, o que envolveu a contemplação de novas gerações ou dimensões de direitos fundamentais.⁸

Foi então que, a partir de meados da década de 1970, a noção de bem jurídico passou a abranger também, para além da proteção à liberdade e ao patrimônio individuais, a preservação de interesses titulados pela coletividade, tais como o regular funcionamento da ordem econômica e o sistema de arrecadação tributária, esse último como meio essencial ao custeio das atividades estatais exercidas em prol da coletividade.

Vale frisar que os valores enfatizados nessa nova perspectiva não constituem fruto de mera arbitrariedade⁹ ou de criação artificial por parte do legislador¹⁰, mas são decorrências naturais da adequação do Direito Penal à sociedade contemporânea e ao Estado Democrático de Direito delineado pela CF. Portanto, em consonância com a moderna doutrina¹¹, o Direito Penal Econômico-Tributário tem por finalidade a proteção de bens jurídicos coletivos fundamentais, tais como: a regularidade da arrecadação fiscal; a higidez da ordem normativa tributária; a equitativa distribuição do ônus de pagar tributos e – em derradeira, mas não menos importante perspectiva – o custeio da efetivação dos direitos sociais pelo Estado. Todos esses objetivos relacionam-se, direta ou indiretamente, com o valor constitucional da dignidade humana.

8 A utilização da expressão "gerações" de direitos fundamentais propicia a falsa noção de sucessão de uma categoria por outra, motivo que torna preferível a expressão "dimensões" ou "gestações" de direitos fundamentais de forma a melhor espelhar a coexistência e o nivelamento da importância de todas as categorias de direitos fundamentais. Há quem se refira a "direitos humanos sequenciais" (BARRETO, 2010, p. 12).

9 Nos Estados Democráticos de Direito, os abismos sociais devem ser eliminados e as desigualdades corrigidas. Nesse tipo de Estado, proclama-se o dever dos poderes públicos de promover as condições para que a liberdade e a igualdade sejam reais e efetivas. No Estado Democrático de Direito, a imagem abstrata do homem livre e igual é substituída pela do homem condicionado e desigual. A imagem do homem própria do Estado Democrático de Direito é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas: do homem em seu posto de trabalho, como trabalho dependente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente. Este o motor normativo da transformação do catálogo de bens jurídicos, que experimentam os Códigos Penais. Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos 'naturais' e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito mais ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a ordem econômica, que possui caráter supraindividual e se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse bem jurídico, entretanto, não é arbitrário, pois decorre do tipo de Estado definido nas constituições (ARAÚJO JUNIOR, 1999, p. 150-151).

10 MUÑOZ CONDE, 1995, p. 10 e 48 e PEÑA CABRERA, 1995, p. 48.

11 MACHADO, 2009, p. 20 e no mesmo sentido, RIOS, 1998, p. 50.

Nesse aspecto, na condição de fundamento da República Federativa do Brasil (cf. art. 1º, III, da CR/1988), destaca-se a face comunitária da noção de dignidade humana¹², que está profundamente relacionada com a temática abordada no presente estudo ao legitimar a constrição de direitos individuais (inclusive, a liberdade de locomoção) em prol da promoção do dever de solidariedade social (art. 32 do Pacto de São José da Costa Rica¹³). É apoiado nesse raciocínio e fundamentado, portanto, no sentido comunitário da dignidade humana, que o ordenamento penal econômico-tributário cumpre a sua função social.¹⁴

4 A LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR NA ERA DO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Diante do vigente sistema constitucional, o legislador não tem em mãos um “cheque em branco” em matéria penal. Em outras palavras: o Estado Democrático de Direito não confere liberdade absoluta ao Poder Legislativo para criminalizar ou descriminalizar condutas e temas ao sabor de interesses políticos ou econômicos – reconheça-se – nem sempre republicanos ou publicáveis, principalmente nos tempos atuais. Portanto, o legislador está sujeito a balizas constitucionais, ora expressas, ora implícitas, o que se traduz em limitações não apenas de índole formal (quanto ao processo de criação normativa) mas também de caráter material (no que diz respeito ao conteúdo normativo propriamente dito).

A doutrina penalista mais conservadora costuma enxergar apenas a função restritiva das normas constitucionais sobre a atividade do legislador penal, ou seja, vislumbra-se tão somente focos de proibição de criminalização. Nesse prisma, são tidas como proscritas, por exemplo, a criação de tipos penais que confrontem liberdades textual-

12 O terceiro e último conteúdo – a dignidade como valor comunitário, também referida como dignidade como heteronomia – abriga o seu elemento social. O indivíduo em relação ao grupo. Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa. O que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados. Sendo intuitivo, o conceito de dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, entre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade. (BARROSO, 2010, p. 27)

13 Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos. 1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática. BRASIL, 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)

14 Parte-se da noção de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. (ROXIN, 2006, p. 16-17). No mesmo diapasão, os bens jurídico-penais assim chamados universais podem ser definidos como dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, compatíveis com a ordem constitucional. (GRECO, 2006, p. 409).

mente garantidas¹⁵, bem como medidas que estabeleçam discriminação arbitrária ou fixem um padrão obrigatório de comportamento moral¹⁶, sexual, filosófico, político ou religioso. Até aqui, inexistente novidade relevante a comentar.

Porém, em outra perspectiva, discute-se se a Constituição de 1988 impõe ao legislador deveres de incriminação em alguns temas específicos. Sobre o tema, embora não haja a definição de tipos penais no texto constitucional, o que, obviamente, importaria em deturpação da função específica que cabe ao constituinte, não há como deixar de reconhecer algumas cláusulas de criminalização presentes na Carta Magna em vigor. Nesse aspecto, atenta contra o princípio da supremacia constitucional o entendimento de que claros mandamentos de criminalização não teriam, na prática, caráter imperativo, uma vez que estariam vinculados a meros fatores históricos pontuais ou reclamos sociais momentâneos. Há, inclusive, quem afirme que as determinações expressas de criminalização refletem apenas “recados políticos”¹⁷, cuja inobservância não teria qualquer consequência.¹⁸

Tal postura equivocada e inadmissível acaba sendo chancelada pela letargia jurisprudencial quanto ao exercício do controle de constitucionalidade sobre normas legais de cunho penal, o que é bem retratado na preleção doutrinária a seguir disposta:

O desprezo pelo controle de constitucionalidade – direto ou difuso – na seara criminal, no sistema brasileiro, beira as raias da imoralidade, na medida em que tem sido sistematicamente omitido, quando não sonogado desarrazoadamente pelo Judiciário, de primeiro e de segundo grau, postura inadmissível em um Estado Democrático de Direito. No controle direto, quem tem legitimidade para a propositura das ADIns não tem ‘interesse’ em fazê-lo, e, no controle difuso, o clamor da doutrina não faz eco nos tribunais, que, nesse particular, fazem ouvidos moucos. (BITENCOURT, 2006, p. 55)

15 A título de exemplo histórico a ser rechaçado, cabe menção ao artigo 402 do Código Penal de 1890 (Decreto nº 847), que criminalizou a prática da capoeira no Brasil em áreas públicas, o que se deu apenas dois anos após a abolição da escravidão com a edição da célebre Lei Áurea, em 1888. Confira-se o trecho do aludido dispositivo: Fazer nas ruas e praças públicas exercícios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação de capoeiragem. Pena – de prisão celular por dois a seis meses. (PIERANGELI, 2001, p. 320).

16 Um exemplo esdrúxulo da incriminação de comportamento apenas moralmente reprochado se deu ainda na fase imperial da história do Brasil, quando o Livro V, Título LXXXV, das Ordenações Filipinas criminalizou a prática da fofoca ao tratar “dos mexeriqueiros” em dispositivo que continha a seguinte redação: Por se evitarem os inconvenientes, que dos mexericos nascem, mandamos, que se alguma pessoa disser á outra, que outrem disse mal delle, haja a mesma pena, assi civil, como crime, que mereceria, se elle mesmo lhe dissesse aquellas palavras, que diz, que o outro terceiro delle disse, posto que queira provar que o outro o disse. (Ibidem, p. 152)

17 Nesse sentido: PASCHOAL, 2003, p. 113.

18 Há quem reconheça a existência de expressos mandados constitucionais de penalização e, no entanto, afirme que seu descumprimento é irremediável, ou seja, não possibilita a tomada de qualquer medida. FELDENS, (2005, p. 212).

5 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – PROPORCIONALIDADE, A TEORIA DOS DEVERES ESTATAIS DE PROTEÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO PENAL DEFICIENTE

O princípio da razoabilidade, também nominado de princípio da proporcionalidade¹⁹, originou-se no âmbito do Direito Administrativo alemão ao tempo do florescimento do jusnaturalismo e teve a função de parâmetro no controle do exercício do poder de polícia. No restante da Europa, o postulado alcançou previsão em constituições e tratados internacionais após a Segunda Guerra Mundial, o que se deu com o fim de coibição de medidas do Poder Público excessivamente restritivas de direitos fundamentais (TOLDO, 2003, p. 214).

No Direito brasileiro, uma parcela da doutrina o vislumbra como princípio constitucional não escrito, enquanto outra corrente, por inspiração do direito norte-americano, concebe a ideia como decorrência do devido processo legal (BASTOS, 2002, p. 235-236). Na síntese doutrinária (SARMENTO, 2002, p. 90), o referido postulado exige que os atos estatais devam, simultaneamente e sob pena de invalidade: (1) ser aptos para concretizarem os fins a que se destinam; (2) ser o menos gravosos possível aos direitos fundamentais afetados e, por fim, (3) causar benefícios superiores às desvantagens que proporcionam.

A seu turno, a teoria dos deveres estatais de proteção consiste em construção doutrinária e jurisprudencial havida no âmbito do Direito Constitucional, sendo dotada, porém, de notórias e importantes repercussões no Direito Penal. Destaca-se, nesse ponto, o reconhecimento da dupla face da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, que constituem, a um só tempo, fonte de faculdades individuais (aspecto subjetivo) e base legitimadora de toda a ordem jurídica (aspecto objetivo).²⁰

19 Em que pese não haver consenso absoluto, as expressões razoabilidade e proporcionalidade abrigam conceitos próximos relacionados à ideia de racionalidade e justiça, motivo pelo qual podem ser consideradas intercambiáveis ou fungíveis. Cf. BARROSO, 2009, p. 258.

20 Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional Federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência. (ALEXY, 2008, p. 524-525). Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu a proibição da edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob esse ângulo, atuam como normas de competência negativas. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, nesse sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica. É justamente com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que a doutrina alemã entendeu que o legislador possui deveres ativos de proteção, que englobam um dever de aperfeiçoamento (*nachbesserungspflichten*) da legislação existente, no sentido de conformá-la às exigências das normas de direitos fundamentais. (SARLET, 2003, p. 343-344)

Como decorrência lógica dessa premissa, não basta a previsão formal de direitos fundamentais, mas recaem sobre o Estado os assim chamados imperativos de tutela, ou seja, deveres indeclináveis de agir para evitar violação de tais interesses e valores. As pontuais obrigações de incriminação expressas no texto constitucional (ex.: art. 5º, XLIII) nada mais são senão claras manifestações da teoria dos deveres estatais de proteção pertinentes ao campo penal²¹, o que se verifica sem prejuízo do dever de proteção de outros bens jurídicos de índole constitucional, que, mesmo tácitos, por sua essencialidade à garantia da preservação da dignidade humana e da vida pacífica em sociedade, gozam de igual e indeclinável merecimento de tutela por meio do Direito Penal.

É preciso firmar que a tipificação de delitos e a fixação de penas proporcionais constituem mecanismos – ainda que subsidiários – de proteção a direitos fundamentais. Sendo assim, a análise pelo Poder Legislativo quanto à criação ou revogação de tipos penais, bem como quanto à estipulação de causas de extinção da punibilidade, deve ocorrer à luz do duplo viés do princípio de razoabilidade, ou seja, abrangendo a vedação de eventual excesso criminalizante, mas, com igual ênfase, a vedação de descriminalizações que venham a resultar na insuficiência da proteção estatal disposta em favor de determinados interesses essenciais (BALTAZAR JUNIOR, 2010, p. 49-74). Nesse preciso tom, mesmo reconhecendo a liberdade de conformação do legislador, tanto o Supremo Tribunal Federal²² quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos²³ reconhecem que o princípio da proporcionalidade serve de duplo limite para a atividade legislativa em

21 O Estado, enquanto detentor do monopólio da força, veda ao particular a prática da autodefesa. Como contraparte, obriga-se a zelar pela proteção dos membros da sociedade contra as ameaças e violações advindas de outros membros. Nessa esteira, o dever de proteção torna-se uma “contraprestação” do Estado em relação ao cidadão que confiou sua liberdade em troca de segurança. [...] Inicialmente, o princípio da proporcionalidade era utilizado apenas contra os excessos praticados pelo Estado (proibição de excesso), mas, diante dos mandamentos constitucionais de Estado Democrático, passa a ser obrigatório reconhecê-lo em mais extenso sentido, devendo abranger o dever de proteção eficiente (vedação da proteção deficiente) por parte do Estado no tocante às agressões advindas de terceiros contra direitos fundamentais. Estes terceiros podem ser particulares, outros Estados, mesmo pessoas jurídicas de direito privado, como empresas. (GUARANI; SANTANA apud CAMBI; GUARANI, 2016, p. 165)

22 [...] Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente [...]. O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 104.410**, Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 06/03/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2017.

23 Assim restou decidido nos casos **Ximenes Lopes vs. Brasil** e **Garibaldi vs. Brasil**, julgados, respectivamente, em 4/7/2006 e 23/9/2009. Dados disponíveis em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 31 jul. 2017.

matéria penal, abrangendo, nesse ponto, a tutela dos valores fundamentais supraindividuais (GUARANI; SANTANA apud CAMBI; GUARANI, 2016, p. 202).

Logo, o Estado viola a Constituição tanto ao se omitir na elaboração de normas penais protetivas de interesses relevantes para a coletividade, quanto ao revogar a proteção normativa já estabelecida em favor de bens socialmente titulados, o que pode ocorrer na seara criminal por meio da não tipificação de condutas lesivas ou atentatórias a tais valores, pela brandura do sancionamento imposto e pela revogação ou suspensão da eficácia dos respectivos tipos penais. Em tais hipóteses, em coerência com as primordiais finalidades do Direito Penal Econômico-Tributário (conforme os bens jurídicos que protege²⁴), a violação ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá em detrimento da sua vertente de proibição de proteção penal deficiente.²⁵

Cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 (nos termos dos §§ 4º e 5º, do art. 173)²⁶ determinou que o Estado reprima o abuso do poder econômico e as infrações cometidas contra a ordem econômico-financeira, sendo este um forte indicativo da irrenunciabilidade da tutela corporificada pelo Direito Penal Econômico-Tributário.²⁷

Ainda que o constituinte não tivesse sido tão claro, reconhece-se a existência de mandados constitucionais implícitos de criminalização, o que se configurou a partir de construção jurisprudencial firmada por decisão da Corte Constitucional da Alemanha, proferida em 25/2/1975, a qual declarou a inconstitucionalidade da lei de reforma do Código Penal (de 18/6/1974) em relação à descriminalização do aborto, ainda que praticado durante os três primeiros meses de gestação. Nessa ocasião, fixou-se a irrevogabilidade da punição ao aborto e, por conseguinte, o reconhecimento implícito da obrigatoriedade

24 A ideia de proibição de proteção deficiente invocará sempre, e inevitavelmente, o conceito de bem jurídico, pois será na necessidade do dever de proteção constitucional que o legislador ficará obrigado a atuar de forma positiva. Portanto, bem jurídico já não é, sob a égide do Estado Democrático de Direito, a simples proteção contra os poderes estatais; bem jurídico também é ou será o modo de proteção através do Estado. (STRECK, op. cit., p. 106)

25 A tipificação de delitos e a atribuição de penas também são mecanismos de proteção a direitos fundamentais. Sob essa perspectiva, o Estado pode violar a Constituição por não resguardar adequadamente determinados bens, valores ou direitos, conferindo a eles proteção deficiente, seja pela não tipificação de determinada conduta, seja pela pouca severidade da pena prevista. Nesse caso, a violação do princípio da razoabilidade-proporcionalidade ocorrerá na modalidade da vedação da insuficiência. [...] Em suma: o legislador, com fundamento e nos limites da Constituição, tem liberdade de conformação para definir crimes e penas. Ao fazê-lo, deverá respeitar os direitos fundamentais dos acusados, tanto no plano material como no processual. Por outro lado, tem o legislador deveres de proteção para com a sociedade, cabendo-lhe resguardar valores, bens e direitos fundamentais, funciona também na dupla dimensão de proibição do excesso e de insuficiência. (BARROSO, op. cit., p. 381)

26 A Constituição de 1946 também teceu determinação semelhante em vão, eis que o legislador ordinário jamais cumpriu a referida ordem constitucional. O caráter classista da legislação penal se manifesta também na omissão ou pachorra da elaboração legislativa de crimes que podem ser praticados pelos membros da classe dominante. (BATISTA, 2007, p. 90)

27 GRECO apud SCHMIDT, 2006, p. 413. Esclareça-se que o princípio da proibição de proteção deficiente foi assim denominado por Canaris (2003, p. 107), nomenclatura que veio a ser posteriormente consagrada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. (SCHMIDT; FELDEN, 2006, p. 35).

da manutenção da proteção penal do direito à vida. Trata-se, portanto, de um imperativo de tutela baseado na dimensão objetiva dos direitos fundamentais (teoria dos deveres estatais de proteção) e, em última análise, no princípio da razoabilidade, na faceta de proibição de proteção penal deficiente.

É importante fixar que o objeto de proteção do Direito Penal Econômico-Tributário é composto por uma determinada política econômica e fiscal.²⁸ Revela-se, por conseguinte, descabido restringir a finalidade da intervenção penal nessa seara à tutela do mero interesse arrecadatário.²⁹ Embora surgida como critério negativo de limitação do Direito Penal, a função de proteção de bens jurídicos tem-se convertido em critério positivo³⁰, ou seja, determinante de decisões criminalizadoras, o que se dá em absoluta conformidade com o ideal neoconstitucionalista. Consolida-se, dessarte, a legitimidade da incriminação da sonegação tributária e, pelas mesmas razões, a invalidade constitucional da descriminalização de condutas que violam a ordem econômico-tributária³¹, principalmente da forma descontrolada e arbitrária como vem sendo feita.

Como exemplo mais gritante de irrazoabilidade vigente nessa temática, pode-se citar a edição da Lei nº 10.684/2003, que permitiu a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo em qualquer tempo, ou seja, mesmo após eventual condenação no

28 Desde a antiguidade, as teses do Direito Penal Econômico foram compreendidas como Direito Penal de tempos de crise e um Direito Penal relacionado à repressão dos abusos do poder econômico. Contudo, no panorama contemporâneo, não parece conveniente vincular esse ramo do Direito, tal como se procedeu no contexto das guerras mundiais ao século passado, e muito menos aos regimes totalitários, embora estes sejam dados históricos. Parece mais coerente situá-lo no âmbito das transformações socioculturais e ideológicas que propiciam nova fisionomia às sociedades e, por consequência, aos Estados. (PANOIRO, 2014).

29 Os anseios arrecadatários do Estado globalizante vislumbraram, no Direito Penal, um instrumento de *prima ratio* no combate à evasão fiscal. Consequentemente, interessa ao Estado muito mais recuperar os tributos sonegados do que, propriamente, prevenir-se sonegações futuras. Ora, se esta é a política criminal adotada, então resta claro que as justificativas fornecidas pela lei tributária para o ilícito fiscal, por também estruturarem-se a partir de finalidades primordialmente arrecadatárias, devem contaminar o ilícito penal equivalente. (SCHMIDT, 2003, p. 181-182)

30 O que classicamente se formulou para a limitação da ação do legislador mediante o sistema de proteção de bens jurídicos converteu-se agora em uma exigência para que se penalizem determinadas condutas. (DE SANCTIS, 2005, p. 22)

31 Nesse sentido, confira-se a seguinte preleção: "No mundo moderno, observamos uma profunda modificação na maneira de pensar dos povos em relação à delinquência fiscal. Enquanto há alguns pares de anos, o sonegador era considerado quase um herói, hoje a consciência social o reprovava de maneira extraordinária. Os povos compreenderam que é muito mais eficiente lutar contra a sonegação, do que adotar a cômoda política de combater o déficit público através da contenção de gastos. Especialmente em países como o Brasil, que vivem em permanente estado de crise econômica. A danosidade da criminalidade fiscal é mais agudamente captada pelos agentes sociais. Destaque-se ainda que o desvalor ético da sonegação é percebido por todas as camadas sociais, e não apenas por aquelas menos poderosas." (ARAUJO JUNIOR, 1995, p. 155)

âmbito criminal.³² Trata-se de norma não apenas inconstitucional, mas imoral, visto que cria uma linha divisória entre criminosos miseráveis e os que podem pagar para se livrar da responsabilidade penal.

Fato é que o vigente tratamento privilegiado conferido à sonegação fiscal é injusto e anti-isonômico, além de contribuir para o descrédito das instituições de persecução penal e estimular o desprezo social por normas tributárias e criminais. No cenário vigente, fomenta-se a crença de que o crime econômico-tributário compensa, fazendo do magistrado um caricato cobrador de tributos e da denúncia, um mero carnê de cobrança (FELDENS, 2002, p. 199). Diante dessa lamentável realidade, pode-se afirmar que ludibriar autoridades e desdenhar da legislação fiscal continuam sendo um lucrativo negócio no Brasil.

6 A VERSÃO PENAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A ampliação dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988 (ex.: art. 5º, § 2º, e 7º, *caput*) se deu com vistas à progressiva redução das desigualdades e à construção de uma sociedade livre e solidária, em que haja justiça social (conforme os arts. 3º, I e III, e 170, *caput*, e incisos VII e VIII). Assim, ao instituir um Estado Social e Democrático de Direito, a Carta Magna reconheceu a jusfundamentalidade dos direitos sociais (DERBLI, 2007, p. 204-295).

Assim sendo, na perspectiva do princípio da vedação ao retrocesso social, implicitamente acolhido no vigente sistema constitucional (FILETI, 2009, p. 178), a norma disciplinadora ou assecuratória de direitos sociais (prestações estatais em favor da coletividade) figura como um guarda de flanco (MARTINS, 2004, p. 402). Nessa linha, considerando-se que a consecução de tais deveres prestacionais do Estado dirigidos à sociedade têm, obviamente, um custo financeiro, e que a regular arrecadação tributária tem por fim precípua subsidiar o cumprimento das referidas obrigações estatais, é inafastável a conclusão de que as normas incriminadoras pertinentes ao Direito Penal Econômico-Tributário

³² Inicialmente, o art. 34 da Lei nº 9.249/1995 permitiu a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária desde que pagamento do tributo ocorresse antes do recebimento da denúncia. Posteriormente, o art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/2003, estabeleceu que o pagamento ou parcelamento efetuados a qualquer tempo funcionariam, respectivamente, como causas de extinção e suspensão da pretensão punitiva. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tratou de alargar ainda mais a porta da impunidade ao permitir o afastamento do castigo penal mesmo que o pagamento se dê após o trânsito em julgado da sentença condenatória (Vide a decisão proferida no HC n. 232.376, STJ, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ: 15/06/2012). Tal aberração tem causado imensa perda de tempo e de recursos orçamentários, além de provocar a desmoralização institucional e o descrédito social em desfavor dos órgãos de persecução penal, em particular, do Poder Judiciário. Por outro lado, a infeliz mensagem que fica para a população é a de que os contribuintes que, por anos a fio, insistiram em burlar a ordem jurídica podem livrar-se da responsabilidade criminal desde que, literalmente, tenham condições de pagar por isso.

protegem, em última análise, os próprios direitos sociais fundamentais, sobretudo em tempos de recessão econômica e escassez generalizada de recursos públicos.

Há que se reconhecer que o recurso à incriminação para evitar o desacatamento de obrigações fiscais é legítimo e que o abrandamento da repressão penal nessa quadra, seja por meio de malabarismos interpretativos, seja por inaceitáveis subterfúgios criados pelo legislador, enfraquece e põe em risco o próprio cumprimento das prestações estatais destinadas à coletividade, afetando, em particular, os estratos mais miseráveis e carentes da sociedade. Tais circunstâncias consolidam a face penal do princípio da vedação ao retrocesso social, que, portanto, tem o condão de tornar inconstitucionais atos do Poder Público que retirem ou vulnerem a eficácia de normas (inclusive, penais) que garantam a observância de direitos fundamentais titulados pela coletividade.

É desprovida de fundamento eventual alegação de que a defesa da face penal do princípio da vedação ao retrocesso social engessaria a atividade legislativa. O repensar sobre o tamanho do Estado – abrangendo inclusive a intervenção penal para tutela do custeio de suas obrigações – continua sendo viável, desde que medidas substitutivas compensem, de forma comprovadamente efetiva e equivalente, a norma revogada ou mitigada, tudo com o fim de que não haja prejuízo, risco ou retrocesso na garantia de direitos sociais.

Por óbvio, o dinheiro público não nasce em árvores e o desfalque no pagamento de tributos provoca efeitos deletérios não somente sobre a continuidade dos serviços públicos, mas também acarreta a necessidade de elevação da carga tributária e a desigual distribuição do ônus fiscal.

Dessarte, sem a garantia de mecanismos equivalentes compensatórios, atos legislativos tendentes a retirar a proteção penal estabelecida em prol de direitos sociais e dos recursos imprescindíveis à respectiva observância são inconstitucionais e, por conseguinte, devem ser submetidos às consequências decorrentes dessa situação, entre elas: (1) a invalidação em sede de controle abstrato de constitucionalidade por meio de ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CR/1988); e (2) a não aplicação da lei revogadora ou mitigadora pelos órgãos jurisdicionais, no exercício do controle difuso de constitucionalidade.

À vista do exposto, deve ser afirmada a inconstitucionalidade da extinção da punibilidade dos crimes fiscais com base no pagamento a posteriori do tributo, sobretudo se tal quitação se deu após o recebimento da denúncia. Ressalte-se, ainda sobre esse

ponto, a incongruência decorrente da não aplicação do mesmo tratamento privilegiado para os delitos contra o patrimônio³³, que são ontologicamente similares. Outrossim, resta evidente a frustração do fim de prevenção geral, não sendo raros os casos em que contribuintes preferem incorrer na prática criminosa ante a certeza de que tal comportamento lhes trará mais vantagens que preocupações. Considere-se também que a complacência estatal citada fomenta, de forma perigosa e indesejável, a tendência de reprodução em massa do desdém dos cidadãos pelas normas do Direito Penal Econômico-Tributário.

7 A ANISTIA CRIMINAL NA LEI DE REPATRIAÇÃO DE ATIVOS CLANDESTINOS: UMA IRRAZOABILIDADE INCONSTITUCIONAL

Desde o surgimento da ideia de conceder a anistia criminal para fomentar a repatriação de ativos clandestinamente enviados e mantidos no exterior, argumentos variados foram prontamente lançados na defesa dessa tese. Por exemplo, afirmou-se, à época, que o Brasil estaria apenas acompanhando uma tendência mundial nesse sentido, além de se beneficiar com o expressivo ingresso de divisas em momento de crise (SILVEIRA, 2015). Na mesma linha, houve quem asseverasse que a internalização de estimados 100 bilhões de dólares reaqueceria a economia brasileira, além de sanar a angústia de milhares de brasileiros, que desejavam internalizar divisas que enviaram ao exterior apenas por receio da inflação e da instabilidade econômica do país (BOTTINI, 2015).

A despeito do esforço argumentativo, as justificativas que embasam a anistia criminal mencionada não convenciam e continuam não convencendo.

De início, a proposição de anistia criminal pressupunha, não se sabe com que base, que milhares de pessoas iriam regularizar sua situação financeira-fiscal. Ocorre que a expectativa de arrecadação e de eliminação da inadimplência mostrou-se frustrada não somente pela coleta de valor muito abaixo da estimativa retomada mas também pela persistência de débitos tributários (por parte dos contribuintes-aderentes) que atingiram, até 7/11/2016, um montante superior a R\$ 4,1 bilhões.³⁴ Portanto, tal medida substitutiva da intervenção penal – e que, supostamente, compensaria seu afastamento – re-

33 Vide o disposto no art. 16 do Código Penal/1940, que disciplina o instituto do arrependimento posterior, aplicável aos crimes patrimoniais comuns. Trata-se de benesse bem menos indulgente se comparada à exclusão integral da punibilidade, que, farta e frequentemente, é ofertada pelo legislador brasileiro a delinquentes dotados de poderio econômico e político.

34 Dados disponíveis em: <<http://istoe.com.br/arrecadacao-da-repatriacao-tem-inadimplencia-de-r-415-bi-informa-receita/>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

velou-se muito aquém do otimismo arrecadatário inicialmente difundido³⁵, o que realça a ilegitimidade constitucional da benevolência do legislador na hipótese.

Nem se pode alegar que o fracasso em termos de proteção ao interesse da coletividade não era previsível. Basta lembrar a experiência decorrente dos múltiplos programas de parcelamento tributário que vêm sendo lançados pela União Federal ao longo dos últimos anos³⁶, cuja barganha atrativa é sempre ofertada em termos de anistia penal, contribuindo-se, assim, para o agravamento da já comentada inefetividade da persecução dos crimes contra a ordem tributária.

Como já demonstrado, o histórico da relação entre o Direito Penal e o Direito Tributário-Financeiro no Brasil é permeado por infindáveis benefícios concedidos a indivíduos que violam, não raras vezes de forma contumaz, as obrigações legalmente dispostas, sem que as sempre esperadas contrapartidas arrecadatórias ou de reconciliação com o ordenamento jurídico se verifiquem.

Diante desse quadro, a anistia criminal inserida na regulamentação da repatriação de ativos – em suas duas versões legais já editadas e possíveis outras vindouras – parece não corresponder, ao contrário do que apregoa uma parcela da doutrina³⁷, ao seguimento dos primados da Análise Econômica do Direito (o chamado movimento *Law &*

35 Frise-se que, mesmo com a extensão do prazo inicial de adesão até 31/07/2017 e com igual oferta de anistia criminal, o programa de repatriação de ativos clandestinos voltou a frustrar as expectativas de arrecadação, atraindo apenas 1.915 pessoas (o que corresponde a 8% das adesões à versão inicial do programa). A estimativa inicial do governo acerca da nova oportunidade de regularização girava em torno da arrecadação de R\$ 12,7 bilhões, entre tributos e multas, sendo posteriormente minorada para R\$ 2,9 bilhões e, agora, nem mesmo esse valor será atingido, o que teria justificado a recente elevação de tributos sobre combustíveis. Dados disponíveis em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/08/1906546-menos-de-2-mil-contribuintes-aderiram-a-segunda-repatriacao-diz-receita.shtml>>. Acesso em: 3 ago. 2017.

36 Referência às sucessivas edições do assim chamado REFIS, sigla que denominou o primeiro programa de parcelamento tributário, lançado em 2000. Eis o histórico das edições do REFIS: (1) REFIS 1 – Programa de Recuperação Fiscal instituído pela Lei nº 9.964/2000, que se destinava a promover a regularização dos créditos da União Federal, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000; (2) REFIS 2 – oficialmente chamado de "PAES", esse programa foi instituído pela Lei nº 10.684/2003 para estabelecer o parcelamento especial, em até 180 meses, para todos os débitos com a Fazenda Nacional (SRF e PGFN), constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União Federal, vencidos até 28 de fevereiro de 2003; (3) REFIS 3 – oficialmente chamado de "PAEX", esse programa foi instituído pela Medida Provisória nº 303/2006, que estabeleceu o parcelamento de débitos em até 130 prestações mensais e sucessivas para os débitos de pessoas jurídicas com a Secretaria da Receita Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e o Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003; (4) REFIS 4 – também apelidado de "REFIS da Crise" e "REFIS da Copa", esse programa foi instituído pela Lei nº 11.941/2009 (conversão da MP nº 449/2008), que permitia o parcelamento das dívidas tributárias federais vencidas até 30 de novembro de 2008. O prazo de adesão ao programa de parcelamento do "REFIS da Crise" foi reaberto até 31.12.2013 pelo artigo 17 da Lei nº 12.865/2013. Posteriormente, criaram-se mais 3 prazos de adesão ao longo do ano de 2014; (5) REFIS das Autarquias e Fundações – programa criado pelo artigo 65 da Lei nº 12.249/2010, que estipulou o parcelamento dos débitos administrados pelas autarquias e fundações públicas federais e os débitos de qualquer natureza, tributários ou não tributários, com a Procuradoria-Geral Federal; (6) REFIS dos Bancos – programa instituído pelo art. 39 da Lei nº 12.865/2013, que tratou do parcelamento de débitos do PIS e COFINS em até 60 parcelas, com descontos de multa e juros; e, por fim, (7) REFIS dos Lucros no Exterior – programa instituído pelo art. 40 da Lei nº 12.865/2013, que tratou do parcelamento de débitos do IRPJ e CSLL de lucros oriundos no exterior, em até 120 parcelas, com descontos de multa e juros. Dados disponíveis em: <<http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

37 Nesse sentido, vide SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2017, p. 124.

Economics), nos termos propostos por organismos internacionais ou pelo exemplo de outros países. A política de *sticks and carrots* (chicotes e cenouras, em tradução literal, ou castigo e estímulo) pressupõe que, em algum momento, o castigo seja ou tenha sido efetivo, o que não se verifica na realidade no Direito Penal Econômico-Tributário do Brasil. Nessa seara, historicamente, a relação normativa é de mão única, ou seja, caracterizada por sucessivas benesses legais que levam a um único destino: o da imunização de delinquentes privilegiados.

Se, de fato, foi o medo da instabilidade econômica que levou “milhares de cidadãos brasileiros angustiados” (BOTTINI, 2015, p. 1) a remeterem patrimônio para o exterior, o que os levaria a trazer de volta tais recursos no atual momento econômico do Brasil? Será que o mero afastamento da ameaça penal teria o condão de encorajar tais indivíduos a cumprirem deveres fiscais desprezados por anos a fio?

Não se pode esquecer que o diploma legal em comento não obriga os contemplados pela anistia criminal a reinvestirem os recursos ocultados no mercado interno ou em qualquer atividade produtiva – nem poderiam fazê-lo de forma juridicamente válida. Bastará, portanto, a mera declaração espontânea da propriedade sobre o patrimônio, que poderá permanecer aplicado até mesmo em países assim chamados de “paraísos fiscais”. Portanto, o esperado reaquecimento da economia revelou-se como outra inverdade falaciosa utilizada como argumento de manutenção da impunidade para criminosos do colarinho branco.

Por outro lado, a remessa de recursos para o exterior demanda profundo conhecimento do funcionamento do mercado financeiro internacional, bem como a imprescindível colaboração de terceiros (profissionais e instituições), além de um patrimônio de alto valor e razões para ocultá-lo. Será que havia mesmo milhares de brasileiros nessa peculiaríssima condição a ponto de justificar a elaboração – diga-se, com invulgar rapidez – de duas leis para socorrê-los? Em sentido contrário, a atual situação político-econômica do Brasil permite bem enxergar que tais pacotes de bondades – tributárias e penais – têm atendido, isso sim, a megadevedores que logram influir nas mais altas esferas da República para legislar em causa própria.³⁸

38 À guisa de ilustração, cite-se o fato de que o relator da medida provisória que se encontra em apreciação no Congresso Nacional, e que tratará de mais uma versão do REFIN, o Deputado Newton Cardoso Filho, tratou de ampliar, em prol de inadimplentes, o pacote de benesses que já constava no texto original, fazendo com que, se aprovado, fosse gerado um prejuízo aos cofres públicos da ordem de dez bilhões de reais. O dado inusitado dessa iniciativa fica por conta do fato de que o referido parlamentar-relator é sócio de empresas que devem à União Federal mais de cinquenta milhões de reais em tributos. Cf. dados disponíveis em: **Jornal O Globo**, p. 38, de 13/8/2017.

É importante frisar que não se ignora a utilidade do instituto da anistia criminal para a pacificação de algumas situações em determinados momentos históricos. No entanto, tal fenômeno deve ser amparado em amplo consenso social para que se possa, legitimamente, afastar a força obrigatória da norma penal em prol de valores verdadeiramente mais relevantes. À vista do exposto, é evidente que isso está bem longe de se verificar na hipótese em comento.

Destaque-se, por fim, que, diante da redação do art. 5º, § 1º, da Lei nº 13.254/2016, após aderir formalmente ao malsinado Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), o candidato a anistiado terá, ainda assim, bastante tempo (até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória) para pensar se vai mesmo abandonar a clandestinidade e cumprir suas obrigações fiscais ou se vai continuar apostando na prescrição ou em qualquer outra possível causa (quem sabe uma nova lei benevolente) que aniquile a possibilidade de punição criminal. Tais circunstâncias embasam a realidade de que a lei em comento neste estudo não foi elaborada para auxiliar cidadãos desejosos de reconciliação com o ordenamento jurídico, como se tentou argumentar, mas, sim, para privilegiar delinquentes dotados de poder econômico e político, o que se dá de forma irrazoável e, por conseguinte, inconstitucional.

8 CONCLUSÃO

Entre nós, o direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade [...] ³⁹

Em que pese o fato de terem sido lançadas há décadas, as impressões de Fragoso sobre a criminalidade econômico-tributária permanecem, lamentavelmente, atualíssimas no Brasil.

39 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios**, p. 3. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

Se, por tradição, a norma tributária é socialmente rejeitada⁴⁰, por outro lado, ainda que justificado seja o debate em torno da correta distribuição do ônus fiscal sobre os diferentes grupos sociais, o tributo vem sendo enxergado modernamente como o preço da liberdade (TORRES apud SCHOUERI, 2003, p. 432), tamanha sua importância para o cumprimento do papel estatal na garantia e preservação da vida pacífica em sociedade.

Historicamente, a consciência da sociedade brasileira não reconhecia a sonegação fiscal como ilícito, sendo a penalização vista como uma hipótese excepcional de prisão por dívida, o que se reflete ainda hoje na escassa imposição concreta de punições quanto aos crimes praticados em detrimento da ordem econômico-tributária (NOGUEIRA, 1976, p. 177).

Ocorre que a secular complacência social com malfeitos envolvendo tributos ou o produto de seu pagamento (ex.: sonegação, desvio de recursos públicos e irresponsabilidade fiscal dos governantes) vem sendo, se não erradicada, ao menos combatida na cultura brasileira, o que se dá no contexto de um amadurecimento republicano e democrático por meio do qual passa a ser reconhecida a importância do princípio da solidariedade social. Nesse ponto, a emergência da noção de cidadania fiscal fomenta maior participação de toda a sociedade nas discussões ligadas à justiça tributária, tanto em seu viés negativo – no tocante à limitação da carga fiscal – quanto em seu viés positivo – no que se refere ao reconhecimento do dever fundamental de pagar tributos (ABRAHAM, 2015, p. 53).

A crítica sobre a intervenção penal para resguardo da ordem jurídico-tributária é frequentemente baseada na genérica afirmação de incapacidade do Direito Penal na contenção da sonegação fiscal.⁴¹ Entretanto, apesar de ter o Brasil a terceira maior população carcerária do mundo, o número de presos ou condenados por crimes econômico-tributários é tão insignificante que nem sequer é digno de registro nos dados estatísticos existentes.⁴² Logo, ao menos quanto à realidade pátria, mostra-se desprovida de

40 A altíssima carga tributária brasileira e os inúmeros episódios criminosos de desvios de recursos públicos contribuem, inevitavelmente, para a referida rejeição, o que não afasta a razoabilidade do reconhecimento do dever de solidariedade inerente ao pagamento de tributos. Sobre o tema, vale a transcrição da preleção doutrinária: "Um dever em favor de si mesmo, como cidadão contribuinte e elemento integrante de uma coletividade que lhe oferece toda uma estrutura para conduzir sua vida e sobrevivência com harmonia, liberdade e satisfação. O dever de pagar tributos é o preço deste sistema." (ABRAHAM, Marcus. **O planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59)

41 Registre-se que, mesmo ante os sucessivos fracassos em termos de realidade empírica, uma parcela da doutrina insiste em defender a eficácia social da oferta legal de extinção da punibilidade de crimes econômico-tributários em troca da elevação da arrecadação fiscal. (MASI, 2012, p. 396)

42 Em junho de 2016, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do Ministério da Justiça, divulgou a mais recente versão do levantamento nacional de informações penitenciárias e revelou que o Brasil ostenta uma população carcerária superior a setecentas mil pessoas, ficando atrás apenas de EUA e China. No entanto, o mesmo relatório demonstra que os crimes contra a ordem tributária e os crimes econômicos em geral nem sequer aparecem no referido registro estatístico. Dados disponíveis em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>>. Acesso em: 7 jan. 2018.

fundamentação empírica qualquer conclusão peremptória sobre o fracasso do Direito Penal no combate à delinquência econômico-tributária.

A realidade é que os crimes contra a ordem tributária permanecem sendo um faz de conta em nosso país. São delitos que existem apenas formalmente, já que não são aplicados de forma concreta, o que impede qualquer análise séria sobre sua utilidade e eficácia.⁴³ Tais tipos penais necessitam, a bem da verdade, é de imunização frente ao boicote a que são sistematicamente submetidos, ora pelo legislador, ora pela jurisprudência. Uma vez efetivados em termos pragmáticos, aí, sim, uma conclusão isenta e digna de credibilidade poderá ser alcançada.

Aliás, modernos estudos têm defendido que a certeza do sancionamento penal produz considerável efeito dissuasório, sobretudo diante da criminalidade econômica, cujo perfil é sabidamente utilitarista e racional. Nesse aspecto, revela-se adequada a aplicação da chamada teoria dos “3 esses” (em referência à expressão short, *shock and sharp*⁴⁴), que preconiza que, sem prejuízo do emprego de sanções pecuniárias e resritivas de direitos para infrações de pequena monta (ALVARENGA, 1998, p. 57), a pena privativa liberdade mostra-se razoável no enfrentamento da delinquência econômica de grande porte, desde que a sanção citada seja qualificada pela curta duração, pela irreversibilidade (descabimento de medidas mitigadoras ou substitutivas) e, acima de tudo, pela inexorabilidade (certeza de sua aplicação em tempo não excessivo).

Sobre o tema, mais uma vez, é inarredável reconhecer a subsistente atualidade do pensamento doutrinário externado há décadas:

Tem-se dito, com razão, que os homens de negócio temem particularmente a pena criminal e que, em relação a este tipo de delinquentes, a intimidação da pena seria muito mais eficiente, porque afeta a reputação e, consequentemente, o crédito e a prosperidade dos negócios. A Criminologia Radical tem insistido na necessidade de dirigir o potencial repressivo do Estado precisamente contra os que integram a classe dominante, sendo beneficiários de uma ordem socioeconômica desigual, estabelecida exatamente para protegê-los. (FRAGOSO, 2011, p. 4)

43 Daí o descabimento da afirmação de que os crimes contra a ordem tributária têm “pouca utilidade prática”. (MACHADO, 2009, p. 16)

44 Sobre o tema, confira-se: ARAÚJO JUNIOR, 1999, p. 143.

Dado o exposto, crê-se que a anistia criminal concedida pelo art. 5º da Lei nº 13.254/2016 viola o princípio constitucional implícito da razoabilidade-proporcionalidade porque: (1) afronta a vedação de proteção penal deficiente de direitos fundamentais e a vedação de retrocesso na proteção penal a interesses sociais; (2) contribui para a perpetuação da impunidade que privilegia delinquentes do colarinho branco; (3) desestimula cidadãos honestos quanto ao cumprimento de obrigações fiscais e, em última análise, (4) causa descrédito à atuação igualitária e efetiva da Justiça Criminal do Brasil.

Referências

- ABRAHAM, Marcus. **O planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- _____. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Crimes contra a ordem tributária**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). Crimes contra a ordem tributária. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.
- ANDRADE, Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: RT, 1995.
- _____. **O direito penal econômico**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, ano 7, n. 25. p. 142-156, jan.-mar. 1999.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proteção de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. In: _____. **Jurisdição constitucional e debates públicos**. 2010. 39 p. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br>. Acesso em: 12 dez. 2015.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial, v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz; NEMR, Jorge. **Evasão de divisas: angústia e solução**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/08/1665062-evasao-de-divisas-angustia-e-solucao.shtml>>. Acesso em: 4 dez. 2015.
- _____. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 18 jun. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm>.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8137.htm>.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

_____. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>.

_____. Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 14 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13254.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.428, de 30 de março de 2017. Altera a Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016, que "Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País". **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 mar. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13428.htm>.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Direito penal tributário: aspectos relevantes**. Campinas: Bookseller, 2005.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A conformação constitucional do Direito Penal: realidades e perspectivas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). **A constitucionalização dos direitos: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal – Parte geral – Tomo I – Questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: RT, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. O novo direito penal tributário e econômico. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. ano III, n. 12, jan.-fev. 1966. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/pareceres/85-artigos-e-pareceres.html>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

_____. **Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios**. Disponível em: <<http://www.fragoso.com.br/ptbr/artigos.html>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS MOLINA, Antonio; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal**. V. I: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner Schmidt (Coord.). **Novos Rumos do direito penal contemporâneo**. Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GUARANI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016.

_____. Princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas em matéria penal: dois casos emblemáticos da corte interamericana de direitos humanos. In: CAMBI, Eduardo; GUARANI, Fábio André (Coord.). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **A efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MASI, Carlo Velho. **Criminalidade econômica e repatriação de capitais**: um estudo à luz da política criminal brasileira. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Principios políticocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico em el proyecto de código penal español de 1995. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 3, n. 11, p. 7-20, jul.-set.1995.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário**. 4. ed. São Paulo: IBDT, 1976.

PANOEIRO, José Maria de Castro. **Política criminal e direito penal econômico**: um estudo interdisciplinar dos crimes econômicos e tributários. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: RT, 2003.

PEÑA CABRERA, Raul. El bien juridico en los delitos económicos (con referencia al código penal peruano). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, ano 3, n. 11, p. 36-49, jul.-set. 1995.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Exclusão da punibilidade em crimes de sonegação fiscal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHMIDT, Andrei Zenkner.; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas**: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Proposta para repatriação de dinheiro acompanha tendência mundial. **Revista Consultor Jurídico**, 20 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-20/renato-silveira-repatriacao-dinheiro-acompanha-tendencia-mundial>>. Acesso em: 4 dez. 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Repatriação e crime**: aspectos do binômio crise econômica e direito penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 104.410**, Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 06/03/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 jul. 2017.

TOLEDO, Suzana Barros de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação da Capacidade Contributiva e dos Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: SCHOUERI, Luis Eduardo (Coord.). **Direito Tributário**: homenagem a Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 430-456.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. São Paulo: RT, 1999.

6 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Matheus Tauan Volpi¹
Murilo Alan Volpi²

Resumo: Recentemente, tem chamado a atenção o fato de a maioria das formas de economia de tributos serem enquadradas como crimes tributários. Acerca desse assunto, pretende-se, neste trabalho, analisar: (I) o conceito de ordem tributária; (II) quando é possível a tutela penal da ordem tributária; (III) o que exatamente é planejamento tributário; (IV) a diferença entre formas de economia de tributos lícitas e formas de economia de tributos ilícitas; e (V) quando formas ilícitas de economia de tributos podem configurar crimes tributários. Finalizada a análise, conclui-se o artigo enfatizando-se que há formas de economia de tributos lícitas e ilícitas, e que, entre estas, apenas algumas podem ser qualificadas como crime contra a ordem tributária.

Palavras-chave: Formas de economia de tributos. Planejamento tributário. Ilícito fiscal. Crime tributário.

Abstract: *Recently, attention has been drawn to the fact that most forms of tax savings are framed as tax crimes. In effect, this paper intends to analyze: (I) the concept of tax order; (II) when it is possible to protect the tax order; (III) what exactly is tax planning; (IV) the difference between legal ways to save taxes and illicit ways of saving taxes; and (V) when illicit forms of tax savings can set tax offenses. Finally, the article concludes by emphasizing that there are legal ways of saving taxes and there are illicit ways to economize taxes, and among these, only a few can be qualified as crimes against the tax order.*

Keywords: *Forms of tax savings. Tax planning. Tax illicit. Tax crime.*

1 INTRODUÇÃO

O modo de se ver a tributação mudou profundamente nas últimas décadas (NABAIS, 2015, p. 679). Reconhece-se hoje que o Direito Tributário constitui importante instrumento de transformação da sociedade. Como ensina Paulsen (2017, p. 21), os sentimentos de rejeição pura e simples à tributação já não se sustentam. A própria figura de Robin Hood, que, em algumas versões, se voltava contra coletores de impostos, hoje não faz mais sentido.

1 Mestrando (USP) e especialista em Direito Tributário (USP). Analista Jurídico do Ministério Público (MP/SP).

2 Mestrando (Mackenzie) e especialista em Direito Tributário (USP). Analista Jurídico do Ministério Público (MP/SP).

Nos estados democráticos e sociais, a tributação é instrumento para realização dos objetivos da sociedade. Na célebre frase de Holmes Jr.: “Taxes are what we pay for civilized society”³. De fato, as normas tributárias podem assumir papel fundamental na promoção do desenvolvimento econômico, na viabilização de políticas públicas e, em síntese, na transformação da sociedade. Isso justifica, inclusive, a existência de crimes contra a ordem tributária.

Por outro lado, ninguém é obrigado a pagar mais tributos que os devidos. Daí a importância do planejamento tributário. A relevância do planejamento tributário é tão grande que, como destaca Rothmann (apud YAMASHITA, 2005, p. 7-8), os mais importantes tributaristas da Alemanha falam em “imposto dos ignorantes” (*Dummensteuer*). Segundo eles, somente os “ignorantes”, que não dispõem de uma adequada assessoria fiscal realizada por especialistas, pagam determinados tributos em virtude da incapacidade de identificar seu exato dever para com os cofres públicos.

Além disso, o planejamento tributário é atividade lícita, um verdadeiro direito do contribuinte garantido constitucionalmente, nos termos dos arts. 150, I; 5º, XXII; e 170 da CF de 1988. Mais do que isso, o planejamento tributário pode ser visto também como um dever imposto ao administrador de empresas, conforme se depreende do art. 1.011 do Código Civil e dos arts. 153 e 154 da Lei nº 6.404/1976 (ROTHMANN apud ANDRADE, 2016, p. 13-16).

Contudo, recentemente, tem chamado a atenção o fato de a maioria das formas de economia de tributos serem enquadradas como crimes tributários. Acerca desse assunto, pretende-se, neste trabalho, analisar: (I) o conceito de ordem tributária; (II) quando é possível a tutela penal da ordem tributária; (III) o que exatamente é planejamento tributário; (IV) a diferença entre formas de economia de tributos lícitas e formas de economia de tributos ilícitas; e (V) quando formas ilícitas de economia de tributos podem configurar crimes tributários.

Finalizada a análise, conclui-se o artigo enfatizando-se que há formas de economia de tributos lícitas e ilícitas, e que, entre estas, apenas algumas podem ser qualificadas como crime contra a ordem tributária.

3 *Compania General De Tabacos De Filipinas v. Collector of Internal Revenue*, 275 U.S. 87, 100, dissenting; opinion (21 November 1927).

2 CONCEITO DE ORDEM TRIBUTÁRIA

Ordem tributária é um conjunto de normas relativas à imposição, fiscalização e arrecadação de tributos, dispostas de forma racional e lógica a fim de viabilizar o alcance dos fins fiscais e extrafiscais da tributação.

A expressão 'ordem tributária' também é, por vezes, empregada na acepção de regular observância das normas que disciplinam a relação entre o contribuinte e o Fisco, resultante da imposição, fiscalização e arrecadação de tributos. Trata-se, pois, de expressão plurívoca⁴.

Ordem – do latim *ordo* – significa literalmente arranjo, disposição. Existem inúmeras espécies de ordens concretas na realidade. Cite-se a ordem cósmica, a ordem jurídica, a ordem dos objetos numa prateleira, a ordem dos livros em uma biblioteca e – até mesmo – a ordem tributária. Para a compreensão de qualquer dessas ordens concretas, deve-se antes – como adverte Telles Junior (2008, p. 3) – compreender a ideia de ordem em abstrato.

Ordem – define Telles Junior (2008, p. 5) – é “disposição conveniente de seres para a consecução de um fim comum”. Caracterizam-na sua matéria, forma e fim. Quanto à matéria, qualquer ordem pressupõe a existência de seres múltiplos, distintos um dos outros (embora possam ser iguais). Quanto ao fim, há sempre um objetivo idealizado previamente. Quanto à forma, toda ordem é uma disposição conveniente de seres múltiplos.

O conceito de ordem tributária não foge a essa regra. Também ela se caracteriza por sua matéria, forma e fim. Quanto à matéria, a ordem tributária é composta de seres múltiplos, isto é, um conjunto de normas que regulam a relação entre o contribuinte e o Fisco, relativas à imposição, fiscalização e arrecadação de tributos (NOGUEIRA, 1995, p. 3). Quanto ao fim, possui um objetivo idealizado previamente, isto é, viabilizar o alcance dos fins fiscais e extrafiscais da tributação, observando-se a legalidade⁵. Quanto à for-

4 As palavras podem ser *unívocas* ou *plurívocas*, conforme tenham apenas um ou mais de um significado. As palavras *plurívocas*, por sua vez, podem ser *equivocas* ou *analógicas*, conforme seus significados sejam ou não conexos. Ressalta Telles Junior: “grave erro lógico é conferir às palavras plurívocas uma única definição. Quando, por acaso, assim as definimos, estaremos enredando em confusão de conceitos, ou mencionando um só conceito, e olvidando os demais”. Nesse sentido, *ordem tributária* é uma expressão *plurívoca*, exigindo duas definições (TELLES JUNIOR, 2008, p. 374).

5 Segundo Carvalho (2009, p. 244-245), *fiscalidade* e *extrafiscalidade* são termos empregados na Ciência do Direito para representar os valores finalísticos que o legislador imprime à lei tributária. Fala-se em *fiscalidade* quando a instituição e a caracterização de um tributo visam exclusivamente abastecer os cofres públicos, sem qualquer outro interesse. Por outro lado, fala-se em *extrafiscalidade* quando a instituição e caracterização de um tributo visam a fins alheios à mera arrecadação. Não há, contudo, figura tributária que se possa dizer pura, no sentido de realizar apenas *fiscalidade* ou *extrafiscalidade*.

ma, é uma disposição conveniente, isto é, uma disposição racional e lógica, de modo a constituir um sistema tributário. Como adverte Nogueira (1995, p. 37):

a simples *justaposição* dos tributos vigentes em um país não compõe por si um conjunto *ordenado e lógico*, isto é, um sistema. O conceito de sistema tributário exige certa coordenação dos diferentes tributos entre si, *com o sistema econômico dominante e com os fins fiscais e extrafiscais da imposição*.

Ordem tributária, portanto, é um conjunto de normas relativas à imposição, fiscalização e arrecadação de tributos, dispostas de forma racional e lógica a fim de viabilizar o alcance dos fins fiscais e extrafiscais da tributação⁶.

3 TUTELA PENAL DA ORDEM TRIBUTÁRIA

Não será qualquer conduta com o objetivo de economia de tributos, ainda que ilegal, que ensejará a tutela por normas do Direito Penal. Tutela jurídico-penal da ordem tributária é a proteção dispensada pelo Direito Penal contra específicas formas de lesão ou ameaça de lesão à regular observância das normas que disciplinam a relação entre o contribuinte e o Fisco, resultante da imposição, fiscalização e arrecadação de tributos, por meio da cominação, imposição e execução de pena ou medida de segurança.

Tutela jurídico-penal é espécie de tutela jurídica. Como adverte Liszt (2003, p. 139), “todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses da vida humana é a essência do direito, a ideia finalística, a força que o produz”. Nessa tarefa, o direito elege os bens mais importantes para a paz social e lhes concede tutela jurídica, protegendo-os contra lesões ou ameaças de lesões. Por vezes, entretanto, essa proteção mostra-se insuficiente, exigindo-se especial proteção por normas de Direito Penal: a tutela jurídico-penal. A missão do Direito Penal – afirma Liszt (2003, p. 146) – é “a reforçada proteção de interesses que principalmente a merecem e dela precisam, por meio da cominação e da execução da pena como mal infligido ao criminoso”.

Distinguem-se, assim, as noções de bem em sentido amplo, bem jurídico e bem jurídico-penal. Bem em sentido amplo é tudo que tem valor, que é útil, agradável ao ser humano. Quando tais bens são dotados de considerável relevância, mostrando-se es-

⁶ “A ordem tributária é o conjunto das normas jurídicas concernentes à tributação. É uma ordem jurídica, portanto, e não um contexto de arbítrio.” (MACHADO, 2009. p. 23).

senciais à manutenção da paz social, o direito concede-lhes tutela jurídica, transformando-os em bens jurídicos. Bem jurídico – define Toledo (1994, p. 15-17) – “são valores ético sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a lesão ou perigo de lesão”. Por fim, bem jurídico-penal é o que recebe especial proteção pelas normas de Direito Penal. Essa proteção, contudo, restringe-se a certas espécies e formas de lesão, reais ou potenciais.

Tutela jurídico-penal, portanto, é a proteção dispensada pelo Direito Penal aos bens jurídicos mais importantes, contra específicas formas de lesão ou ameaça de lesão, por meio da cominação, imposição e execução de pena ou medida de segurança.

No que se refere à tutela jurídico-penal da ordem tributária não é diferente.

Tutela jurídico-penal da ordem tributária é a proteção dispensada pelo Direito Penal contra específicas formas de lesão ou ameaça de lesão à regular observância das normas que disciplinam a relação entre o contribuinte e o Fisco, resultante da imposição, fiscalização e arrecadação de tributos, por meio da cominação, imposição e execução de pena ou medida de segurança.

Não é, portanto, qualquer conduta tendente à economia de tributos que enseja a aplicação do Direito Penal.

4 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Planejamento tributário é um direito do contribuinte garantido constitucionalmente (arts. 150, I; 5º, XXII; e 170 da CF de 1988) e um dever imposto ao administrador de empresas (artigos 1.011 do Código Civil e arts. 153 e 154 da Lei nº 6.404/1976). Trata-se de um conjunto de procedimentos realizados pelo contribuinte para reduzir, eliminar ou diferir para momento mais oportuno a incidência de tributos (ROTHMANN, 2016, p. 13-16).

Abrange não apenas o procedimento intelectual, consistente em ideias voltadas à redução da carga tributária mas também no conjunto de ações realizadas para efetivar o plano. A implementação do planejamento tributário, por sua vez, pode representar um redirecionamento das atividades do contribuinte, abrangendo desde a mera alteração da forma de exteriorização das atividades como também as atividades materiais realizadas pelo contribuinte (CAROTA, 2016, p. 90-91).

Planejamento tributário é assunto relevante política, econômica e juridicamente (GRECO, 2011, p. 15-23). No âmbito político, o tema é alvo de perpétua discussão nas casas legislativas e relaciona-se à concepção de Estado adotada. Na economia, o planejamento tributário pode provocar impacto gigantesco na arrecadação e é capaz de deformar o sistema tributário, acarretando o deslocamento da carga tributária. Por fim, no direito, há grande discussão diante da possibilidade de ofensa à isonomia entre os contribuintes e eventuais problemas concorrenciais.

O planejamento tributário tem como fundamentos a livre iniciativa, o princípio da legalidade e a proibição da tributação por analogia.

Como explica Machado (2016, p. 30), é da essência da atividade econômica buscar realizar determinada atividade com a redução máxima das despesas, maximizando, dessa forma, o lucro. Ora, desde que não viole regra jurídica, o contribuinte tem a liberdade de optar pelo caminho menos oneroso, inclusive tributariamente. Nesse sentido, inclusive, as Constituições têm consagrado a regra de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

O princípio da legalidade é a mais importante limitação ao poder de tributar. É regra prevista na CF e, portanto, o legislador infraconstitucional não pode criar exceções. Do mesmo modo, é vedada a proibição da tributação por analogia: evitar o planejamento tributário é função do legislador, e não do aplicador do direito. Trata-se, portanto, de atividade legítima, sendo inadmissível a invocação de fatores éticos e econômicos, notadamente em virtude da limitação pela legalidade.

É extremamente complexo aferir quais formas de economia de tributos devem ser reputadas válidas e quais não devem. Como explicam Schoueri e Freitas (2010, p. 5), a mera existência de capacidade contributiva não é suficiente para justificar a cobrança de tributos. O ideal de que os gastos do Estado devem ser repartidos na sociedade segundo o princípio da capacidade contributiva sofre duplo corte: em razão da repartição de competências e em razão do princípio da legalidade.

Com base nisso, surgiu a importância do planejamento tributário. Manifestando a mesma capacidade contributiva, possibilitaria ao contribuinte organizar seus negócios de modo a afastar a tributação. Essa tendência, contudo, foi revertida, com o reconhecimento de limites ao planejamento tributário. No Brasil, até meados da década de 90, o contribuinte tinha liberdade absoluta (SCHOUERI, 2010, p. 5). Ao longo do tempo, essa liberdade absoluta foi sendo suprimida.

5 FORMAS DE ECONOMIA DE TRIBUTOS LÍCITAS E ILÍCITAS

5.1 Contextualização

O planejamento tributário insere-se no grande tema da oposição à norma tributária (*tax noncompliance*), consistente na falta de vontade de agir de acordo com a legislação tributária aplicável em determinado momento (SAAD, 2014, p. 1069-1075) e que inclui tanto a elisão fiscal (*tax avoidance*), realizada em conformidade com lei, quanto a evasão fiscal (*tax evasion*), feita por meios ilícitos.

Atualmente, diversos países têm envidado esforços não apenas para coibir a redução da carga tributária por meio de atos ilícitos. Também tem sido preocupação constante evitar “bueiros de arrecadação” (*loopholes*) (MARANCA, 2013, p. 44-49). *Tax loopholes* são uma forma de evitar ou reduzir o pagamento de tributos devido a uma lacuna ou brecha na legislação tributária. Nessa hipótese, o não pagamento ou redução de tributos é atividade lícita – consistente no uso da lei tributária de maneira diferente da idealizada pelo legislador. Embora atividade lícita, a economia de tributos por meio dos “bueiros de arrecadação” (*loopholes*) tem sido condenada pela opinião pública. Tais condutas são vistas como imorais e antiéticas (BACK, 2013). Isso porque pagar tributos consiste em um dever de colaboração com a sociedade.

Com efeito, evitar tributos seria evitar uma obrigação social. Em algumas situações, evitar ou reduzir o pagamento de tributos ao máximo pode tornar a empresa vulnerável a acusações de ganância e egoísmo, comprometendo a reputação e a confiança depositada na empresa pelos consumidores. Em outros termos, por meio de tais condutas, a empresa estaria negando sua responsabilidade social perante os consumidores. Em contraponto a tais afirmações, os administradores alegam que é responsabilidade deles maximizar o valor da companhia, o que inclui a redução de despesas com tributos. Além disso, os outros benefícios gerados por essas empresas são mais relevantes, a exemplo da geração de emprego.

A regra tributária, vista sob o ângulo sociológico, é norma de rejeição social, isto é, regra que, acaso inexistisse sanção, ninguém cumpriria. Como ensina Martins (2004, p. 226), “as normas podem ser classificadas em norma de aceitação social e normas de rejeição social”. Regras de aceitação social são aquelas que, independentemente da existência de sanção, seriam cumpridas espontaneamente pela maioria da população. Para essa espécie de normas, a sanção visa apenas alcançar as pessoas inadequadas

ao convívio social e os casos patológicos (ex.: homicídio, art. 121 do Código Penal). De outro lado, as normas de rejeição social são as que, acaso inexistisse sanção, jamais seriam observadas. Hoje, segundo Martins (2004, p. 226), em virtude da grande intromissão do Estado no fato econômico e do desperdício de dinheiro público arrecadado, as regras tributárias são normas de rejeição social⁷.

A procura pelos motivos que levam o contribuinte a buscar variadas formas de economia de tributos tem gerado pesquisas em áreas como contabilidade, economia, ciência política, psicologia etc. Alguns autores apontam que, em virtude de fatores como globalização, concorrência internacional e crise econômica, as empresas estariam enfrentando maiores dificuldades, o que reforçaria a necessidade de redução de custos, inclusive com tributos. Além disso, também são citados como razões a elevada carga tributária brasileira, bem como a excessiva complexidade da legislação (CAROTA, 2016, p. 90). Outros autores, por fim, elencam como motivos a deficiência dos serviços públicos essenciais e o ímpeto do empresário de sempre reduzir seus custos (MACHADO, 2016, p. 21).

5.2 Critérios para análise da validade do planejamento tributário

Inúmeros critérios têm sido concebidos para avaliar a validade do planejamento tributário. De todos eles, o que tem recebido maior destaque é o critério do propósito negocial (SCHOUERI, 2010, p. 18-19).

A doutrina do propósito negocial tem origem em construção jurisprudencial do direito suíço, mas foi no direito norte-americano que ganhou seu maior desenvolvimento. As bases da doutrina do propósito negocial foram consolidadas no caso *Gregory v. Helvering*, de 1935, perante a Suprema Corte dos Estados Unidos (BARRETO, 2016, p. 208).

Em 1928, nos Estados Unidos, a Sra. Evelyn Gregory era proprietária de todas as ações da United Mortgage Corporation (United), a qual detinha em seus ativos 1.000 ações da Monitor Securities Corporation (Monitor)⁸.

⁷ “Nas normas de aceitação social, ou seja, aquelas que seriam cumpridas pela grande maioria dos seres humanos mesmo que inexistisse sanção, esta é uma mera consequência, visando a atingir pessoas inadequadas à convivência social e aos casos patológicos. Nas normas de rejeição social, a sanção é o único elemento efetivamente assegurador de seu cumprimento, pois sem ele a grande maioria da sociedade não lhe obedeceria. Em função da participação desmedida do Estado no fato econômico, a imposição tributária ganha a formulação de norma de rejeição social, pois os que a ela estão sujeitos sabem que devem pagar o que é necessário objetivamente ao Estado e pagar para o que constitui desperdício estatal, na identificação dos objetivos daquele com os objetivos pessoais dos que detêm o poder”. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Sanções Administrativas Tributárias*. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Sanções Administrativas Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 226.

⁸ *Gregory v. Helvering*, Commissioner of Internal Revenue, 293 U.S. 465, 469 (1935).

A Sra. Evelyn Gregory pretendia transferir para si todas as 1.000 ações da Monitor Securities Corporation (Monitor) e vendê-las posteriormente. Para tanto, e com o objetivo de reduzir o montante de tributos devidos, ela articulou um complexo plano de “reorganização societária”, que não era tributado.

Em 18 de setembro de 1928, a Sra. Evelyn Gregory constituiu a empresa Averill Corporation (Averill). Três dias depois, transferiu as 1.000 ações da Monitor para a recém-criada Averill. Todas as ações da Averill pertenciam a Evelyn Gregory. Em seguida, no dia 24 de setembro, a Averill foi dissolvida, e subsequentemente liquidada, mediante a distribuição de seus ativos para a petionária: as 1.000 ações da Monitor.

Nenhum outro negócio foi feito pela Averill, nem mesmo houve intenção de fazê-lo. Todo o plano foi projetado para se conformar ao § 112 do Revenue Act of 1928 como uma “reorganização” e não ser tributado. O único propósito era transferir as ações em questão para a contribuinte, com um encargo tributário menor que o montante devido a partir de uma transferência direta por meio de dividendos.

Formalmente, o plano estava em total conformidade com as regras existentes. Por outro lado, era incontroverso que, se o modelo de “reorganização” não fosse utilizado, Evelyn Gregory seria responsável por uma soma de imposto de renda muito maior como resultado da transação.

Analisando o plano realizado, o Fisco firmou posição de que a “tentativa de reorganização” não tinha substância e deveria ser desconsiderada. Asseverou que a petionária era responsável por tributos como se a empresa United Ihe tivesse pagado dividendos no exato valor obtido com a venda das ações da Monitor Securities Corporation.

Inicialmente, em um procedimento perante o Board of Tax Appeals, a pretensão do Fisco foi rejeitada, reputando válida a reorganização realizada por Evelyn Gregory. Em recurso, todavia, a decisão foi revertida e, posteriormente, confirmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

No julgamento perante a Suprema Corte, em 1935, o juiz Sutherland destacou ser incontroverso que o contribuinte tem o direito de, sem infringir a lei, diminuir o montante de tributos devidos e até mesmo de evitá-los por completo. Contudo, adiante, registrou que o caso da Sra. Evelyn Gregory era diverso:

Quando a subdivisão (B) fala de uma transferência de ativos por uma corporação para outra, significa uma transferência feita "em cumprimento de um plano de reorganização" [§ 112 (g)] de negócios corporativos; e não uma transferência de ativos por uma corporação para outra em conformidade com um plano que não tem relação com negócio de nenhuma delas, como claramente é o caso aqui. Deixando de lado, a questão do motivo em relação à tributação completamente, e concentrando o assunto do processo pelo que realmente ocorreu, o que encontramos? Simplesmente uma operação que não tem fins comerciais ou corporativos - um mero expediente que colocou uma forma de uma reorganização corporativa como um disfarce para ocultar seu caráter real, e cujo único objetivo e satisfação era a consumação de um plano preconcebido, não para reorganizar um negócio ou qualquer parte de uma empresa, mas transferir uma parcela de ações corporativas para a petionária. Sem dúvida, foi criada uma corporação nova e válida. Mas essa empresa não era nada além de uma disposição para o objetivo descrito acima. Isso não foi feito para nenhum outro propósito; ela executou como era pretendido desde o início, sem nenhuma outra função. Quando essa função limitada tinha sido exercida, a empresa imediatamente foi extinta.

Nessas circunstâncias, os fatos falam por si mesmos e são susceptíveis de uma única interpretação. Todo o empreendimento, embora conduzido de acordo com os termos da subdivisão (B), foi, de fato, uma forma elaborada e tortuosamente conduzida disfarçadamente por uma reorganização corporativa, e nada mais. A regra que exclui de consideração o motivo da evasão fiscal não é pertinente para a situação, porque a transação em sua face está fora da intenção simples do estatuto. Entender em sentido contrário seria exaltar o artifício acima da realidade e privar a disposição estatutária em questão de todos os seus fins sérios. (tradução livre)⁹.

A partir dessas ponderações do juiz Sutherland no famoso caso *Gregory v. Helvering*, de 1935, surgiu a doutrina do propósito negocial. Desde então, como afirma Summers (1961-1962, p. 38-39), as cortes têm considerado a doutrina do propósito negocial relevante para a disposição de variadas questões. No entanto, relembra o autor que, mesmo nos Estados Unidos, a base de autoridade da doutrina não é apenas judicial. Várias versões do conceito de propósito negocial estão expressamente incorporadas em previsões do Internal Revenue Code, de 1954.

⁹ *Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue*, 293 U.S. 465, 469 (1935).

Há inúmeras versões da doutrina do propósito negocial. Há entendimentos no sentido de que o teste do propósito negocial seja apenas um elemento indiciário, que, isoladamente, não permite a invalidação do planejamento tributário. Há outras correntes, contudo, mais radicais. Há quem sustente que o contribuinte precisa sempre demonstrar que planejou a transação para servir a um propósito não tributário, sob pena de o planejamento tributário ser reputado inválido (SUMMERS, 1961-1962, p. 38-39).

Summers (1961-1962, p. 41-42) esclarece, ainda, que a formulação judicial (i.e., não estatutária) da doutrina do propósito negocial pode ser expressa de várias maneiras. Talvez a formulação menos incorreta, segundo ele, possa ser estabelecida do seguinte modo: determinações sobre responsabilidade quanto à tributação federal da renda podem depender parcialmente do propósito que o contribuinte tem em mente quando ele se envolve em transações que supostamente reduzam seus tributos; em algumas situações, a corte será menos inclinada a impor responsabilidade se o contribuinte puder provar que ele pretendia que sua transação servisse para alcançar um propósito negocial em vez de, ou em adição a, um propósito de reduzir tributos.

Por outro lado, para o autor, uma das formulações menos corretas da doutrina seria a afirmação de que, para reduzir tributos, um contribuinte precisa sempre mostrar que ele planejou a transação para servir a um propósito não tributário. Isso porque há vários modos de se evitar o pagamento de tributos que nem as cortes nem o Congresso têm procurado frustrar requerendo a existência de um propósito negocial (i.e., uma motivação não tributária). O autor cita como exemplo a conduta de um homem muito rico que vende as ações de sua propriedade e investe o produto em títulos municipais: ele não será tributado sobre os dividendos das ações, embora seu único motivo fosse o de evitar o imposto sobre seus dividendos. Nenhum propósito negocial é requerido para uma venda ordinária – uma transação extremamente comum que geralmente implica consequências tributárias desejáveis.

Por fim, Summers (1961-1962) esclarece que a doutrina judicial do propósito negocial tem sido aplicada em casos de reorganização de corporações; em casos de repartição de corporações; nos casos das chamadas “*entity*” em que o Commissioner of Internal Revenue tem buscado desconsiderar a existência de uma corporação ou parceria; nos casos das chamadas “*thin incorporation*”, nos casos de “*step transaction*”; nos casos envolvendo o uso dos instrumentos da venda e “*leaseback*”; nos casos envolvendo transferência antecipada de renda e em vários outros tipos de casos. Por sua vez, destaca o autor que, entre as previsões do Internal Revenue Code que expressamente exigem a prova do propósito negocial, estão previsões tão importantes como a seção 355,

referente a separações corporativas, e a seção 1551, referente à recusa de sobretaxas e créditos de ganhos acumulados.

Em conclusão, Summers (1961-1962) explica que a relativa importância da doutrina do propósito negocial como um fator de decisão é difícil de estimar. Nos pontos em que a doutrina está incorporada no Internal Revenue Code, a previsão especifica seu efeito. Naqueles em que a base de autoridade do critério é unicamente judicial, a importância do critério como fator de decisão aparentemente varia conforme a natureza da questão e a postura do tribunal relativa a testes subjetivos. Segundo ele, normalmente, o fator motivo é apenas um dos vários fatores que influenciam o tribunal. Muitas vezes, o propósito negocial serve apenas como contrapeso.

5.3 Doutrina do Propósito Negocial no Brasil

Machado procurou esclarecer o conteúdo prevalecente da doutrina do propósito negocial na doutrina e jurisprudência brasileiras, que se aproxima da formulação menos correta apresentada por Summers. Segundo Machado (2016, p. 36):

O propósito negocial é a motivação que geralmente está presente em qualquer atividade empresarial. É o propósito ligado aos objetivos visados pela empresa, ou de algum modo ligados à sua atuação no mercado.

Os atos ou negócios jurídicos em geral são ligados às suas finalidades, à razão de ser destas. A ausência dessa ligação, segundo alguns, poderia ser colhida pela autoridade da Administração Tributária como motivo para desconsiderar o ato ou o negócio jurídico de cuja prática resultasse a exclusão ou a redução de um tributo ou a postergação do prazo para o seu pagamento.

Ocorre que o propósito essencial em toda e qualquer atividade empresarial é a obtenção do lucro, e este propósito coincide com o propósito de excluir ou reduzir o tributo ou postergar o seu pagamento. É indiscutível essa coincidência, porque o tributo é custo, e na medida em que se exclui ou reduz um custo se aumenta o lucro.

Mesmo assim, é possível a existência de um propósito imediato ligado à atividade empresarial, como a preferência do mercado – propósito, este, que só indiretamente se liga à ideia de aumentar o lucro. Podemos, portanto, dizer que o propósito negocial é aquele propósito de facilitar ou incrementar a prática das atividades às quais a empresa se dedica.

Além disso, a doutrina do propósito negocial varia ligeiramente em alguns casos. Parcela da doutrina sustenta não ser necessário um propósito negocial, sendo suficiente um propósito extratributário, isto é, um propósito que não seja exclusivamente o de eliminar ou reduzir o ônus tributário.

Em algumas situações, a finalidade direta do ato não está diretamente relacionada à atividade econômica nem à busca da redução da carga tributária. São exemplos disso o propósito extratributário de equacionamento dos interesses da família, a superação de eventual conflito entre os sócios etc., todos eles diversos do propósito de eliminar ou reduzir tributos (MACHADO, 2016, p. 36).

O teste do propósito negocial, se entendido na primeira acepção, como um elemento indiciário apenas, pode ser trasladado para o ordenamento jurídico brasileiro. Já se entendido na segunda acepção, como critério isolado para aferir a validade do planejamento tributário, não é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro. O Direito brasileiro é marcado pela consagração na Constituição de inúmeras limitações ao poder de tributar, entre as quais está o princípio da legalidade. Os arts. 150, I; 5º, XXII; e 170 da CF de 1988 positivam valores que tornam, em princípio, impossível a aplicação do teste do propósito como critério isolado para se aferir a validade do planejamento tributário.

De qualquer maneira, é válido ressaltar que, a princípio, independentemente do critério adotado para avaliar a validade do planejamento tributário, o simples reconhecimento da ilicitude da forma de economia de tributos utilizada não permite concluir pela ocorrência de crime tributário.

6 CRIME TRIBUTÁRIO

Rothmann adverte sobre os riscos de se confundirem as formas de economia de tributos lícitas e ilícitas. E, em razão disso, o autor propõe a seguinte classificação das formas de economia de tributos (ROTHMANN, 2016, p. 13-16):

a) economia lícita: elisão fiscal, que pressupõe uma conduta adequada e não abusiva do contribuinte;

b) economia ilícita: evasão fiscal, que se caracteriza por uma conduta inadequada e que apresenta as seguintes modalidades:

I. ilícito civil: elusão fiscal, que revela conduta abusiva (simulação, fraude à lei, abuso de direito e o abuso das estruturas do direito);

II. ilícito tributário: infração fiscal, que consiste em conduta culposa; ou

III. ilícito penal: crime contra a ordem tributária (sonegação), que exige conduta delituosa.

A classificação do autor é útil por evidenciar que a elisão fiscal é forma lícita de economia de tributos e que nem toda economia de tributos ilícita pode ser qualificada como crime tributário (sonegação).

Como espécies de crimes econômicos, os crimes contra a ordem tributária compreendem inúmeras figuras, tais como: crimes tributários aduaneiros (art. 334), sonegação (art. 1º e art. 2º, I, III, IV e V, da Lei nº 8.137/1990 e art. 337-A do CP), apropriação indébita (art. 168-A do CP e art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990), crimes funcionais (art. 3º da Lei nº 8.137/1990, art. 316, § 1º, e art. 318 do CP) e crimes de falsidade (art. 293, I e V, do CP).

Em relação aos crimes de sonegação (art. 1º e art. 2º, I, III, IV e V, da Lei nº 8.137/1990 e art. 337-A do CP), a análise dos tipos penais evidencia que, para a configuração do crime, é sempre exigido o emprego de fraude:

Lei nº 8.137/1990

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; [...]

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Código Penal

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Com efeito, não configura crime tributário (sonegação) a estruturação fiscal realizada de forma transparente, consignada em documentos e livros acessíveis à fiscalização tributária. Tal conduta poderá configurar eventualmente um ilícito civil ou tributário, mas não crime tributário. Isso porque o Direito Penal só pode ser utilizado como última hipótese, em caso de condutas delituosas realmente graves. Os tipos penais (art. 1º e art. 2º, I, III, IV e V, da Lei nº 8.137/1990 e art. 337-A do CP) são claros ao exigirem, sem exceção, a

existência do emprego de fraude para a caracterização do crime tributário (sonegação). De fato, não configura crime tributário eventual o planejamento tributário realizado de forma transparente, ainda que reputado ilegal em outro ramo do direito.

Ressalvam-se, apenas, hipóteses excepcionais em que a transparência é meramente ilusória ou aparente, isto é, nos casos de dissimulação (ou simulação relativa). Isso porque, na simulação relativa, o agente emprega um negócio verdadeiro, existente e regular, mas com a finalidade de ocultar outro negócio realmente desejado. Há falsa transparência, pois ela é meramente ilusória ou aparente, já que o objetivo é encobrir o negócio dissimulado. Nesse caso, será aplicável o art. 116, parágrafo único, do CTN, e a conduta, por caracterizar-se pelo emprego de fraude, poderá configurar crime tributário (sonegação).

7 CONCLUSÃO

Conclui-se o artigo enfatizando-se que há formas de economia de tributos lícitas e ilícitas, e que, entre estas, apenas algumas podem ser qualificadas como crime contra a ordem tributária. Não configura crime tributário (sonegação) a estruturação fiscal realizada de forma transparente, consignada em documentos e livros acessíveis à fiscalização tributária. Tal conduta poderá configurar eventualmente um ilícito civil ou tributário, mas não crime tributário. O Direito Penal só pode ser utilizado como última hipótese, em caso de condutas delituosas realmente graves. Os tipos penais (art. 1º e art. 2º, I, III, IV e V, da Lei nº 8.137/1990 e art. 337-A do CP) são claros ao exigirem, sem exceção, a existência do emprego de fraude para a caracterização do crime tributário (sonegação). Com efeito, não configurará crime tributário eventual o planejamento tributário realizado de forma transparente, ainda que reputado ilegal em outro ramo do Direito.

Ressalvam-se, apenas, hipóteses excepcionais em que a transparência é meramente ilusória ou aparente, isto é, nos casos de dissimulação (ou simulação relativa). Isso porque, na simulação relativa, o agente emprega um negócio verdadeiro, existente, regular e de forma transparente, mas com a finalidade de ocultar outro negócio realmente desejado. Há falsa transparência, pois ela é meramente ilusória ou aparente, já que o objetivo é encobrir o negócio dissimulado. Nesse caso, será aplicável o art. 116, parágrafo único, do CTN, e a conduta, por caracterizar-se pelo emprego de fraude, poderá configurar crime tributário (sonegação).

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BACK, Philippa Foster. Avoiding tax may be legal, but can it ever be ethical?. **The Guardian**, 23 abr. 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/sustainable-business/avoiding-tax-legal-but-ever-ethical>>.

BARRETO, Paulo Ayres. **Planejamento tributário: limites normativos**. São Paulo: Noeses, 2016.

CAROTA, José Carlos. **Manual de Direito Tributário Aplicado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; ROQUE, Nathaly Campitelli. Teoria Tridimensional do Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (Coord. de Tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria>>.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **Compania General De Tabacos De Filipinas v. Collector of Internal Revenue**. 275 U.S. 87, 100, 21 nov. 1927. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/275/87/>>.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23.

_____. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. (Coord.). **Planejamento Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MARANCA, A. P.; Hidalgo, M. **Regulamento do Simples Nacional comentado: Resolução CGSN no 94, de 29 de novembro de 2011**. 2. ed. São Paulo: FISCOsoft Editora, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sanções Administrativas Tributárias**. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Sanções Administrativas Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 679.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHMANN, Gerd Willi. Apresentação. In: YAMASHITA, Douglas. **Elisão e evasão de tributos: limites à luz do abuso de direito e da fraude à lei**. São Paulo: Lex Editora, 2005.

_____. Prefácio. In: ANDRADE, Leonardo Aguirra de. **Planejamento Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SAAD, Natrah. Tax Knowledge, Tax Complexity and Tax Compliance: Taxpayers' View. **Procedia – Social and Behavioral Sciences**, v. 109, 2014, p. 1069-1075.

SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.); FREITAS, Rodrigo de (Org.). **Planejamento Tributário e o “Propósito Negocial” – Mapeamento de Decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SUMMERS, Robert S. A critique of the business-purpose doctrine. **Cornell Law Faculty Publications**, v. 41, Or. L. Rev. 38, 1961-1962. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2418&context=facpub>>.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

7 LAVAGEM DE DINHEIRO: REFLEXOS JURÍDICOS E OS CUSTOS SOCIAIS

Leyla Viga Yurtsever¹

Resumo: A lavagem de dinheiro é o branqueamento de recursos obtidos de forma ilícita. Assim, a lavagem é crime acessório derivado de crimes antecedentes. Os meios empregados para obtenção desses recursos mudaram significativamente, utilizando-se, por vezes, a legislação, o sistema bancário, a tecnologia, as doações políticas, entre outros, para legalização desses recursos. A Lei nº 9.613/1998, atualizada pela Lei nº 12.683/2012, constitui-se um importante instrumento para combater a lavagem de dinheiro que incide em diversas áreas da sociedade. Esta, em geral, apenas sente os reflexos desse cenário, em que os recursos que lhe são retirados compulsoriamente não retornam na forma dos serviços públicos necessários.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Crimes antecedentes. Custos sociais.

Abstract: *Money laundering is the laundering of funds obtained illegally or even through the exploitation of illegal activities. Thus, laundering is an accessory crime derived from background crimes. The means used to obtain these resources have changed significantly, sometimes using legislation, the banking system, technology, political donations and others to legalize these resources. Law 9.613/98, updated by Law 12.683/12, constitutes an important instrument to combat money laundering that affects several areas of society. This, in general, only feels the reflexes of this scenario, where the resources that are withdrawn compulsorily do not return in the form of the necessary public services.*

Keywords: *Money laundering. Crimes antecedentes. Social costs.*

1 INTRODUÇÃO

O combate à lavagem de dinheiro se tornou um desafio na atualidade. A complexidade das relações sociais com mudanças rápidas e constantes exigem que a legislação de combate às ações criminosas também acompanhem essa realidade.

¹ Advogada, articulista e professora há mais de 18 anos. Sócia e fundadora do escritório jurídico Leyla Yurtsever Advogados Associados. Graduada em Direito, fez o curso preparatório no Complexo Jurídico Damásio de Jesus (2001), LFG (2009) e Escola da Magistratura, especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (Ciesa) e em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Federal do Amazonas (Ufam), mestre em Gestão e Auditoria Ambiental pela Universidad de Leon/Espanha (2006). Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Santa Fé (UCSF). Foi coordenadora do Curso de Especialização em Direito Eleitoral da Universidade do Estado do Amazonas e do Núcleo de Prática Jurídica e professora. Palestrante convidada da Escola Judiciária Eleitoral (EJE/AM), escritora colaboradora da revista Consulex, pesquisadora. Foi coordenadora e professora do escritório Jurídico da Unip e do Núcleo de Advocacia Voluntária (NAV) da Uniniltonlins. Foi professora da Universidade Federal do Amazonas e sub-coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Ufam/Direito. Foi professora do curso de Segurança Pública da UEA e a primeira mulher a ser professora de uma disciplina militar denominada "Fundamentos Políticos Profissionais" no Comando-Geral da Polícia Militar do Amazonas.

A Lei nº 9.613/1998, atualizada pela Lei nº 12.683/2012, tem esse caráter de acompanhar as mudanças ocorridas na prática dos crimes de lavagem de dinheiro. Os ilícitos penais de outrora não se assemelham aos atuais, que favorecem a lavagem de dinheiro. Nem mesmo em seu aspecto de localidade. Atualmente, inexistem fronteiras na lavagem de dinheiro, bem como para os crimes que o antecedem.

O Brasil, a exemplo de outros países, tem buscado aperfeiçoar sua legislação de combate à lavagem de dinheiro, tendo como um de seus parâmetros a Convenção de Viena de 1988.

Em uma abordagem mais ampla, a lavagem de dinheiro deve ser combatida não apenas por seu aspecto lesivo aos bens jurídicos mas também por seus danos sociais.

2 CRIMES ANTECEDENTES À LAVAGEM DE DINHEIRO

Lavagem de dinheiro é resultado, um delito derivado de outros praticados anteriormente. Assim, o que se pune não se restringe aos resultados, mas abrange os delitos que materializam ou propiciam a lavagem de dinheiro. Há uma relação indissociável entre um ilícito penal cometido anteriormente e seus resultados.

O rol de delitos que possibilitam auferir recursos que precisam ser acobertados não é pequeno. A lista é exaustiva. Organizações criminosas, tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de pessoas e órgãos, desvio de recursos públicos, crimes contra a administração pública e tantos outros integram as diversas possibilidades. Esses são apenas exemplificativos, pois, com a nova Lei nº 12.683/2012, que atualizou a Lei nº 9.613/1998, os crimes que possibilitam a lavagem de dinheiro passaram não mais a ser definidos em uma lista fechada, mas foram definidos como infração penal. Esse alargamento possibilitou reconhecer que qualquer infração penal é punível, já que esta é gênero do qual são espécies o crime e a contravenção penal. Essa ampliação na punibilidade é destacada por Aras, que afirma que:

Situações antes atípicas deixaram de sê-lo. Ainda será necessário observar o binômio infração antecedente/lavagem de ativos. Porém, não há mais uma lista fechada (*numerus clausus*) de delitos precedentes. Qualquer infração penal (e não mais apenas crimes) com potencial para gerar ativos de origem ilícita pode ser antecedente de lavagem de dinheiro. Dizendo de outro modo: a infração antecedente deve ser capaz de gerar ativos de origem ilícita. Infrações penais que não se encaixem neste critério (o de ser um “crime produtor”) não são delitos antecedentes.

Temos hoje uma lei de terceira geração, sem lista fechada de delitos antecedentes. O roubo, o tráfico de pessoas e a contravenção penal de exploração de jogos de azar são algumas das condutas agora incorporadas. (ARAS, 2012, p. 5)

A opção por classificar os crimes antecedentes como infrações penais faz referência à Convenção de Viena, que estabelece uma pena máxima não inferior a quatro anos aos crimes antecedentes.

A Convenção de Viena de 1988, da qual o Brasil é signatário, tem grande influência na elaboração de diversas legislações nacionais que passaram a tipificar o crime de lavagem, atrelado principalmente ao tráfico de drogas. Contudo, essa tipificação foi ampliada com a Convenção de Palermo, que compreendeu que os crimes antecedentes à lavagem de dinheiro envolvem uma multiplicidade de delitos. Assim, estipula a Convenção de Palermo no seu artigo 6, que trata da criminalização da lavagem do produto do crime, que:

1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente:

a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às consequências jurídicas dos seus atos;

ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime;

b) e, sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime;

ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.

2. Para efeitos da aplicação do parágrafo 1 do presente Artigo:

a) Cada Estado Parte procurará aplicar o parágrafo 1 do presente Artigo à mais ampla gama possível de infrações principais;

b) Cada Estado Parte considerará como infrações principais todas as infrações graves, na acepção do Artigo 2 da presente Convenção, e as infrações enunciadas nos seus Artigos 5, 8 e 23. Os Estados Partes cuja legislação estabeleça uma lista de infrações principais específicas incluirá entre estas, pelo menos, uma gama completa de infrações relacionadas com grupos criminosos organizados [...].

A par dessa Convenção, países como Estados Unidos, Itália, França, México e Colômbia passaram a admitir que todo tipo penal se preste a evidenciar como crime antecedente à lavagem de dinheiro.

No entanto, a extinção da lista de crimes antecedentes na Lei nº 12.683/2012 não é ponto pacífico na opinião de alguns doutrinadores e juristas. Algumas ponderações têm sido feitas em relação a essa nova realidade. Uma delas, diz respeito à possibilidade de condenar alguém por lavagem de dinheiro sem que antes tenha sido julgado processo por crime antecedente.

Tal entendimento é oriundo de uma leitura do art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998, que trata dos crimes de lavagem e ocultação de bens, afirmando que “independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país”.

A necessidade de que o devido processo legal seja finalizado diz respeito principalmente às provas geradas durante as investigações que sustentarão a acusação e, possível, condenação.

Contudo, uma decisão monocrática proferida pelo ministro do Superior Tribunal Federal, Celso de Mello, adotou um posicionamento contrário à necessidade de prova cabal da materialidade de crime antecedente. Em 1 de junho de 2016, no Recurso Ordinário de *Habeas Corpus* nº 130.738/DF, o ministro proferiu entendimento sobre dois aspectos em relação à lavagem de dinheiro, considerando organização criminosa nas mudanças promovidas pela Lei nº 12.683/2012 e o princípio da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal):

O Ministro Celso de Mello reafirmou jurisprudência da Corte (HC 89.739/PB) de que a denúncia que imputa a prática do delito de lavagem de dinheiro prescinde de uma apresentação detalhada do histórico do crime antecedente, bastando a presença de indícios da sua prática, nos termos da

redação do §1º do artigo 2º da Lei nº 9.613/98. Citou, para tanto, decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco que, no seu entender, decidiu corretamente que a presença de tais indícios se satisfaz tão somente com a indicação, na denúncia por lavagem, da existência de ações penais em tramitação cuja imputação é da prática dos delitos apontados como antecedentes ao crime de lavagem.

O decano enfatizou que o crime de lavagem de dinheiro não ocorre quando o delito antecedente é infração penal que, à época dos fatos, não se encontrava tipificada na legislação brasileira (no caso, participação em organização criminosa, tipificada somente a partir da Lei nº 12.850/2013). No caso, reforçou o entendimento consagrado no RHC 124.082/RJ, de que a definição jurídica de organização criminosa não poderia ser suprida pela Convenção de Palermo, mesmo depois de incorporada ao Direito brasileiro pelo Decreto nº 5.015/2004 (postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal). Vale lembrar que, com a definição legal de organização criminosa, a tipificação das condutas de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa (artigo 2º, da Lei nº 12.850/2013) e a abertura do rol das infrações penais antecedentes à lavagem (Lei nº 12.683/2012), é possível que a participação em organização criminosa figure como crime antecedente ao de lavagem de dinheiro, desde que, de acordo com este entendimento do STF, a conduta seja posterior a vigência da Lei nº 12.850/2013. Na mesma linha, destacou a Corte Suprema que a antiga redação da Lei nº 9.613/98 relacionava taxativamente as infrações penais hábeis a figurar como delitos antecedentes do crime de lavagem de dinheiro, não constando dentre elas o de quadrilha ou bando (hoje associação criminosa). Com as mudanças promovidas pela Lei nº 12.683/2012, qualquer infração penal pode anteceder ao crime de lavagem. No entanto, há de se atentar para os casos em que as condutas imputadas antecedem à edição das Leis nº 12.683/2012 e 12.850/2013, já que para o Ministro Celso de Mello o princípio da reserva legal veda que se tipifique como crime antecedente da lavagem tanto a participação em organização criminosa como a formação de quadrilha, quando equiparada à organização criminosa para este mesmo efeito (MPPR). (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ)

Depreende-se que o indício proposto na Lei nº 12.683/2012 não se sustenta apenas pela simples menção, mas constitui-se com uma persuasão capaz de estabelecer o nexo

causal, a infração penal e seus resultados. Mesmo na denúncia não se exige uma certeza absoluta, apenas indícios suficientes que corroborem a prática de crimes antecedentes.

Ainda que a existência de indícios aponte para a lavagem de dinheiro, é necessário que provas inequívocas demonstrem essa conexão. Simples indícios não podem sustentar uma condenação. O Código de Processo Penal aponta para essa direção, conforme exposto:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – estar provada a inexistência do fato;

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

[...]

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena

[...] (BRASIL, 1941)

Assim, ainda que crimes antecedentes possam servir como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro, faz-se necessário o uso do bom senso e da flexibilização do aludido art. 2º, para que garantias legais do processo penal não sejam maculadas. Aqueles que sustentam a necessidade de uma lista de crimes antecedentes, ainda que exaustiva, devem compreender que a tendência mundial é pela exclusão dessas listas, atendendo à Meta 20, da Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (Enccla), em consonância com o art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro como efetividade no combate a esse crime. Ademais, uma lista de crimes antecedentes deve sempre estar em constante atualização, seja pela incorporação de novos delitos ou pela exclusão de alguns que deixam de ser.

Essa lista ainda é presente em alguns países. Na Espanha, a pena depende da gravidade dos crimes antecedentes (apartado 2º do art. 301 do Código Penal). Portugal adere uma lista de crimes antecedentes, enquanto na Alemanha existe um sistema misto que limita a pena à lista de crimes antecedentes.

No Brasil, alguns crimes padeciam ainda de tipificação específica no sistema jurídico-penal, o que certamente inviabilizava um processo nesse sentido. Outros crimes, antes não considerados como antecedentes à lavagem de dinheiro, passaram a ser alvo da Lei nº 12.683/2012, tais como

[...] os chamados “bicheiros” ganhavam muito dinheiro e, com essa quantia, compravam imóveis e carros em nome da esposa, parentes, amigos, que funcionavam como “laranjas” ou então abriam empresas de fachada apenas para “esquentar” as quantias recebidas com a contravenção penal. Tal conduta de ocultação ou dissimulação do dinheiro “sujo” passa somente agora a ser punida como lavagem, nos termos do novo art. 1º da Lei nº 9.603/98 (CAVALCANTE, 2013).

Conquanto a lavagem de dinheiro se configure um delito resultante de outros, deve a legislação acompanhar essa configuração do crime, incorporando em seus objetivos não apenas combater seus efeitos, mas, o tanto quanto possível, suas causas.

3 REFLEXOS JURÍDICOS E SOCIAIS DA LAVAGEM DE DINHEIRO

O ocultamento de ganhos obtidos ilegalmente e sua posterior incorporação no sistema econômico não é recente. É fenômeno antigo que acompanha a história da humanidade presente em diversas sociedades. A ação delituosa acompanha o próprio homem, bem como os instrumentos jurídicos de combate em um processo de constante atualização.

Quando se avaliam os reflexos da lavagem de dinheiro na sociedade, é preciso reconhecer dois aspectos interligados. O primeiro é que o *modus operandi* dos crimes são diversos e atualizados constantemente, conforme as sociedades também ficam mais complexas. O segundo é a participação, cada vez maior, de agentes públicos em crimes antecedentes que resultam na lavagem de dinheiro.

Em relação ao primeiro, verifica-se que verdadeiros mercados paralelos operam enormes volumes de recursos, operacionalizados por mecanismos e estruturas altamente sofisticados que procuram simular e dar aparência de legalidade aos ganhos ilegais. A tecnologia, o sistema bancário, as transações on-line, as doações em campanhas políticas, a legislação nacional e tantos outros instrumentos, longe de se tornarem um obstáculo à lavagem de dinheiro, por vezes, são usados como proteção àqueles que praticam a ilegalidade. A transnacionalidade dos crimes demonstra que inexistem fronteiras capazes de inibir, frear ou mesmo de reduzir suas práticas.

A crescente globalização do mercado de capitais que permite a captação e transferência de recursos on-line torna as economias voláteis e suscetíveis ao recebimento de recursos obtidos ilegalmente. Nesse ambiente de mudanças rápidas, realidade líquida e

volatilização econômica, as autoridades nacionais precisam adotar medidas que possam tipificar e coibir a lavagem de dinheiro, tendo como apoio tratados internacionais.

Um dos principais tratados com esse objetivo foi a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, criada em Viena, em 20 de dezembro de 1988. O Brasil tornou-se signatário dessa Convenção em 26 de junho de 1991, tendo como resultado a Lei nº 9.613/1998 e, tendo como instrumento mais eficaz no combate à lavagem de dinheiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), órgão responsável por informar movimentações financeiras atípicas no Sistema Financeiro Nacional.

A migração de recursos ilícitos para atividades menos rastreáveis, como imóveis, joias, entretenimento e outros, demonstra que a legislação nacional ainda precisa ser aperfeiçoada no sentido de ser mais eficiente no combate aos crimes que resultam na lavagem de dinheiro. Há um longo caminho a ser percorrido para isso e diversos obstáculos a serem vencidos.

Um desses obstáculos, que é o segundo aspecto em relação à lavagem de dinheiro na atualidade, diz respeito ao histórico crescente do envolvimento de agentes públicos ou de pessoas exercendo funções públicas em crimes antecedentes a esse tipo de crime.

Quando se menciona histórico crescente, destaca-se um aspecto já existente no Brasil há décadas, mas que agora se tornou mais conhecido da sociedade devido à publicidade alcançada pelos meios de comunicação. O reconhecimento dessa relação incestuosa entre os agentes públicos e a malversação de recursos públicos tornou-se, em alguns momentos, até folclórica no cenário brasileiro. A proposta de varrer a corrupção de Jânio Quadros e a caça aos marajás de Fernando Collor são exemplos desse infortúnio social. O número de denúncias é tão expressivo que não se tem um número atualizado delas. Os fatos denunciados são superados por novos cotidianamente.

Essa chaga social está presente em diversos países, envolvendo presidentes e ex-presidentes, ministros, membros da realeza, parlamentares e agentes públicos em geral. A constatação dessa realidade é atestada pelos relatórios da Transparência Internacional. Em 2017, o Brasil caiu 17 posições em relação a 2016, ficando em 96º lugar de um total de 180 países no índice que mede a percepção da corrupção. Outros órgãos internacionais, o Fundo Monetário Internacional, o Banco Mundial e agências de risco também avaliam os reflexos da lavagem de recursos obtidos pela corrupção, destacando itens como a confiança de investidores na economia nacional, bem como em seus governantes.

No entanto, as estruturas de poder que possibilitam a corrupção e, posterior lavagem de dinheiro, seguem inabaladas, sustentadas por um esvaziamento dos discursos políticos e uma crescente polarização da sociedade. Essa se tornou apenas massa de manobra que atende ao único objetivo de manter intocável sua incapacidade de fazer uma melhor reflexão sobre a realidade. É um cenário de injustiça e perversão social, em que os frágeis economicamente são esquecidos, pois lhes falta amparo na saúde, na educação, no saneamento básico e na justiça. Esses lhes são negados antecipadamente pela incapacidade do Estado em corrigir tantas distorções.

Ainda que se pense que sim, esse cenário não é recente. Em 1871, Eça de Queiroz passou a escrever folhetins mensais sobre a condição da sociedade portuguesa. Um desses textos descrevia de forma atemporal a mentalidade vigente na época:

Estamos perdidos há muito tempo...
O país perdeu a inteligência e a consciência moral.
Os costumes estão dissolvidos, as consciências em debandada.
Os caracteres corrompidos.
A prática da vida tem por única direção a conveniência.
Não há princípio que não seja desmentido.
Não há instituição que não seja escarnejada.
Ninguém se respeita.
Não há nenhuma solidariedade entre os cidadãos.
Ninguém crê na honestidade dos homens públicos.
Alguns agiotas felizes exploram.
A classe média abate-se progressivamente na imbecilidade e na inércia.
O povo está na miséria.
Os serviços públicos são abandonados a uma rotina dormente.
[...]. (QUEIRÓS; ORTIGÃO, 2004)

Não se pode vislumbrar a lavagem de dinheiro apenas em seu aspecto jurídico ou econômico, em que ocorre uma perda de receitas do Estado pela ocultação de riqueza, branqueamento de recursos obtidos de forma ilícita.

Em todo esse cenário existe uma realidade prática que destaca uma dívida moral com a parte mais frágil de todo esse processo: o cidadão.

A proteção aos bens jurídicos deve ter como objetivo último salvaguardar o que de mais importante existe em uma sociedade, que são seus cidadãos. Afrontar as estrutu-

ras que sustentam uma sociedade com ações delituosas é afrontar também individualmente cada cidadão que sofre os reflexos dessas ações diretamente. Se assim não fosse, a lista de outrora que acompanhava o art. 1º da Lei nº 9.613/1998 não elencaria diversas ações criminosas que atentam contra a sociedade.

Se os delitos são resultantes de estruturas históricas, elas podem ser refeitas na história pela intervenção do próprio homem. Que se mantenha vivo o único dom da caixa de Pandora, a esperança, para que as palavras de Eça de Queiroz jamais se tornem realidade: “Diz-se por toda parte que o país está perdido”.

4 CONCLUSÃO

As sociedades estão em constante mudança e, conseqüentemente, as maneiras de praticar crimes também. A lavagem de dinheiro não se constitui um crime da modernidade, mas os meios empregados para fazê-lo, sim. Se antes apenas aquelas ações destacadamente delituosas, como tráfico de drogas ou contrabando, eram repreensíveis, atualmente esses crimes são tão diversos que propôs o legislador não os tipificar em uma lista fechada.

A transnacionalidade dos crimes vinculados à lavagem de dinheiro tem exigido que a legislação nacional alcance áreas como relações de comércio, transações financeiras e mercado de capitais que servem, por vezes, para o acobertamento de recursos obtidos de forma ilícita.

A cooperação internacional no combate à lavagem de dinheiro é imprescindível na atualidade, pois diversos países também padecem por conta desse problema. Somam-se às legislações nacionais os órgãos internacionais que argumentam a necessidade de combater a lavagem de dinheiro como forma de garantir maior segurança jurídica e econômica aos países. Nesse cenário, o campo jurídico se aproxima do campo econômico com vistas à proteção dos bens adquiridos de forma lícita.

A Lei nº 9.613/1998 certamente constitui um marco na legislação nacional em relação ao combate à lavagem de dinheiro. Seu surgimento e a criação do Coaf demonstram que ainda existe um longo caminho a ser percorrido. As normas criadas para identificar transações atípicas no sistema financeiro têm gerado um fluxo migratório dos recursos ilícitos para outras atividades, como mercado de artes, jogos, imóveis e outros.

A lavagem de dinheiro envolve uma perversão que extrapola o campo jurídico. Sua difusão alcança setores fundamentais à sociedade, com perdas econômicas, políticas e sociais.

A perda de credibilidade no sistema político tem forte vinculação com o envolvimento crescente de agentes públicos na malversação de recursos públicos. Sobram denúncias nesse sentido e faltam limites morais aos envolvidos. A sociedade sofre as consequências de todo esse processo, com poucas perspectivas de mudança e defesa. Os recursos que lhe são retirados compulsoriamente e que deveriam retornar em forma de serviços públicos são desviados para finalidades pessoais.

A lavagem de dinheiro envolve, assim, não apenas um crime com aspectos antecedentes mas também com consequências imprevisíveis e injustificáveis e nitidamente reproáveis jurídica e moralmente.

Referências

ARAS, Vladimir. A investigação criminal na nova Lei de Lavagem de Dinheiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 237, ago. 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/98, com alterações da Lei 12.683/2012. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>.

_____. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 15 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>.

_____. Lei nº. 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 4 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>.

_____. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº. 9.613, de 03 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 9 de jul. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm.


CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei nº 12.683/2012, que alterou a Lei de Lavagem de Dinheiro. **Dizer o Direito**. Disponível em: <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 14 mar. 2018.

DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de dinheiro** - Prevenção e controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico Ed., 2011.

QUEIRÓS, Eça de; ORTIGÃO, Ramalho. **As farpas**. Princípiã: Cascais, 2004.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro** (Lavagem de ativos provenientes de crime). Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/80. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. Lavagem de Dinheiro e Crimes Antecedentes (Lei nº 9.613/98). **Informativo 345**. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-1643.html>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

 *SMURFING* OU TRANSAÇÕES
ESTRUTURADAS – TIPOLOGIA
DE LAVAGEM DE DINHEIRO,
SEU TRATAMENTO
JURISPRUDENCIAL E A
POSSIBILIDADE DE TIPIFICAÇÃO
PENAL AUTÔNOMA

Marcelo Ribeiro de Oliveira¹

Resumo: O presente ensaio traz breves análises sobre a tipologia de lavagem de capitais, em especial, conhecida como *smurfing*, busca apresentar sua estrutura, como ela é tratada na jurisprudência brasileira, com as questões controvertidas a respeito e apresenta, por fim, com base na experiência comparatista, de *lege ferenda*, a possibilidade da criminalização da conduta de forma autônoma e desvinculada de delito antecedente, além da responsabilização de instituições obrigadas no dever de comunicar.

Palavras-chave: Lavagem de dinheiro. Detecção. Tipologias. *Smurfing*. Transação estruturada. Jurisprudência. Análise legislativa. Direito comparado.

Abstract: *The present paper introduces a brief analysis about Money Laundering typologies, or detection methods, specially related to smurfing technique. It also introduces its structure, the jurisprudential view about the theme in Brazil and, finally presents some considerations about the possibility of have smurfing as an autonomous felony besides liabilities of moral persons, based on comparative law.*

Keywords: *Money Laundering. Detection. Typologies. Smurfing. Structuring Transactions. Case Law. Text law analysis. Comparative law.*

1 INTRODUÇÃO

A despeito da ausência de números precisos², mostra-se verdadeiramente um lugar comum o reconhecimento da existência de somas monumentais de recursos provenientes dos mais diversos tipos de crime, com reintrodução na economia com feições lícitas.

1 Procurador da República. Membro do Grupo de Apoio em Lavagem de Dinheiro – 2ª CCR/MPF. Doutorando pela Universidade de Lisboa. Mestre pela Universidade de Brasília

2 Conforme Lilley (2006), in truth, nobody knows how much dirty money is being laundered or is attempted to be laundered on a global basis. I like to think of it like this: any and every criminal act anywhere on this planet that involves obtaining money illegally produces funds that need to be laundered. In 1999, the United Nations Development Report estimated that organized criminal syndicates made \$1.5 trillion each year. Recent figures from the International Monetary Fund suggest that the amount of global criminal activity that involves a financial component is near to \$2 trillion. The OECD has estimated that money laundering now exceeds \$2 trillion annually. These then are good base figures from which to begin – but remember that these are probably just the starting points. Schneider, F. e Windischbauer, U. (2010) apontam que: “estimated two to five per cent of the global gross domestic product stems from illicit sources. A great deal of the money derives from drug-dealing, with a total revenue of 810 Billion USD in 2003. In 2005 the Austrian Police secured drugs worth 49266800 Euro (drug seizures in terms of street prices), in total 25.892 persons were charged for violation of the Austrian Narcotics Act. [...] Most of all illegal transactions are processed by cash since there is the smallest risk to leave one’s mark; nevertheless there exists an obvious tendency to misuse the internet in order to undertake illicit transactions in form of OnlineBanking, Cyber money and Electronic Purse”.

Dentro desse quadro, por décadas, instituições governamentais e organismos internacionais estudam e apresentam técnicas por meio das quais a lavagem de capitais é realizada, sem deixar de considerar, ainda, a importante nuance de que a lavagem de capitais, em si, seja pela demanda da existência de um crime antecedente, seja pela sua inserção econômica, não raro é via investigativa para outros delitos de vulto³.

Entre essas técnicas identificadas, também denominadas tipologias, uma das mais frequentes é o chamado *smurfing*, operação estruturada, estruturação, fracionamento, *structuring*, ou *pitufeo*, entre os nomes pelos quais essa tipologia é conhecida.

Este breve ensaio pretende, a par de enfatizar a importância das tipologias na detecção de lavagem de dinheiro, apresentar as definições mais recorrentes sobre esta tipologia em particular, apresentar alguma casuística sobre ela, trazer a apreciação desta no âmbito jurisprudencial brasileiro, não tão vasto, como importa antecipar, trazendo, por fim, diante da existência de ordenamentos⁴ que preveem a sua tipificação autônoma, uma análise dessa opção legislativa.

A base deste estudo é essencialmente a revisão bibliográfica, acompanhada de pesquisa e análise crítica de jurisprudência.

A importância das tipologias

Na introdução, adiantou-se, em parte, o que são as tipologias. Compreende-se pela expressão o estudo ou o produto do estudo acerca dos métodos, técnicas, estruturas e tendências para a lavagem de dinheiro e para o financiamento de atividades terroristas⁵.

No âmbito interno de um país, ou em suas relações internacionais⁶, o desenvolvimento das tipologias permite que os responsáveis pelo setor econômico e os promoto-

3 Sobre esse último aspecto, em sentido similar, Black (2013) anota: "Money laundering is the forgotten stepchild of organized crime control. Too often money laundering is thought of only as a charge to be tacked onto an existing prosecution. This conception is too narrow. Money laundering is not like other crimes. It is not equivalent to a murder or robbery, investigated and prosecuted after the fact. Reactive murder investigations rarely uncover a network of other criminal conduct. Money laundering, on the other hand, is a signal to law enforcement, a pattern of conduct which calls out for proactive investigation by law enforcement, should they be listening. Find money laundering, and you will find underlying criminal activity."

4 O exame ateu-se essencialmente ao modelo norte-americano.

5 Em sentido similar, veja Irwin; Slay (2010) O texto é particularmente importante por tratar, ainda, de uma tendência relacionada à lavagem de ativos em ambiente virtual.

6 Ao falar das tipologias, a Financial Action Task Force (FATF) destaca: "The methods used to launder proceeds of criminal activities and finance illicit activities are in constant evolution: as the international financial sector implements the FATF standards, criminals must find alternative channels. This research will assist countries in identifying, assessing and understanding the money laundering and terrorist financing risks that they are exposed to. Once these risks are properly understood, countries will be able to implement anti-money laundering and counter terrorist financing measures that mitigate these risks". Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/>>.

res de políticas públicas, aqui compreendidos em sentido amplo (UIFs, Poder Executivo, Magistraturas Judicial e do Ministério Público), atualizem-se e desenvolvam os melhores mecanismos de detecção e de repressão das condutas⁷.

Das tipologias e apresentação de estudo de casos⁸, são apresentados os indicadores (*red flags*), compreendidos como uma série de circunstâncias que, pelo caráter incomum ou atípico de uma atividade regular (*v.g.*, pagamentos de bens vultosos em espécie ou por terceiros) ou mesmo pelo comportamento do cliente (ilustrativamente, recusa na apresentação de informações sobre atividade profissional), facilitam que os agentes econômicos possam reportar ou não a Unidade de Inteligência Financeira, para eventual diligência adicional.

Esse procedimento, no Brasil, é exercido pelo Coaf⁹, que, dessa forma, dá concretude ao art. 11, § 1º, da Lei nº 9.613/1998:

As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista¹⁰.

Conclui-se, assim, que o desenvolvimento de tipologias se revela um instrumento de grande importância para a detecção de padrões ou de comportamentos potencialmente criminosos, o que, de modo ilustrativo, assume grande importância nas novas téc-

7 IRWIN; SLAY, 2010.

8 No Brasil, para comprovar esta assertiva e como rica fonte de consulta, merecem destaque as iniciativas do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), com as publicações da Coletânea Completa Casos&Casos, que consolida todas as tipologias antes publicadas nos volumes I, II e III e acrescenta novos casos identificados pelo Coaf Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/livro_publicacao-casos-e-casos-coaf_final_web1-3.pdf/view>. e também "Cem Casos de Lavagem de Dinheiro", que, nos termos da apresentação "os cem casos reais da luta contra a lavagem de dinheiro, reunidos pelo Grupo de Egmont e oriundos das 58 Unidades de Inteligência Financeira". Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/100_Casos.pdf/view>. No âmbito da FATF, mesmo na árdua temática do financiamento relativo a armas de destruição em massa, o *case study* é medida adotada. Nesse sentido, veja: FATF, 2018, p. 28 e segs.

9 Por meio de uma série de Resoluções. De forma exemplificativa, veja-se a Resolução nº 7, de 15 de setembro de 1999, que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas Bolsas de Mercadorias e Corretores que nelas atuam. Para outras normas, veja: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/legislacao-e-normas/normas-do-coaf>>.

10 Importante enfatizar que o indicador (*red flag*) não implica obrigatoriamente a ocorrência de uma atividade ilícita. Essa observação, como será mostrado, assume particular importância no caso de "*smurfing*", tipologia ora estudada. Sem embargo, a Irwin; Slay (2010), no sentido da relevância dos relatórios de atividade suspeita, com base nas *red flags*, propiciadas pelo desenvolvimento de tipologias, mostra-se adequado: "Suspicious Activity Reports are an excellent source of information and a valuable learning resource about current money laundering and terrorist financing activity and behaviour. Many anti-money laundering and terrorism financing agencies use the information contained within SARs and other reporting instruments to publish annual money laundering and terrorism financing typology reports, which are then communicated to Financial Intelligence Units (FIUs) Worldwide".

nicas de pagamentos por meios eletrônicos¹¹. Desse desenvolvimento fez-se possível aprofundar os conhecimentos sobre uma das técnicas mais comuns, que é o *smurfing*, ora estudado.

Definições de *smurfing*

Lilley conceitua *Smurfing*, como

A technique used in the placement of funds that are being laundered, where the funds are divided into smaller amounts so that such amounts will fall below the threshold at which the relevant financial institution (or other body) is required to file a suspicious transaction report. (LILLEY, 2006).

Naselli, ao abordar a realidade italiana, também enfatiza a ação de fracionamento, com o intuito de evitar o atingimento por uma dada operação financeira, de valores que exijam o dever de comunicação:

Dal momento che le autorità stabiliscono dei limiti al contante che è possibile movimentare, così da scoraggiare operazioni illegali o rischiose, i soggetti coinvolti nella fase di placement, mettono in atto una strategia di diversificazione nota come smurfing. Questo procedimento consente di movimentare somme ingenti in una sola volta ma senza che vengano segnalate. Infatti, contando sulla disponibilità di prestanomi, si procede al frazionamento dei versamenti tramite l'apertura di una serie di conti bancari presso la stessa filiale o diverse filiali, così da diversificare i canali tramite i quali pervenire alla graduale legittimazione del denaro¹². (NASELLI, 2016)

Black, por sua vez, promove uma definição similar, acrescentando, contudo a possibilidade de tipificação da estruturação do smurfing como delito autônomo, além de fazer referência a uma possível divisão entre o que entende como estruturação perfeita e estruturação imperfeita. A primeira compreenderia a exitosa fuga do agente econômico,

11 Tema que rendeu em 2017, com continuidade em 2018, o desenvolvimento da Ação 8, Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (Encclá), voltada para a aprofundar os estudos sobre a utilização de moedas virtuais para fins de lavagem de dinheiro e eventualmente apresentar propostas para regulamentação ou adequações legislativas.

12 Em tradução livre: "A partir do momento em que a autoridade estabelece os limites de caixa que podem ser movimentados, a fim de desestimular operações ilegais ou de risco, os sujeitos envolvidos na fase de colocação implementam uma estratégia de diversificação conhecida como smurfing. Este procedimento permite mover grandes somas de uma vez, mas sem ser notado. De fato, contando com a disponibilidade de cartões de empréstimo, procedemos à divisão dos pagamentos, abrindo uma série de contas bancárias na mesma filial ou várias agências, de modo a diversificar os canais, com vistas a alcançar a legitimidade gradual do dinheiro."

que não reporta as movimentações à UIF, ao passo que, na imperfeita, essas movimentações ainda renderiam a comunicação:

Structuring, also referred to as smurfing, occurs when an individual breaks down a large financial transaction into several smaller ones in order to avoid triggering federal reporting requirements.

Federally, structuring is criminalized at 31 U.S.C. § 5324. Both “perfect” structuring, where the individual was successful in this attempt, and no report was actually filed, and “imperfect” structuring, where a reporting requirement was triggered despite efforts to avoid it, are crimes under § 5324.14 Other efforts to evade or frustrate reporting requirements are criminalized at 31 U.S.C. § 5322.15. (BLACK, 2013)

O Gafilat, ao tratar a tipologia como fenômeno regional, anota: “the smurfing typology is usually used in the region by means of movement of small amounts of money so as not to attract the attention of the institutions on the manoeuvres to hide or conceal the illicit origin of the resources”¹³.

Na literatura brasileira, Dallagnol define a tipologia da seguinte forma:

[...] divisão de valores maiores em menores, tanto no depósito como na movimentação financeira, lançando-se mão de várias operações ao invés de uma única, usando uma ou mais pessoas, e ainda uma ou mais contas, tendo por objetivo evitar a realização de comunicação obrigatória de operações suspeita ou não despertar desconfiança por parte dos agentes obrigados de setores regulados, especialmente bancos. Nos EUA caracteriza crime autônomo. (DALLAGNOL, 2013, p. 385).

Nota-se, da breve compilação realizada, pouca distinção conceitual. Efetivamente, todas as definições recenseadas destacam o fracionamento de valores, como forma de inibir o acionamento da *red flag* específica, relativa à realização e operação em determinado valor e que, por si só, gera o dever de comunicação pelos agentes econômicos.

Importante destacar que o fracionamento pode ser verificado não apenas nos ingressos (depósitos), mas igualmente nas movimentações financeiras subsequentes.

13 FINANCIAL ACTION TASK FORCE OF LATIN AMERICA, 2018.

No Brasil, a Circular nº 3.461, de 24 de julho de 2009, do Banco Central, alterada pela Circular nº 3.839/2017, consolida as regras sobre os procedimentos a serem adotados na prevenção e repressão às atividades relacionadas com os crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998¹⁴.

Como última anotação de natureza conceitual, reforçando a ideia de que as tipologias são modelos de trabalho, deve ser observado que o *smurfing* pode e usualmente é associado a outras tipologias, como o *commingling*, ou mescla, caracterizada pela mistura entre ativos lícitos e ilícitos, de modo a dissimular a origem criminosa dos últimos.

Exatamente com a interação dessas duas tipologias, Fisher apresenta o seguinte:

Among the first nations to recognize the threat posed by money laundering was the United States. In an effort to deter routine deposits of "shopping-bagfuls" (or, indeed, truckfuls) of cash into the banking system, Congress imposed currency reporting requirements on banks and other financial institutions. Pursuant to what is commonly referred to as the Bank Secrecy Act, 35 financial institutions were required to file a report with the government (initially, with the Internal Revenue Service) on any cash transaction in excess of \$10,000—thereby creating the sort of paper trail that criminals wallowing in the anonymity of cash businesses go to great lengths to avoid. Seek to avoid it they did—first, by "smurfing" —dividing cash deposits into amounts under \$10,000 and dispatching low-level employees to make deposits in multiple branches of multiple financial institutions; second, by availing themselves of cash substitutes such as postal money orders and "smurfing" those (in the process making the U.S. Postal Service one of the largest money launderers in the world, at least until computerized systems were developed to monitor and counter this technique); and third, by commingling "dirty" money with income from legitimate businesses and engaging in transactions in the names of third parties. This not only muddies the waters for investigators but also allows the taint of laundered money to infect these legitimate businesses and suborn other criminal misconduct. (FISHER, 2003).

A dificuldade que se apresenta e que será tratada na sequência, diz respeito ao acionamento da *red flag* própria da prática de operações fracionadas.

14 Para consulta, confira-se: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50401/Circ_3839_v1_O.pdf>.

Casos de detecção de *smurfing* – a importância das UIFs e o cumprimento das obrigações de comunicação pelas instituições financeiras

Operações fracionadas, no Brasil, geram o dever de comunicação pelas instituições financeiras. A Carta Circular nº 3.542, de 12 de março de 2012, do Banco Central, traz diversas disposições que podem ser consideradas com medidas de detecção e de repressão ao *smurfing*:

Art. 1º As operações ou as situações descritas a seguir, considerando as partes envolvidas, os valores, a frequência, as formas de realização, os instrumentos utilizados ou a falta de fundamento econômico ou legal, podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf):

I – situações relacionadas com operações em espécie em moeda nacional:

[...]

d) fragmentação de depósitos, em espécie, de forma a dissimular o valor total da movimentação;

e) realização de depósitos de grandes valores em espécie, de forma parcelada, especialmente em regiões geográficas de maior risco, principalmente nos mesmos caixas ou terminais de autoatendimento próximos, destinados a uma única conta ou a várias contas em municípios ou agências distintas;

[...]

h) realização de saques em espécie de conta que receba diversos depósitos por transferência eletrônica de várias origens em curto período de tempo;

[...]

j) realização de depósitos ou troca de grandes quantidades de cédulas de pequeno valor, realizados por pessoa natural ou jurídica, cuja atividade ou negócio não tenha como característica recebimentos de grandes quantias de recursos em espécie;

II – situações relacionadas com operações em espécie em moeda estrangeira e cheques de viagem:

[...]

d) negociações de moeda estrangeira em espécie ou cheques de viagem denominados em moeda estrangeira, realizadas por diferentes pessoas naturais, não relacionadas entre si, que informem o mesmo endereço residencial; e

[...]

IV – situações relacionadas com a movimentação de contas:

[...]

b) transferências de valores arredondados na unidade de milhar ou que estejam um pouco abaixo do limite para notificação de operações;

[...]

d) manutenção de numerosas contas destinadas ao acolhimento de depósitos em nome de um mesmo cliente, cujos valores, somados, resultem em quantia significativa;

[...]

VI - situações relacionadas com cartões de pagamento:

[...]

b) realização de múltiplos saques com cartão em terminais eletrônicos em localidades diversas e distantes do local de contratação ou recarga;

[...]

d) utilização de diversas fontes de recursos para carga e recarga de cartões; e
e) realização de operações de carga e recarga de cartões, seguidas imediatamente por saques em caixas eletrônicos. (BRASIL, 2012)

Essas disposições normativas, voltadas para o sistema financeiro, podem ser consideradas as *red flags* que o regulador brasileiro já concebeu visando evitar a prática do *smurfing* sem detecção. Delas extrai-se a importância imensa do funcionamento adequado das ações de comunicação por parte dos agentes financeiros.

Com esse mesmo entendimento, Takáts enfatiza:

Banks play a crucial role in fighting money laundering, as they monitor transactions and report suspicious activities to government agencies, which identify targets for investigations based on the reports. The government provides incentives for banks through fines to monitor transactions and report suspicious ones¹⁵. (TAKÁTS, 2005)

15 O autor apresenta considerações curiosas sobre riscos relacionados ao excesso de comunicações, fomentado, nos Estados Unidos, pelo *Patriot Act* e pelo Sarbanes-Oxley Act, enfatizando que a profusão de comunicações não necessariamente acarreta um maior número de detecções de lavagem, até mesmo pela ampliação de informações sem conteúdo criminoso e efetivo proveito pelas UIFs: "The crying wolf problem questions this conventional wisdom by demonstrating that sometimes less disclosure might indeed mean more information. This new angle on the role of disclosure could be tested on auditing data. The problem faced by auditing firms is similar to the problem faced by banks: coarse communication, coarse punishment, unverifiable, uncertain information and multitasking are observable. Furthermore, auditors' incentives have been strengthened by the Sarbanes-Oxley Act, similarly how the Patriot Act strengthened incentives in money laundering. A straightforward future research could test whether the system moved from too little to too much disclosure".

Panorama jurisprudencial sobre *smurfing*

O levantamento jurisprudencial realizado verificou situações em que houve, na terceira fase da lavagem de capitais (*placement*), a concentração de recursos de diversas fontes, não raramente sem identificação e por meio de saques em espécie.

De forma absolutamente ilustrativa, destacam-se excertos dos seguintes julgados:

VIII. Um dos pontos de evidência do esquema de lavagem de dinheiro oriundo de corrupção foi a compra de um avião CESSNA CITATION, pelo valor de R\$ 1.700.000,00 (um milhão e setecentos mil reais), pago por meio de 16 (dezesseis) depósitos bancários, negócio a cargo de pessoas que não comprovaram estofo econômico para tanto, dentre essas um modesto pescador, Geovane de Sá Barreto, que conforme dito nas informações da autoridade coatora (à quinta folha), sequer sabia ser titular de uma empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI, modelo de pessoa jurídica de moderno apartamento no sistema jurídico nacional através da Lei nº 12.441/2011, constituída por uma só pessoa física, titular de todo o capital social, espécie adequada para as micro e pequenas empresas, o que a distancia, no mundo real, do perfil para atuar nos vultosos movimentos financeiros detectados pelo COAF, bem assim da participação da compra de um avião como o acima citado.

(TRF5, PROCESSO: 08043072620164050000, HC/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL IVAN LIRA DE CARVALHO (CONVOCADO), 2ª Turma, JULGAMENTO: 20/07/2016.)

1. A intensa movimentação da conta corrente do réu se coaduna com a ocultação e dissimulação de valores prevista no art. 1º da Lei n. 9.613/98 (cf. Apenso III, volume I): depósitos fracionados em espécie na mesma agência, data e horário; depósitos em dinheiro em volume anual expressivo, depósitos originários de diversas cidades e estados..."

[...]

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, AP. – APELAÇÃO CRIMINAL – 70959 – 0001192-44.2007.4.03.6000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, julgado em 25/10/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 31/10/2017).

Tais situações, na linha da exposição feita no item anterior, apontam a estruturação como caracterizadora de lavagem, ainda que não faça alusão direta à tipologia de *smurfing*.

Com uma visão mais restritiva sobre a configuração da tipologia estudada, mas com remissão expressa à técnica, também se encontram julgados esclarecedores:

Consta dos autos indícios de lavagem de dinheiro por meio de (i) depósitos fracionados nas contas do Parlamentar, comprovados documentalmente; e (ii) recebimento de vantagem indevida na forma de doações eleitorais. Quanto a este último, de se ressaltar que configura a um só tempo indício do crime de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, na medida em que esses valores são apresentados na Prestação de Contas Eleitoral como de origem lícita, a indicar possível estratégia para conferir aparência de licitude ao dinheiro proveniente de infração penal. IV. Conclusão 13. O recebimento da denúncia, como se sabe, não importa prejulgamento nem muito menos faz concluir pela culpabilidade do denunciado. Significa, tão somente, a plausibilidade da narrativa apresentada pelo Ministério Público e a necessidade de aprofundamento das investigações. 14. Desmembramento para figurar no polo passivo apenas o Senador. Denúncia recebida quanto aos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro. (STF, Inq 4141, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 12/12/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 22-02-2018 PUBLIC 23-02-2018)

A autoridade policial aponta que Rodrigo e sua esposa Leandra teriam praticado os seguintes atos de lavagem de dinheiro: a) por meio da conta da bancária da empresa do casal (BRITO REFORMA E CONSTRUÇÕES), pela prática de "smurfing", que corresponde ao fracionamento da transação em diversas operações de pequeno valor para evitar os mecanismos de fiscalização, identificadas em duas oportunidades (em 29/01/2015 e em 05/09/2016, conforme relatório do evento 25-INF2 dos autos 5006696-71.2017.4.04.7000); b) na compra do imóvel que serve de residência do casal, em que foram utilizadas 9 cartas de crédito de consórcios imobiliários, para dar aparência de licitude à operação (evento 3, OUT16). (TRF 4ª Região, HC 5000012-47.2018.4.04.0000, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data da Decisão: 04/01/2018)¹⁶

16 Esse julgado e o anterior a ele, do Supremo Tribunal Federal, foram destacados, não pelo reconhecimento expresso do perfazimento da tipologia, nos casos julgados, mas pelo reconhecimento do *smurfing* como ponto de partida, como pressuposto metodológico válido para a apreciação da imputação, no primeiro caso, e da representação policial, no segundo.

Restou comprovado, outrossim, que aos vultosos saques em espécie corresponderam a depósitos bancários fracionados, sistematicamente feitos em favor dos reais beneficiários dos valores que constituíram objeto do peculato. A materialidade do delito de lavagem de ativos também restou comprovada, seja em face das aquisições simuladas de títulos públicos prescritos, feitas por valores absolutamente astronômicos, seja em face da utilização de tais títulos públicos nas simulações de compras de terras rurais cujos registros imobiliários haviam sido declarados nulos, pelo Conselho Nacional de Justiça. Além disso, a materialidade do delito de lavagem de ativos também restou comprovada por meio dos sistemáticos depósitos bancários fracionados, feitos sem a identificação dos respectivos depositantes, em favor das pessoas que eram as reais destinatárias do valor do dinheiro que constituiu objeto do peculato.

A autoria delitiva, quanto aos delitos de peculato e de lavagem de ativos, em concurso material, restou comprovada quanto a alguns dos réus; a autoria delitiva quanto aos delitos de peculato ou de lavagem de ativos, isoladamente, restou comprovada quanto a alguns dos réus.

(TRF 4ª Região ACR 0004777-50.2008.4.04.7000, Relator: SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, Data da Decisão: 09/05/2017)

Ainda, consoante a tabela 21, observa-se que tanto Mario Negromonte (sogra), quanto Mario Negromonte Júnior (cônjuge) procederam a depósitos na conta de Camila Vasquez Pinheiro Gomes, que datam a partir de dezembro de 2014, possivelmente -- lembrando-se que a cognição, aqui, é sumária e sujeito à contraprova -- em virtude da irrupção da operação lava jato, deflagrada naquele ano. Além disso, observa-se que Camila promoveu inúmeras transferências, todas em valor inferior a R\$ 10.000,00 (indício de "*smurfing*"), para outra conta de sua titularidade. O valor total (R\$ 225.500,00), pois, deve ser considerado, em linha de princípio, como proveniente de pagamento de vantagem indevida, seja em razão de quem procedeu aos depósitos, seja em razão de expedientes lançados pelos correntistas que se caracterizam como técnica vulgar e cediça de branqueamento de capitais.

(TRF4, AG 5022920-35.2017.4.04.0000, TERCEIRA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 01/06/2017)

"atos [ilícitos] que, a princípio, poderiam se amoldar ao tipo penal incriminador do art. 1º, § 1º, II, da Lei nº 9.613/98, pois, em tese, teria ocorrido crime contra o Sistema Financeiro Nacional antecedentes ao delito de "lavagem

de dinheiro" e depois, para ocultar ou dissimular a origem dos valores originários daquele crime, o numerário teria sido transferido pelo seu fracionamento em valores menores representados por títulos de crédito recebidos por meio do depósito em contas bancárias, conferindo-se então aparência de licitude à transação".

(TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, RSE – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – 3443 – 0006508-19.2003.4.03.6181, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHNSOM DI SALVO, julgado em 21/09/2004, DJU DATA:15/10/2004)

Neste último, por uma contingência temporal, o delito de lavagem não foi considerado consumado, porque, à época, os delitos antecedentes no Brasil eram de catálogo, não se considerando perfeita a subsunção pela corte julgadora.

Por hipótese, se o Brasil dispusesse de criminalização autônoma do *smurfing* como figura típica, ainda que subsidiária, o fato não seria impunível.

Resta saber: tal delito seria compatível com o ordenamento brasileiro e seria útil? É o que se passa a examinar no último tópico.

Smurfing como delito autônomo e sanções regulatórias

No *U. S. Criminal Code, Title 31, Subtitle IV, Chapter 53, Subchapter II*, que trata dos registros e das comunicações relacionadas a transações de instrumentos monetários, apresentam-se como pressupostos a existência de registros e o dever de comunicações relacionado a eles, para o fim de investigações vocacionadas contra o terrorismo internacional (§ 5311).

As condutas ilícitas são previstas no § 5324 – Structuring transactions to evade reporting requirement prohibited:

(a) Domestic Coin and Currency Transactions Involving Financial Institutions.—No person shall, for the purpose of evading the reporting requirements of section 5313(a) or 5325 or any regulation prescribed under any such section, the reporting or recordkeeping requirements imposed by any order issued under section 5326, or the recordkeeping requirements imposed by any regulation prescribed under section 21 of the Federal Deposit Insurance Act or section 123 of Public Law 91–508—

(1) cause or attempt to cause a domestic financial institution to fail to file a report required under section 5313(a) or 5325 or any regulation prescribed

under any such section, to file a report or to maintain a record required by an order issued under section 5326, or to maintain a record required pursuant to any regulation prescribed under section 21 of the Federal Deposit Insurance Act or section 123 of Public Law 91-508;

(2) cause or attempt to cause a domestic financial institution to file a report required under section 5313(a) or 5325 or any regulation prescribed under any such section, to file a report or to maintain a record required by any order issued under section 5326, or to maintain a record required pursuant to any regulation prescribed under section 21 of the Federal Deposit Insurance Act or section 123 of Public Law 91-508, that contains a material omission or misstatement of fact; or

(3) structure or assist in structuring, or attempt to structure or assist in structuring, any transaction with one or more domestic financial institutions.

(b) Domestic Coin and Currency Transactions Involving Nonfinancial Trades or Businesses.—No person shall, for the purpose of evading the report requirements of section 5331 or any regulation prescribed under such section—

(1) cause or attempt to cause a nonfinancial trade or business to fail to file a report required under section 5331 or any regulation prescribed under such section;

(2) cause or attempt to cause a nonfinancial trade or business to file a report required under section 5331 or any regulation prescribed under such section that contains a material omission or misstatement of fact; or

(3) structure or assist in structuring, or attempt to structure or assist in structuring, any transaction with 1 or more nonfinancial trades or businesses.

(c) International Monetary Instrument Transactions.—No person shall, for the purpose of evading the reporting requirements of section 5316—

(1) fail to file a report required by section 5316, or cause or attempt to cause a person to fail to file such a report;

(2) file or cause or attempt to cause a person to file a report required under section 5316 that contains a material omission or misstatement of fact; or

(3) structure or assist in structuring, or attempt to structure or assist in structuring, any importation or exportation of monetary instruments.

(d) Criminal Penalty.—

(1) In general.—

Whoever violates this section shall be fined in accordance with title 18, United States Code, imprisoned for not more than 5 years, or both.

(2) Enhanced penalty for aggravated cases.—

Whoever violates this section while violating another law of the United States or as part of a pattern of any illegal activity involving more than \$100,000

in a 12-month period shall be fined twice the amount provided in subsection (b)(3) or (c)(3) (as the case may be) of section 3571 of title 18, United States Code, imprisoned for not more than 10 years, or both. (USA, p. 712-713)

As sanções criminais estão previstas no § 5322, a quem violar ou tentar violar as vedações ou à instituição que não proceder à comunicação da operação estruturada¹⁷, ao passo que o § 5321 apresenta sanções civis às instituições financeiras que deixarem de reportar as operações.

Essas sanções são aplicáveis, independentemente da punibilidade criminal, e possuem previsão de mitigação em caso de culpa.

A literatura pesquisada aponta dificuldades na aplicação da norma, mas reputa oportuna a sua previsão.

Black aponta como aspecto vantajoso dessa norma inibitória do fracionamento alcançar situações não ligadas necessariamente à lavagem de dinheiro, utilizando, como exemplos, a inibição de possíveis evasões fiscais ou mesmo de promoção de blindagem patrimonial¹⁸:

2. Deter legitimate structuring. The second track has, to my knowledge, yet to be advocated. I propose that we make a concerted effort to deter what I refer to as "legitimate" structuring. This is when people structure with the purpose of evading federal reporting requirements, but with a motive other than to facilitate money laundering. As seen in several cases, people can structure for a variety of reasons, to hide money from a spouse, to evade taxes, to protect their assets from potential civil liability, and for a host of other purposes.²⁹⁰ Motive is immaterial to structuring prosecutions, and so this activity is still criminally culpable. This is not the conduct seen in Gallagher's 2000, and the

17 (a) A person willfully violating this subchapter or a regulation prescribed or order issued under this subchapter (except section 5315 or 5324 of this title or a regulation prescribed under section 5315 or 5324), or willfully violating a regulation prescribed under section 21 of the Federal Deposit Insurance Act or section 123 of Public Law 91-508, shall be fined not more than \$250,000, or imprisoned for not more than five years, or both. b) A person willfully violating this subchapter or a regulation prescribed or order issued under this subchapter (except section 5315 or 5324 of this title or a regulation prescribed under section 5315 or 5324), or willfully violating a regulation prescribed under section 21 of the Federal Deposit Insurance Act or section 123 of Public Law 91-508, while violating another law of the United States or as part of a pattern of any illegal activity involving more than \$100,000 in a 12-month period, shall be fined not more than \$500,000, imprisoned for not more than 10 years, or both. (c) For a violation of section 5318(a)(2) of this title or a regulation prescribed under section 5318(a)(2), a separate violation occurs for each day the violation continues and at each office, branch, or place of business at which a violation occurs or continues. (d) A financial institution or agency that violates any provision of subsection (i) or (j) of section 5318, or any special measures imposed under section 5318A, or any regulation prescribed under subsection (i) or (j) of section 5318 or section 5318A, shall be fined in an amount equal to not less than 2 times the amount of the transaction, but not more than \$1,000,000.

18 A autora vislumbrou esta última medida como impactante no âmbito cível, mas, no direito brasileiro, poderia ser cogitado, por exemplo, o crime de fraude contra credores.

like.²⁹¹ If the pattern of transactions is not designed to evade reporting requirements, but rather is for the sake of convenience or for another business purpose this is not structuring at all. Two strategies will need to be employed concurrently in order to deter legitimate structuring. The first requires the cooperation of banks. As seen in *Ismail*, a defendant may succeed by presenting the defense that he was unaware that the regulations he was seeking to evade were federally mandated.²⁹² An obvious fix would be a simple addition to the already numerous regulations of banks, requiring tellers and other employees who interact with customers to inform the customers that the federal regulations exist and that the customer is, on the whole, better off if a CTR is filed than he would be trying to avoid one. Such a regulation would be a minimal burden on banks to implement, yet would be of great utility to law enforcement by 1) dissuading many from structuring in the first place, and 2) establishing a potential defendant's knowledge of the requirements in a readily verifiable manner for possible future. (BLACK, 2013).

Welling aponta a pretensão da legislação introduzida em atacar as possíveis brechas da legislação destinada à repressão de lavagem de ativos, de modo a impedir uma conduta tendente à ocultação de proveitos do crime, sem que haja com clareza e determinação esse ilícito.

Em transposição para a realidade brasileira, pode-se pensar que a repressão seria voltada para a proteção do sistema financeiro, podendo ser vislumbrado como um delito de mera conduta ou de perigo abstrato. Em outras palavras, o próprio fracionamento pode ser coibido, ainda que desvinculado da lavagem de capitais:

The anti-smurfing statute resulted from two determined forces converging: the incredibly lucrative drug trade in the United States, and the relentless effort of Congress to halt money laundering and contain the underlying drug trade.

The reporting law scheme was the government's first attack on money laundering. A central part of this scheme is the bank reporting law. When the bankers, prosecutors, and Joes of the world began to notice it, this legislation had an unpredicted consequence—the birth of smurfs. The bank reporting law experienced considerable difficulty in the courts. Soon the case law blossomed into gaudy disarray, and smurfs only occasionally were threatened. Congress quickly adopted the anti-smurfing statute.

The efficacy of the anti-smurfing statute in stenting the tide of laundered dollars is hard to predict. Investigation will be difficult because smurfs easily can obscure structured transactions. Prosecution also will be difficult, pri-

marily because the government must prove the defendant's motive to evade the reporting law, although as a practical matter, this burden may shift to the defendant. (WELLING, 1989)

Do texto extrai-se, ainda, o aspecto probatório envolvido, tido como proveitoso e denominado pela autora como inversão do ônus da prova em desfavor do demandado. Na verdade, até mesmo pela presunção de não culpabilidade e por entender que essa leitura não é a melhor compreensão dos encargos probatórios, considera-se que a melhor leitura é a de que o ônus de provar a estruturação persiste sendo da acusação, sobrevivendo apenas o ônus ao demandado de apresentar a esculpante para a realização de fracionamentos, o que pode ser, por hipótese, realização de depósitos múltiplos, em razão de recém-criada e comprovada – e esse ônus sobre fato extraordinário, realmente, é da defesa – atividade comercial e ainda não informada à instituição financeira.

Para a realidade brasileira, claramente de *lege ferenda*, enquanto delito desvinculado da lavagem de capitais, entende-se que o tipo é, à partida, compatível com a ordem jurídica, mostrando-se oportuno, na hipótese de se estudar a sua criação, verificar as balizas regulatórias atualmente existentes que poderiam ser transpostas para um tipo autônomo e os limites de pena adequados para o delito.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentadas as linhas gerais da tipologia estudada e com o propósito de sintetizar as reflexões anteriormente lançadas, conclui-se que o reconhecimento do *smurfing* como tipologia de lavagem de capitais encontra ressonância no plano mundial, sendo que, particularmente, na realidade brasileira, o sistema infralegal, ou seja, as regulações do Coaf e do Banco Central contemplam diversas situações de *red flags* associadas a operações fracionadas, ensejadoras de deveres de comunicação.

Para além disso, ainda que não de forma extensa, a jurisprudência já associa com clareza, por vezes, de forma nominada, o *smurfing* à lavagem de capitais.

Finalmente, em exame da legislação norte-americana, compreende-se que o tipo ali previsto, em termos conceituais, é compatível com a ordem jurídica brasileira, o que não afasta, por óbvio, na hipótese de se estudar a sua criação, verificar as regulações existentes que poderiam ser transpostas.

Referências

BLACK, Parry Alicia Stender. Knowledge Inferences in Money Laundering and Structuring Prosecutions. **Criminal Law Bulletin**, 2013. Disponível em: <https://works.bepress.com/p_alicia_stenderblack/1/>.

BASIL. Banco Central do Brasil. Carta Circular nº 3.542, de 12 de março de 2012. Divulga relação de operações e situações que podem configurar indícios de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras(Coaf). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 14 mar. 2012. Seção 1, p. 14-16. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49233/C_Circ_3542_v1_O.pdf>.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. Tipologias de Lavagem. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE – FATF. **Guidance on Counter Proliferation Financing** – The Implementation of Financial Provisions of United Nations Security Council Resolutions to Counter the Proliferation of Weapons of Mass Destruction. Paris, 2018. Disponível em: <www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/guidance-counter-proliferation-financing.html>.

Financial Action Task Force of Latin America. Grupo de Ação Financeira da América Latina – Gafilat. **Report Of Regional Threats On Money Laundering**. Disponível em: <<https://www.gafilat.org/index.php/es/biblioteca-virtual/gafilat/documentos-de-interes-17/estudios-estrategicos-17/1261-gafilat-regional-threat-assessment-2017-update/file>>.

FISHER, Keith R. In Rem Alternatives to Extradition for Money Laundering. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, v. 25, 1, jun. 2003. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu/ilr/vol25/iss3/3>>. p. 409-456.

IRWIN, Angela S. M.; SLAY, Jill. Detecting Money Laundering and Terrorism Financing Activity. In: **SECOND LIFE AND WORLD OF WARCRAFT CONFERENCE**, 2010, Perth Western, Australia, Edith Cowan University, 23 ago. 2010. Disponível em: <<http://ro.ecu.edu.au/icr/5/>>.

LILLEY, Peter. **Dirty dealing: the untold truth about global money laundering, international crime and terrorism**. 3. ed., London: Kogan Page, 2006.

NASELLI, Federica; **Il reato di riciclaggio e disciplina antiriciclaggio: analisi delle attività delle organizzazioni criminali e della reimmisione nel mercato dei proventi di attività illecite**. 2015/2016. 64 f. Tesi di Laurea in Diritto bancario (Bachelor's Degree Programs > Bachelor's Degree Program in Economics and Management) – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli – LUISS Guido Carli, Rome, Italy, 2017.

SCHNEIDER, F.; WINDISCHBAUER, U. Money Laundering: Some Facts. **Economics of Security Working Paper**, n. 25, Berlin: Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), fev. 2010. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/119350/1/diw_econsec0025.pdf>.

TAKÁTS, Előd. A Theory of “Crying Wolf”: The Economics of Money Laundering Enforcement, **Journal of Law, Economics & Organization**, v. 27, n. 1, apr. 2011, p. 32-78.

UNITED STATES OF AMERICA – USA. Office of Law Revision Counsel. United States Code. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/browse/prelim@title&edition=prelim>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

WELLING, Sarah N. Smurfs, Money Laundering and the Federal Criminal Law: The Crime of Structuring Transactions. **Florida Law Review**, v. 41, n. 2, 1989, p. 287-343. Disponível em: <https://uknowledge.uky.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1327&context=law_facpub>.

9 CÓDIGOS DE ÉTICA E CONDUTA: CONCEPÇÃO, DISSEMINAÇÃO E ALINHAMENTO ORGANIZACIONAL EM EMPRESAS ATUANTES NO BRASIL

Renato Rodrigues da Silva¹

Resumo: A corrupção tem ganhado espaço nas discussões em todos os âmbitos da vida; especialmente, nos últimos tempos, passou a ter grande destaque no contexto político. Não podemos deixar de considerar a questão no contexto organizacional, que é séria e gera impactos importantes na sociedade. A corrupção no Brasil não é recente, e diversas leis foram feitas para combater o problema. A mais recente e importante, foi a Lei nº 12.846/2013, e respectivo decreto regulamentador, que trouxe a responsabilização objetiva para as empresas que praticarem atos lesivos contra a Administração Pública. O Código de Ética e Conduta é uma das estratégias utilizadas como instrumento para nortear o comportamento ético nas organizações. Este artigo originou-se da pesquisa descritiva que contou com a aplicação de questionários e obteve 183 respostas de organizações de diversos tipos. Os resultados evidenciam a adoção de boas práticas de integridade, em especial, o Código de Ética e Conduta nas organizações que participaram da pesquisa. Algumas empresas adotam outras boas práticas que contribuem para o fortalecimento do Programa de Compliance ou Integridade. Observou-se também que as empresas apresentam níveis de maturidade diferentes em relação ao desenvolvimento das práticas, e isso é esperado, visto que o assunto é novo no cenário brasileiro.

Palavras-chave: Ética organizacional. Código de ética. Corrupção. Integridade.

Abstract: *Corruption has gained space in discussions in all sectors of life, especially nowadays, when it has come to have great prominence in the political context. We can't fail to consider the issue in the organizational context, which is serious and generates important impacts in society. Corruption in Brazil is not a recent issue and several laws have been trying to face the problem; the most recent and important one is Law No. 12,846, approved in 2013 and the decree that regulated it because they have brought objective accountability to companies that commit harmful acts against the Public Administration. The Code of Ethics and Conduct is one of the strategies used as an instrument to guide ethical behavior in organizations. This article originated from a descriptive research that applied of questionnaires and obtained 183 responses from various types of organizations. The results show the adoption of good practices of integrity, especially the Code of Ethics and Conduct, in the organizations that participated in the research. Some companies adopt other good practices that contribute to the strengthening of the Compliance or Integrity Program. It was also observed that companies have different levels of maturity*

¹ Renato Rodrigues da Silva é mestrando em Gestão de Serviços de Saúde pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), certificado como Especialista em Compliance pelo Instituto ARC de São Paulo e Profissional em Compliance Anticorrupção (CPC-A) pela Lec Certification Board – Fundação Getulio Vargas. Analista de Governança, Riscos e Compliance na Unimed Belo Horizonte. Contato: renatocolega@gmail.com. (31) 98723-5185.

concerning the development of these practices, what is already expected once the subject is new in the Brazilian scenario.

Keywords: *Organizational ethics. Code of Ethics and Conduct. Corruption. Integrity.*

1 INTRODUÇÃO

A palavra crise tem se tornado comum nos dias atuais. No Brasil, o assunto é recorrente, seja no âmbito econômico, seja no social e, especialmente, no político. Nos últimos anos, é notória a percepção de que a crise institucional que estamos vivenciando tem muita relação com a corrupção. O assunto tornou-se grave de tal forma que é impossível mudar a realidade sem uma profunda mudança, que passa pelos valores éticos e morais presentes em todos os âmbitos da sociedade. Há aqueles que afirmam que a crise que enfrentamos advém de uma crise ética entre os políticos, que gera consequências importantes para a população, implicando desde a falta de prestação de serviços públicos básicos, como saúde, educação, segurança e infraestrutura, até o exemplo e o estímulo à corrupção e aos desvios de conduta. Não podemos ignorar, entretanto, a contribuição individual para a sociedade nas ações cotidianas.

Ainda sobre a crise ética no cenário político do Brasil, o estudo de Matias-Pereira (2006) explica que a fragilidade das instituições no país pode causar ao Estado brasileiro crise na governabilidade e que apenas a mobilização popular pode exigir a proposição de reformas consistentes.

Diante dessa realidade, a sociedade começa a questionar o que levou ao quadro de corrupções que envolvem empresas, políticos e órgãos públicos. Pela proporção dos fatos que estão se tornando públicos, percebe-se a existência de um grande e complexo arranjo que suporta a corrupção no país.

A compreensão desse contexto demonstra a importância das organizações privadas e públicas no combate à corrupção, que, por meio dos códigos de ética e conduta, norteiam a ação dos indivíduos em suas práticas cotidianas. Nesse sentido, pretendemos esclarecer, ao longo deste trabalho, como os códigos de ética e conduta são construídos nas organizações, como são disseminados para o público interno e externo e se há linha de contato para se reportarem às violações.

Este artigo tem por objetivos gerais identificar as melhores práticas relativas à adoção de código de ética e conduta pelas organizações, bem como subsidiar o planeja-

mento, a implantação e o monitoramento desses códigos nas instituições, com a finalidade de contribuir para o fortalecimento de culturas éticas e íntegras com reflexo na vida das pessoas e, por consequência, para o estímulo à superação da cultura de corrupção que vigora no país.

São, ainda, objetivos específicos deste trabalho: identificar na literatura os principais conceitos a serem desenvolvidos no artigo; identificar as práticas adotadas pelas empresas na implementação de um código de ética e conduta; identificar as estratégias de disseminação do conteúdo para o público interno e externo e quantificar, na amostra, as empresas que possuem canal específico para relato de desvios em relação ao código de ética e conduta.

Apresentamos também, na sequência, uma revisão dos principais conceitos relacionados à ética, à corrupção, aos marcos regulatórios e ao *compliance*; e, por último, os resultados da pesquisa, acompanhados de discussão sobre os principais achados.

2 ÉTICA

Este conceito começou a ser discutido por Aristóteles, pai da reflexão sobre a ética, por volta do ano de 349 a. C.; assim, o estudo da ética surge no campo da Filosofia e tem hoje várias aplicações em diversas áreas da vida, como nos contextos empresarial e profissional. Aristóteles, em seu livro *Ética a Nicômaco*, considera que os seres humanos buscam se realizar de forma plena, sendo esse seu objetivo de vida, sua felicidade e a sua lei. Encontrando seu objetivo, eles alcançam a felicidade e a virtude. Para que a virtude seja alcançada, é preciso a razão. O que Aristóteles traz nessa reflexão é que deve existir harmonia entre paixão e razão, virtude e felicidade, porém isso só pode ser encontrado na cidade (pólis), onde o ser humano realiza seus acordos em coletividade. É nesse ponto – em que o homem, para alcançar a felicidade, precisa fazer acordos para se realizar – que ganha relevância o estudo da ética, já que a busca pelo prazer e a realização pressupõe negociar questões pessoais no contexto da coletividade. A felicidade, chamada por ele de “eudaimonia”, é a causa da existência humana (ROCHA; 2009).

Outros renomados autores se debruçaram sobre o estudo da ética, dentre eles podemos destacar Kant (1724-1804). Para ele, felicidade – algo almejado por Aristóteles – não tinha tanta importância. Em sua teoria, Kant dizia que a “moralidade vigente não deve impor ao indivíduo o que ele deve fazer, e sim o indivíduo deve impor a si mesmo uma moral”. Essa abordagem trouxe, inicialmente, oposição ao que Aristóteles defendia, já que felicidade e virtude não estavam acima da moral (PEREIRA, 2011). Dando sequência

a esses dois grandes estudiosos, vários outros autores se propuseram a analisar o conceito de ética. Porém, para cumprimento do objetivo deste trabalho, não é razoável se debruçar sobre esse conceito. Importa entender qual é a relação da ética com o contexto organizacional; afinal, é sobre esse aspecto que o trabalho irá se desenvolver.

No livro de Xiko Acis, voltado para a realidade organizacional, encontramos a seguinte definição para ética: originado da palavra grega “ethos”, que significa “propriedade do caráter”, ainda se associa a esse conceito o costume que hoje pode ser livremente traduzido por moral (ACIS, 2017). Esse conceito é amplo e está relacionado à atitude das pessoas no contexto de suas ações.

Candeloro, Rizzo e Pinho (2015), em seu livro que trata especificamente do tema *compliance*, reforçam que Sócrates foi o primeiro a levantar questões relacionadas à ética. O filósofo fazia isso quando questionava o motivo do ato, do costume e do valor, além de discutir questões relacionadas à coragem, à justiça, à piedade, à amizade, à virtude e ao bem. Segundo os autores:

a ética diz respeito a olhar para determinadas normas, valores e comportamentos e julgá-los, analisando, em princípio, se essas normas e valores são contraditórios entre si e avaliando aqueles que fazem mais sentido de serem aplicados em determinadas situações. (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2015, p. 57)

As definições apresentadas trazem à tona a reflexão do que é correto fazer em nossa relação com o outro. E, nessa perspectiva, é importante considerar que, em um contexto organizacional, a ética torna-se alvo de reflexões e inflexões o tempo todo, já que as decisões tomadas a cada momento tratam de aspectos relacionados a dilemas éticos. É sob essa perspectiva que são feitos questionamentos como: posso criar determinado produto que pode gerar risco à vida dos outros? Posso negociar com outra empresa para que seja uma de nós a fechar o contrato com determinado órgão público? Podemos alterar as demonstrações financeiras para conseguir determinado financiamento? Enfim, essas são algumas perguntas inevitáveis nas organizações.

3 CORRUPÇÃO E AS OPERAÇÕES QUE A COMBATEM NO BRASIL

Quando se fala em combate à corrupção no Brasil, conseguimos, quase que de forma imediata, concluir que o problema ganha contornos superlativos quanto à represen-

tação política. Esse fenômeno vivenciado nos últimos tempos tem sido evidenciado por várias operações de combate à corrupção. Não é objetivo deste trabalho detalhar todas as operações que já aconteceram, quem são os envolvidos e, principalmente, os resultados. É preciso tornar claro para o leitor que esse problema, no Brasil, apesar da grande exposição na mídia recentemente, remonta a um período em que o país ainda era colônia de Portugal.

Não é exclusividade do Brasil lidar com a corrupção como questão social, política e econômica. Para Filgueiras (2009), a corrupção no Brasil é herança histórica deixada pelo mundo ibérico que somada ao patrimonialismo causa repercussões importantes na sociedade brasileira.

Antes de continuarmos, é preciso entender o conceito de corrupção, do qual falaremos neste tópico. Brei (1996) discute a falta de consenso na conceituação desse termo. Segundo ele, diversos autores que já o estudaram não conseguiram definir de forma clara o conceito de ação corrupta, mas há pistas de que a corrupção é ampla:

O termo corrupção inclui uma enorme diversidade de atos: trapaça, velhacaria, logro, ganho ilícito, desfalque, concussão, falsificação, espólio, fraude, suborno, peculato, extorsão, nepotismo e outros. Isso cria razoável dificuldade para se chegar a uma definição consensual. O fenômeno pode ser observado numa gradação quase infinita. Vai de pequenos desvios de comportamento à total impunidade do crime organizado, por parte das várias áreas e níveis governamentais. Pode ocorrer suborno para a compra de um benefício legalmente previsto – e o que se compra é maior rapidez ou precedência sobre outros interessados –, como pode haver compra de um benefício ilegal. A natureza da ação, suas consequências e a punição prevista serão totalmente diferentes. (BREI, 1996, p. 65)

A partir das observações feitas por Brei (1996), é possível notar a complexidade de definição desse termo.

Segundo o dicionário Priberam² (2018), corrupção é “o ato ou efeito de corromper ou se corromper; comportamento desonesto, fraudulento ou ilegal que implica a troca de dinheiro, valores ou serviços em proveito próprio; degradação moral”. O conceito apre-

2 Dicionário on-line Priberam. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

sentado permite contextualizar a prática da corrupção como aplicável em diversas esferas da vida humana, a saber: social, política, econômica e, até mesmo, pessoal.

Não é de agora que o tema corrupção vindo sendo analisado no Brasil. Nossa história de colonização foi marcada por desvios relacionados à Coroa Portuguesa, como na atuação dos funcionários que estavam aqui para garantir os ideais do Rei. Em muitos casos, o que observamos é a busca do favorecimento pessoal em vez do interesse público. O patrimonialismo contribuiu muito neste cenário (BARBA, 2012).

A partir das definições apresentadas, é possível perceber que a corrupção se insere no dia a dia das pessoas, mesmo daquelas que não ocupam cargos relacionados à política.

Diversos órgãos públicos estão envolvidos na função de investigar as punições decorrentes de atos de corrupção, avaliá-las e deliberar sobre elas. Entre eles, podemos mencionar o Ministério Público Federal (MPF) e a Polícia Federal (PF), que têm investido recursos técnicos para combater a corrupção no país. O quadro abaixo resume algumas das principais operações realizadas pelo MPF nos últimos anos no país.

Quadro 1 – Principais operações de combate à corrupção lideradas pelo Ministério Público Federal de 1991 a 2014

Nome da operação e ano de ocorrência	Detalhe
Jorgina de Freitas (1991)	Jorgina de Freitas era advogada e procuradora previdenciária. Ela foi condenada em 1992 por organizar esquema criminoso que fraudou, entre o final da década de 1980 e início da de 1990, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Ao todo, estima-se que foram desviados valores da ordem de R\$ 500 milhões. O caso ficou conhecido como "Máfia da Previdência". A fraude consistia em desviar mais de 50% de toda a arrecadação do INSS à época e repassá-la ao segurado Assis dos Santos. A indenização foi paga em fevereiro de 1991, sendo que Assis havia falecido em maio de 1986 e o montante permaneceu sob a posse de Jorgina. Havia grandes distorções nos valores e foi comprovado o envolvimento de outras pessoas no esquema.
Scuderie Le Cocq (1996)	Na década de 1960, policiais no Rio de Janeiro começaram a se reunir para "fazer justiça a qualquer preço". O motivo foi a morte de um companheiro, o inspetor Milton Le Cocq (origem do nome do grupo), durante tiroteio com assaltantes. A entidade agia como personificação jurídica do crime organizado e como quartel de grupos paramilitares de extermínio de supostos delinquentes. A Scuderie Le Cocq assumia abertamente uma "origem policial" e intervinha na apuração dos crimes cometidos por seus membros, que se chamavam uns aos outros de "irmãozinhos", para assegurar-lhes a impunidade. Uma das marcas do grupo era a exposição, em praça pública, dos corpos de suas vítimas, chancelados com a imagem da caveira e dos ossos cruzados. A entidade foi criada oficialmente em 1984.

Nome da operação e ano de ocorrência	Detalhe
Luiz Estevão (2000)	O desvio de verbas públicas durante a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo foi objeto de apuração, por meio de Inquérito Civil Público, pelo Ministério Público Federal em São Paulo. As investigações tiveram início no final de 1997 e a Ação Civil Pública foi ajuizada em agosto de 1998, quando já se havia apurado um alto valor das verbas públicas desviadas em favor de terceiros, notadamente o ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, Fábio Monteiro de Barros Filho e José Eduardo Ferraz, donos e sócios da empresa Incal Inc. e Ikal Construções. As liminares pleiteadas pelo MPF foram integralmente deferidas, tendo sido determinado o bloqueio dos bens dos réus, vigente até hoje, quebra do sigilo da conta bancária que recebia os recursos da União para a construção do Fórum Trabalhista e o afastamento do então juiz Nicolau dos Santos Neto do cargo de presidente da Comissão de Obras para a construção do Fórum Trabalhista. Em 1999, após o início dos trabalhos da CPI do Judiciário, veio à tona a participação do então senador Luiz Estevão no esquema criminoso, tendo sido descoberto um contrato de gaveta que revelou que 90% das cotas da empresa Incal, recebedora dos recursos públicos, fora transferida, após o término da licitação, ao então senador Luiz Estevão, fatos que deram ensejo ao ajuizamento de Ação Civil Pública, também pelo MPF em São Paulo, contra Luiz Estevão, sua mulher e seu grupo empresarial. Foi obtido o bloqueio dos bens de todos os envolvidos, vigente até hoje.
Operação Anaconda (2003)	No início da década de 2000, denúncia recebida em Alagoas deu início a uma investigação conjunta da Polícia Federal e do Ministério Público Federal. Foram autorizadas escutas telefônicas, feitas ao longo de um ano e meio. Elas revelaram o envolvimento de juizes e policiais em esquemas criminosos. Advogados e policiais orientavam os criminosos para que houvesse brechas em inquéritos. Assim, juizes poderiam beneficiar os envolvidos. Ao final, entre os presos estavam dois delegados da Polícia Federal, um agente também da PF, quatro empresários e a esposa de um juiz federal. O grupo atuava com ramificações no Pará, Mato Grosso, Rio Grande do Sul e em Alagoas.
Banestado (2003)	Entre maio de 2003 e setembro de 2007, uma força-tarefa encabeçada pelo Ministério Público Federal denunciou 684 pessoas, das quais 97 foram condenadas, em um esquema que envolvia a remessa fraudulenta de U\$ 28 bilhões por meio de contas CC-5 (contas de não residentes no Banestado, Banco do Brasil, Banco Araucária, Bemge e Banco Real). O Banestado (Banco do Estado do Paraná) ficou no centro do escândalo. O MPF conseguiu que fossem bloqueados R\$ 380 milhões em contas no Brasil e outros R\$ 34,7 milhões, no exterior. Para isso, foram investigadas mais de 1.170 contas fora do país – o que resultou em uma base de dados de 1,9 milhão de registros de movimentações financeiras no exterior.
Banco Santos (2004)	A falência do Banco Santos começou em 12 de novembro de 2004. Na ocasião, o Banco Central do Brasil (Bacen) decretou a intervenção na instituição financeira. Foi descoberto que a situação do banco vinha se deteriorando e que havia um déficit inicialmente calculado em R\$ 700 milhões. Depois descobriu-se que esse valor chegava a R\$ 2,2 bilhões. O dono do banco, Edemar Cid Ferreira, e vários diretores foram afastados. O Bacen nomeou como interventor Vânio César Aguiar, que teria como missão apurar possíveis fraudes e avaliar a situação financeira da instituição para que fosse decidido o futuro do Banco Santos.
Mensalão (2005)	Mensalão é como ficou conhecido o escândalo de corrupção que ocorreu entre 2005 e 2006. O esquema consistia na compra de votos de parlamentares no Congresso Nacional em troca de apoio.

Nome da operação e ano de ocorrência	Detalhe
Sudam (2005)	O caso da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) totalizou 24 ações civis em desfavor de 30 empresários, um agente político, 27 servidores públicos, 29 pessoas jurídicas. O MPF busca em juízo o ressarcimento do dano material ao erário, calculado em R\$ 323.216.526,98. Estão entre os crimes praticados estelionato, falsidade ideológica, uso de documento falso e peculato.
Sanguessuga (2006)	A Controladoria Geral da União (CGU) e o MPF revelaram a existência de uma organização criminosa que, desde o ano 2000, desviava verbas federais do Fundo Nacional de Saúde (FNS). A primeira vez em que foi detectada a atuação do esquema pelos órgãos de controle foi em 2002, no Acre, quando o Ministério Público Federal daquele estado verificou a existência de manipulação de licitações. Em maio de 2006, a Polícia Federal deflagrou a Operação Sanguessuga, em que deputados, prefeitos e empresários foram flagrados atuando em um esquema que consistia na venda de emendas individuais ou genéricas ao Orçamento Geral da União, fraude em licitação e superfaturamento na compra de ambulâncias ou equipamentos hospitalares.
Carlinhos Cachoeira (2012)	No fim de fevereiro de 2012, o MPF/GO e a Polícia Federal no Distrito Federal (PF/DF), com auxílio do Escritório de Inteligência da Receita Federal em Brasília, deflagraram a operação Monte Carlo contra a máfia dos caça-níqueis, liderada por Carlinhos Cachoeira, com atuação em Goiás e no Distrito Federal, principalmente.
Lava Jato (2014)	A operação Lava Jato foi deflagrada no dia 17 de março deste ano (2014) pela Polícia Federal. O objetivo foi desarticular um esquema de evasão de divisas, lavagem de dinheiro e outros crimes financeiros capitaneados por conhecidos doleiros. Em virtude das medidas de busca e apreensão iniciais, mais de 80 mil documentos estão sendo analisados. Acordos de colaboração celebrados pelo Ministério Público levaram à expansão e ao aprofundamento das investigações, conduzindo a um total de 7 novas fases ou operações, resultando na possibilidade de investigar e punir executivos da Petrobras, executivos de grandes empreiteiras e operadores que praticaram crimes como formação de cartel, de organização criminosa, de corrupção e de lavagem de dinheiro.
Zelotes (2014)	Operação deflagrada em 26 de março de 2015 como parte das investigações do Ministério Público Federal (MPF) para apurar suspeitas de manipulação de julgamentos de processos no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), ligado ao Ministério da Fazenda. Ao todo, 74 julgamentos realizados entre 2005 e 2013 estão sendo analisados. Juntos, eles somam R\$ 19,6 bilhões que deixaram de ser recolhidos aos cofres públicos. A principal suspeita é que parte dos débitos lançados e cobrados pela Receita Federal foi cancelada de forma indevida, com base nos julgamentos manipulados.

Fonte: Site Institucional do Ministério Público Federal. Conteúdo extraído na íntegra. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/atuacao-do-mpf>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

A partir da leitura das principais operações em que o MPF atuou nos últimos anos, é possível notar algumas semelhanças, em linhas gerais, entre os crimes praticados, tais

como: envolvimento de pessoas ligadas ao poder público, enriquecimento ilícito, uso indevido de recursos públicos, pessoas com representação política envolvidas, empresas públicas, conflito de interesse, entre outras. A análise desse cenário nos permite perceber a complexidade da ação corrupta, porque há outros crimes a ela relacionados.

3.1 Marcos Regulatórios Internacionais

Como já mencionado no texto, a corrupção não é algo recente e não se limita ao Brasil, ainda que neste país haja elementos da cultura que favoreçam esse tipo de prática.

Para Cunha (2017), os atos de corrupção são antigos na história da humanidade. A teoria triangular da fraude mostra que o ambiente cercado de pressão externa, a falta de controle e a racionalização propiciam a ocorrência de atos lesivos. Ainda, durante muitos anos, nos países desenvolvidos, a prática de corrupção nas empresas com sede nos Estados Unidos e filiais em países em desenvolvimento era aceita, inclusive com renúncia fiscal sobre os lucros obtidos. Pelo entendimento à época, o pagamento de comissões (propinas) era mais do que necessário para que fosse possível assinar contratos e obter ganhos de mercado.

Um escândalo marcante relacionado à corrupção marcou os anos 1970 nos Estados Unidos: o caso Watergate. O então presidente Richard Nixon foi acusado de irregularidades na campanha presidencial, tentativa de espionagem e conspiração contra o partido adversário. Após a investigação, foi provado que Nixon, do Partido Republicano, tinha conhecimento da espionagem e de tentativas de sabotagens que aconteceram no Partido Democrata durante a campanha presidencial. Ele renunciou ao cargo em 1974, tornando-se o primeiro presidente da história dos Estados Unidos a fazê-lo. A partir desse evento, a população americana passou a ver de outra maneira os atos de corrupção (CUNHA, 2017, p. 147). Segundo o mesmo autor, a partir do caso Watergate, o Senado americano iniciou diversas investigações e descobriu vários pagamentos a funcionários públicos estrangeiros nos países subdesenvolvidos.

Após grande mobilização social da população que estava indignada com o resultado das investigações, foi aprovada pelo Congresso, em 1977, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), também conhecido como Lei Anticorrupção americana. Em linhas gerais, o objetivo da lei era reduzir o risco de corrupção a agentes públicos estrangeiros das empresas que possuíam sede nos Estados Unidos e negociavam ações na bolsa americana. A Lei trata de dois aspectos importantes: prática de suborno a funcionários públicos e registros contábeis. A Lei, considerada inovadora, punia, além das pessoas físicas

corruptas, as pessoas jurídicas. Com o passar do tempo, os resultados da aplicação da lei têm sido observados: mais de 100 empresas em ações de execução e multas de 5,2 bilhões de dólares (CUNHA, 2017, p. 151).

Além da lei americana, tivemos outros movimentos dos órgãos internacionais para que outros países regulamentassem normativos para punir as empresas que praticassem atos relacionados à corrupção.

Algumas dessas convenções são de âmbito regional, v.g. Convenção Intra-americana contra Corrupção, adotada em 1996 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), Convenção do Conselho da Europa, consolidada em 1997 pelo Conselho Europeu e a Convenção da União Africana, assinada em 2003. Outros acordos internacionais receberam patamar global, v.g. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, adotada em 1997 no âmbito da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Convenção das Nações Unidas contra corrupção, desenvolvida pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2003. (CUNHA, 2017, p.143)

Ainda em âmbito internacional, temos outra norma importante: a Lei Anticorrupção britânica, também conhecida como *United Kingdom Bribery Act* (UKBA). Essa lei foi aprovada em 2010 e prevê consequências às empresas que praticarem atos lesivos nas esferas criminal e administrativa. É importante destacar que a legislação britânica é inovadora ao prever a responsabilização nos casos de corrupção que envolverem empresas privadas. São previstas na lei quatro tipos de corrupção, sendo elas: “corrupção ativa de sujeitos públicos ou privados, corrupção passiva de sujeitos públicos ou privados, corrupção de agentes públicos estrangeiros e falhas das empresas na prevenção da corrupção” (CUNHA, 2017, p. 153). Essa normativa é considerada a mais severa do mundo, pois prevê prisão por até 10 anos, multa ilimitada, destituição do cargo de diretor e proibição de atuar dessa forma por até 15 anos.

Ainda no âmbito internacional, é importante considerar que em 2002 houve, nos Estados Unidos, a publicação da Lei *Sarbanes-Oxley*, chamada também de SOX. Essa lei, apesar de não tratar da corrupção diretamente, cria obrigações para as empresas que atuam na Bolsa de Valores de Nova Iorque, com foco na prevenção de fraudes nas orga-

nizações. O normativo estabelece padrões dos controles financeiros e contábeis com o objetivo de dar maior segurança aos investidores. A lei foi aprovada após o escândalo envolvendo as empresas *Enron* e *Worldcom* (MARCIANO, 2015).

3.2 Marcos Regulatórios no Brasil

O marco regulatório que trata especificamente da corrupção no Brasil é mais recente do que as leis americana e britânica. Assim, como foi nos EUA, o movimento popular contribuiu para que o legislador aprovasse projeto de lei para coibir os atos de corrupção no país.

Antes de se aprofundar acerca da Lei Anticorrupção brasileira, é importante considerar que diversos regramentos jurídicos já tratavam sobre o tema desde 1940. A primeira lei que podemos destacar é o Código Penal, que trata de diversos crimes contra a administração pública, entre eles a corrupção passiva praticada por funcionários públicos. A Lei nº 8.666/1993 regulamentou as licitações, detalhando os procedimentos que devem ser adotados para a contratação de bens e serviços pelo poder público. Ainda, com a responsabilização dos funcionários públicos, a “Lei de Licitações” fixou as penas para os crimes previstos. Em 1998, foi sancionada a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998) que tipifica o crime de lavagem de capitais. Ainda tivemos a publicação de diversas outras legislações, tais como: a Lei nº 12.850/2013, que tratou das organizações criminosas; a Lei nº 8.112/1990, que estabeleceu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, autarquias e das fundações públicas; a Lei nº 8.429/1992, que tratou da improbidade administrativa aplicável também aos servidores públicos no exercício de suas funções; a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que tornou constitucional o acesso às informações, especialmente àquelas relacionadas a contratações públicas, gastos e remuneração de servidores, que tem por objetivo fortalecer o controle social e a fiscalização das relações governamentais; por último, e não menos importante, a Lei de Conflito de Interesse (Lei nº 12.813/2013), que define as situações em que os servidores públicos são expostos aos conflitos de interesse no exercício de suas atividades.

Em 2013, em meio às manifestações por ocasião da Copa das Confederações, foi sancionada pela então presidente da República, Dilma Rousseff, a Lei nº 12.846/2013, que “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.” (BRASIL, 2018, p.1). Essa norma inovou, pois previu a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pela prática de atos de corrupção e trouxe, ainda, a definição do que são os atos lesivos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

§ 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer

nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.

§ 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.

§ 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais (BRASIL, 2018, p. 1).

A definição de ato lesivo, conforme se verifica, é ampla. A regulamentação também estabeleceu a responsabilidade objetiva. Assim, a existência comprovada de busca por benefício para a empresa pode ser configurada como ato lesivo contra à Administração Pública e independe da ciência do administrador. A legislação trouxe, ainda, o processo administrativo de responsabilização, o acordo de leniência e a responsabilização judicial. Em 2015, essa lei foi regulamentada em âmbito federal pelo Decreto nº 8.420/2015, que, em linhas gerais, detalha aspectos de sua aplicação.

3.3 Programa de *Compliance*

Apesar de existirem diversos textos que falam sobre o Programa de Integridade na literatura, tomaremos como base o que foi disposto no Decreto nº 8.420/2015. Antes de mais nada, é importante definir um conceito que até então não foi tratado neste texto: o que é *compliance*? Andrade e Rossetti (2006, p. 141) afirmam que *compliance* é a “conformidade no cumprimento de normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimentos internos e nas instituições legais do país”. Seguindo a mesma linha de raciocínio, para a Fundação Nacional da Qualidade (FNQ) “*compliance corporativo*” significa: “conjunto de procedimentos adotados por uma organização com o objetivo de fazer valer as leis aplicáveis, as políticas corporativas e os valores e padrões éticos” (FNQ, 2011, p. 75). Os dois conceitos são similares e trazem na essência o atendimento à normas. Os programas de *Compliance* ou Integridade são, então, a organização de diversos processos para garantir a conformidade com padrões normativos ou éticos que devem ser seguidos pelas instituições. O Decreto nº 8.420/2015 traz os itens que um Programa de Integridade deve conter:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e

procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

- I – comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- II – padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- III – padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV – treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- V – análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- VI – registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- VII – controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- VIII – procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- IX – independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- X – canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé;

- XI – medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- XII – procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- XIII – diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- XIV – verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
- XV – monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e
- XVI – transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§ 1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

- I – a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;
- II – a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;
- III – a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;
- IV – o setor do mercado em que atua;
- V – os países em que atua, direta ou indiretamente;
- VI – o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;
- VII – a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e
- VIII – o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o *caput*.

§ 3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte, serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do *caput*.

§ 4º Caberá ao Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo.

§ 5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o § 3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do Ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União. (BRASIL, 2016, p.1)

O Decreto traz os pontos que serão avaliados em um possível processo de responsabilização de determinada empresa que, por ventura, venha a se envolver com atos lesivos contra a Administração Pública.

Na mesma linha, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) publicou, em 2016, o “Guia – Programas de Compliance – Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de Compliance concorrencial”. Em linhas, gerais o Guia traz os benefícios da adoção de Programas de Compliance, tais como: prevenção de riscos, identificação antecipada de problemas, reconhecimento de ilicitudes em outras organizações, benefício reputacional, conscientização de funcionários e redução de custos e contingências.

3.4 Código de Ética e seus desdobramentos

Como prevê o inciso III, do art. 42, da Lei nº 12.846/2013, o código de ética compõe elemento de análise em processo de responsabilização fundado na Lei Anticorrupção. Sua existência e aplicação, no bojo de programa de *compliance* efetivo, é condição atenuante para fins de aplicação de multa.

Para além da adoção de código de ética para reduzir multa em processo administrativo, será que o estabelecimento desse documento tem outro objetivo, menos reativo e mais preventivo, de caráter essencialmente estratégico? São perceptíveis os ganhos efetivos quando as organizações investem na formação da consciência ética de seus colaboradores e deixam claras as ações esperadas relativas à conduta e ao relacionamento. Conforme descrito pela Fundação Nacional da Qualidade (2011, p. 91), os resultados esperados pela adoção de código de ética são: “maior consciência das questões éticas envolvidas, coerência na aplicação das soluções e prevenção de desastres éticos”. De maneira prática, Humberg (2014) afirma que os resultados da organização dependem da percepção favorável de suas partes interessadas, incluindo funcionários e demais públicos. Esse relacionamento, que envolve as diversas partes, torna-se mais previsível quando há valores claramente compartilhados, sendo essa uma justificativa para a implementação de códigos e de programas de ética. Considerando os objetivos

de um código de ética já expostos e o contexto mencionado, fica a pergunta: por que ter código de ética nas organizações?

Observamos, no primeiro capítulo, que a ética consiste no ato de fazer o que é correto na relação com o outro. Sob essa perspectiva, é preciso entender e definir o que é correto.

Cada pessoa, em sua singularidade, possui um entendimento específico do que é ou não correto. A partir dessa premissa, eventual diversidade de posicionamentos numa organização, onde há questões éticas envolvidas, torna a definição de certo e errado um desafio ainda mais árduo.

Quando colocada essa diversidade de posicionamentos na tratativa dos processos de uma organização, começamos a nos deparar com questões que podem, em muitos casos, ir contra os objetivos daquela organização. Considerando, ainda, a exigência social para coibição de atos lesivos contra a Administração Pública, que culminou com a publicação da lei e seu decreto, versando exatamente sobre o assunto, é importante que as empresas se organizem para tornar claro o que é esperado de cada um no comportamento frente aos diversos assuntos. É nesse contexto que surgem os códigos de ética para nortear as pessoas sobre as ações esperadas frente a questões do processo de trabalho e ao relacionamento em que há aspecto ético envolvido.

A Fundação Nacional da Qualidade (2011, p. 93) recomenda alguns assuntos que precisam estar claros nesses códigos, como: “comprometimento com clientes e mercados, conformidade nos processos e nas informações, sigilo e propriedade das informações, respeito às pessoas, combate à discriminação e ao preconceito”. O texto ainda deixa claro que não existem regras para a elaboração do código, mas que este, independentemente da forma que é feito, precisa considerar questões que podem afetar os negócios e que, além disso, devem corresponder ao pensamento dos administradores, ressaltando também a importância de se fiscalizar seu cumprimento.

A elaboração do código de ética pode ser feita de várias formas, e os resultados da pesquisa ajudarão a identificar a forma mais comum de se construir esse documento, sugerindo-se boas práticas que podem ser implementadas pelas organizações.

Acis (2017) traz assunto importante ao destacar tendência de algumas empresas de trazer elementos, trechos e dizeres da Constituição do país para o documento. Com isso, o documento passa ter um viés jurídico muito forte. Ele questiona essa tendência, uma vez que, feito dessa forma, o documento pode ficar distante das pessoas e comprometer

seu objetivo. Para o autor, a construção do código passa por algumas etapas que são importantes: “conhecimento, entendimento, análise e síntese, desenvolvimento, conscientização e resultados” (ACIS, 2017, p. 48).

Para Humberg (2014, p. 56) existem oito passos para a construção do código, que vão desde a definição pelo presidente ou dirigente do patrocínio daquela iniciativa à definição de um comitê. Entre eles, incluem-se: escuta dos funcionários, formulação de documento prévio, aprovação pelas instâncias competentes, divulgação e incorporação nos diversos processos da organização, tais como no recrutamento e na seleção de pessoas, em que se deve considerar o código de ética no momento da contratação dos colaboradores e, por fim, a avaliação.

Os dois autores traçam de forma geral os passos para a implantação do código; sendo assim, é importante definir algumas perspectivas para nossa análise. Vamos considerar três unidades desse processo: o processo de concepção do código, o treinamento das partes envolvidas e a sua divulgação.

4 RESULTADOS

A pesquisa que serviu de base para a elaboração deste artigo pode ser classificada como descritiva de natureza transversal, ou seja, representa a situação analisada no momento da aplicação do questionário.

As perguntas foram elaboradas a partir da experiência do autor com a implantação do código de conduta em uma organização de saúde. O autor observou elementos de sucesso do projeto, e esses elementos foram transformados em perguntas. O instrumento de coleta foi questionário criado na ferramenta on-line Google Docs.

O link de participação foi enviado para vários grupos de redes sociais; grande parte deles era composto por profissionais que trabalhavam com governança, riscos e *compliance*.

A pesquisa foi realizada entre os meses de fevereiro e março de 2018. Os dados das respostas foram processados pelo *software* estatístico *Statistical Package for the Social Sciences* (SPSS).

4.1 Caracterização socioeconômica e institucional dos entrevistados

A pesquisa foi respondida por 184 pessoas de diferentes tipos de organização.

Em relação ao cargo ocupado pelas pessoas entrevistadas, temos a seguinte distribuição:

Tabela 1 – Distribuição por cargo dos respondentes da pesquisa

Cargo	Frequência	Porcentagem
Especialista, Coordenador e Analista	117	64%
Gerente, Gerente Sênior e Gerente Executivo	40	22%
Presidente, Diretor e Superintendente	23	13%
Conselho de Administração e Comitê de Auditoria	4	2%
Total	184	100 %

Fonte: Elaboração do autor.

A partir da análise da tabela acima, é possível perceber que a participação na pesquisa seguiu a distribuição média de cargos de uma organização, sendo que o nível operacional teve maior participação, seguido pelos níveis tático e estratégico.

Tabela 2 – Distribuição dos respondentes por tempo de atuação na organização

Há quanto tempo está atuando na organização?	Frequência	Porcentagem
Menos de 1 ano	31	17%
De 1 a 3 anos	45	24%
De 3 a 5 anos	33	18%
Acima de 5 anos	75	41%
Total	184	100%

Fonte: Elaboração do autor.

Conforme observamos na Tabela 3, os participantes estão, em grande parte, há mais de cinco anos atuando na mesma organização. Esse tempo é importante, pois o conhecimento do Código de Ética da empresa pode levar certo tempo, ou mesmo, ter sido implantado há pouco tempo.

Alguns autores destacam que é importante orientar os colaboradores, nos primeiros dias após sua admissão, sobre o que é esperado deles quanto ao comportamento ético na organização.

Ainda, tratando da descrição das variáveis socioeconômicas, temos na tabela a seguir sobre a formação dos respondentes:

Tabela 3 – Nível de escolaridade dos respondentes da pesquisa

Qual é a sua formação?	Frequência	Porcentagem
Pós-graduação <i>Lato Sensu</i> (Especialização, MBA) em andamento ou concluído	109	59,2%
Pós-graduação <i>Stricto Sensu</i> (Mestrado, Doutorado e Ph.D) em andamento ou concluído	31	16,8%
Superior completo	31	16,8%
Superior incompleto	13	7,1%
Total	184	100,0%

Fonte: Elaboração do autor.

Mais de 75% dos entrevistados afirmaram terem curso de pós-graduação.

Esse fenômeno pode estar relacionado ao público escolhido para responder ao questionário e não parece, pelo menos em uma análise inicial, ter relação e afinidade com tema.

Tabela 4 – Distribuição de participantes por seguimento de organização

Qual é o segmento da sua organização?	Frequência	Porcentagem
Indústria	34	18%
Serviços financeiros	24	13%
Governo e órgãos públicos	22	12%
Saúde	13	7%
Tecnologia, Mídias	8	4%
Consultoria	7	4%
Saúde	7	4%
Mercados consumidores	5	3%
Serviços	3	2%

Qual é o segmento da sua organização?	Frequência	Porcentagem
Educação	2	1%
Varejo	2	1%
Outras categorias	57	31%
Total	184	100%

Fonte: Elaboração do autor.

A tabela 4 mostra a distribuição de pessoas que participaram da pesquisa, conforme seguimento da organização. Cabe destacar os valores relativamente expressivos de entrevistados que atuam em indústria, serviços financeiros e órgãos públicos.

Na opção “outras categorias”, temos profissionais de segmentos inseridos nas categorias disponíveis, mas que, por algum motivo, não se identificaram ou que citaram de forma apartada sua categoria; por exemplo: construção civil, empresas de auditoria e consultoria, prestação de serviços, terceiro setor, entre outros segmentos.

4.2 Aderência a boas práticas de integridade no contexto organizacional

Neste tópico, foram tratadas questões centrais do trabalho: o nível de concordância com a adoção de boas práticas de integridade pelas organizações.

As respostas foram organizadas pela ordem em que foram dispostas no questionário aplicado.

Tabela 5 – Existência de Código de Conduta e Ética implantado

Sua empresa possui “Código de Ética e Conduta” implantado?	Frequência	Porcentagem
Sim	145	78,8%
Não	33	17,9%
Desconheço	6	3,3%
Total	184	100,0%

Fonte: Elaboração do autor.

A tabela 5 nos mostra percentual significativo, na ordem de quase 80%, de empresas que possuem Código de Ética implantado.

Esse expressivo resultado demonstra, na média, o quanto as instituições têm investido na definição de padrões de ética internamente. Ao mesmo tempo, mesmo não sendo objeto central de análise desse trabalho, é importante avaliar qual a maturidade desse processo.

As próximas perguntas servirão de direcionamento quanto à robustez da prática e a sua conexão com outras práticas.

Tabela 6 – Existência de diferentes versões do Código de Ética e Conduta

Sua empresa possui “Código de Ética e Conduta” em diferentes versões (fornecedores, resumido, relacionamento com agentes públicos, mundial, local)?	Frequência	Porcentagem
Não, há apenas uma versão do “Código de Ética e Conduta”, que se aplica a todos os públicos.	91	49,5%
Não se aplica. Minha empresa ou organização não possui Código de Ética e Conduta implantado.	33	17,9%
Sim, temos pelo menos duas versões do “Código de Ética e Conduta” divulgadas.	33	17,9%
Sim, existem três ou mais versões do “Código de Ética e Conduta” divulgadas.	27	14,7%
Total	184	100,0%

Fonte: Elaboração do autor.

A tabela acima mostra que a maior parte das empresas possui apenas uma versão do Código de Ética e Conduta disponível. Em linhas gerais, isso garante a uniformidade do instrumento para todos os públicos da organização, porém pode deixar a desejar em algum momento, por não detalhar questões importantes com determinado público.

Os dados apontam como mais assertivo supor que certas instituições mantêm determinado relacionamento com alguns públicos com os quais cabe a formalização de documento específico, mas que, no geral, a versão única atende ao pretendido.

Esse item é dependente da maturidade da empresa para lidar com as questões éticas nos negócios.

Tabela 7 – Resultados da percepção da aderência às boas práticas relacionadas ao Código de Ética e Conduta

Questão	Concordo totalmente	Concordo parcialmente	Discordo parcialmente	Discordo totalmente	Não se aplica. Minha empresa ou organização não possui Código de Ética e Conduta implantado.
A construção do “Código de Ética e Conduta” levou em consideração a cultura da empresa e suas especificidades.	47,27%	16,97%	15,15%	6,06%	14,55%
A construção do “Código de Ética e Conduta” foi feita com o envolvimento de funcionários dos diversos níveis da organização (operacional, tático e estratégico).	24,24%	22,42%	22,42%	15,15%	15,76%
A construção do “Código de Ética e Conduta” foi feita exclusivamente por uma consultoria contratada.	7,88%	8,48%	23,03%	45,45%	15,15%
Observei que um grande motivador para criação de um “Código de Ética e Conduta” na minha organização foi a promulgação da Lei nº 12.846/2013 (Lei que trata da Empresa Limpa e condena os atos contra à Administração Pública) e do Decreto nº 8.420/2015 (Regulamentou a Lei nº 12.846/2013 e detalha os requisitos para o Programa de Integridade).	11,52%	22,42%	20,00%	29,70%	16,36%
Minha organização possui Programa de Compliance ou Integridade vigente há pelo menos 2 anos.	33,33%	12,12%	15,15%	18,18%	21,21%
A construção do “Código de Ética e Conduta” foi apoiada pela alta liderança.	54,55%	6,06%	13,33%	6,06%	20,00%
A divulgação do “Código de Ética e Conduta” aconteceu de forma ampla em toda a organização.	47,88%	7,88%	15,76%	8,48%	20,00%

Questão	Concordo totalmente	Concordo parcialmente	Discordo parcialmente	Discordo totalmente	Não se aplica. Minha empresa ou organização não possui Código de Ética e Conduta implantado.
A organização disseminou o "Código de Ética e Conduta" para terceiros, fornecedores e demais públicos de relacionamento.	33,33%	15,76%	16,97%	15,76%	18,18%
A organização promove treinamentos periódicos, comunicação e alinhamentos para garantir que "Código de Ética e Conduta" seja conhecido por todos os colaboradores e demais envolvidos no negócio, tais como fornecedores e outros parceiros.	33,94%	15,15%	16,36%	15,15%	19,39%
Todo colaborador que ingressa na organização possui conhecimento do "Código de Ética e Conduta" ainda nos primeiros dias de forma organizada e evidenciada.	47,27%	7,27%	13,33%	11,52%	20,61%
Minha organização investe recursos humanos e financeiros na divulgação do "Código de Ética ou Conduta".	33,94%	16,97%	18,18%	12,73%	18,18%
Percebo que o "Código de Ética e Conduta" faz parte da rotina de toda a organização.	32,12%	23,03%	18,18%	9,09%	17,58%

Fonte: Elaboração do autor.

A tabela 7 nos mostra de forma bem explicativa os resultados mais importantes deste trabalho. Destacamos os resultados mais expressivos em cada questão. Foram consideradas válidas para essa avaliação apenas as respostas daquelas pessoas que escolheram uma única opção na escala disponível.

Ao todo, participaram da pesquisa 184 pessoas e foram eliminadas 19 respostas nesta fase da análise dos resultados, por preenchimento de duas ou mais alternativas disponíveis. O percentual de empresas que não possuem Código de Ética e Conduta implantado é de 15 a 20%, conforme se avaliou previamente por meio do questionário mostrado na tabela 5.

Revela-se como boa prática a realização do Código de Ética e Conduta a partir das especificidades da organização, ou seja, quando é feito o mapeamento de suas partes interessadas e, a partir daí, são considerados os valores, a missão e as condutas esperadas de cada um. Esse item teve boa avaliação pelos participantes, alcançando uma concordância de mais de 64%.

A literatura faz o uso da expressão “*tone of the top*”, que significa “o tom vem de cima”; ou seja: a liderança precisa estar plenamente envolvida com a adoção de boas práticas para que os resultados sejam trabalhados nos demais níveis da organização e para que gerem resultados efetivos. A questão “A construção do ‘Código de Ética e Conduta’ foi feita com o envolvimento de funcionários dos diversos níveis da organização (operacional, tático e estratégico) aborda exatamente esse ponto e, segundo a pesquisa, teve uma avaliação relativamente positiva, alcançando 46,6% de concordância.

A construção e concepção do Código de Ética e Conduta ainda é um dos pontos controversos na literatura e na prática das empresas. Há pessoas que consideram que a construção deste deve ser conduzida por empresas terceirizadas para que sejam tratados determinados pontos sensíveis, assim como há outra linha de pensamento que defende que o código precisa ser feito pelo público interno da empresa para gerar o sentimento de participação no processo de criação do instrumento, pois isso garante mais credibilidade ao processo de assimilação pelo público, especialmente o interno. A partir das respostas, foi possível notar que muitas empresas não optaram por fazer seus códigos com empresas terceirizadas, pois praticamente 70% dos entrevistados não concordam com essa forma de desenvolvimento.

Um dos motivadores para a adoção de boas práticas de integridade e conformidade nas organizações foi a Lei nº 12.846/2013 e suas normas derivadas. Porém, segundo dados da pesquisa, quase 50% das pessoas não identificaram as regulamentações como motivadores para a adoção de Código de Ética e Conduta. Esse resultado nos faz refletir sobre uma possível adoção das boas práticas que antecedem a Lei, ou seja, as empresas consideram a ética nos negócios como uma estratégia competitiva mais do que como uma forma de se resguardar frente a processos administrativos.

Outro ponto de destaque é a realização do treinamento com o conteúdo do Código de Ética e Conduta para os novos colaboradores. Cerca de 55% dos participantes concordaram que o treinamento deve acontecer nos primeiros dias da admissão de um novo colaborador e de forma que o conteúdo do código fique claro para todos. É importante ressaltar que o entendimento dos colaboradores quanto ao conteúdo do código durante o treina-

mento é fundamental em um eventual processo administrativo. Algumas organizações não dedicam tempo ao controle e evidenciação do processo de treinamento e desenvolvimento de seus colaboradores, embora essa tarefa seja crítica e muito importante.

A divulgação deve ser considerada quando tratamos de tornar comum o que é proposto no Código de Ética e Conduta. Sobre esse item, segundo os entrevistados, 55,76% das pessoas consideram que a divulgação foi feita de forma ampla para toda a organização. Em relação à comunicação e sensibilização, estas constituem etapas-chaves para o sucesso dessa boa prática. Ainda, sobre os lugares onde a divulgação pode acontecer, mais de 70% das pessoas apontam a intranet como o lugar onde esse tipo de divulgação deve acontecer com êxito; em segundo lugar, citam o site externo, para acesso de toda a sociedade.

Foram listados também outros lugares como: contratos, jornais internos e materiais gráficos. É possível notar diversas estratégias de divulgação, porém todas as organizações devem buscar a identificação dos melhores meios de comunicação que sejam aderentes à sua realidade.

Por fim, é importante registrar que quase metade das empresas participantes da pesquisa (45,42%) possuem Programa de Compliance ou Integridade há pelo menos dois anos. A existência de um Programa é capaz de conectar outras boas práticas de conformidade e integridade na organização de forma estruturada, garantindo melhores resultados no ambiente de negócios.

A literatura traz de forma bem clara a importância de se ter um canal para receber os relatos de desvio em relação às diretrizes do Código de Ética e Conduta.

Tabela 8 – Existência de canal para reportar violações ao Código de Ética e Conduta nas organizações pesquisadas

Sua organização possui uma linha exclusiva para reportar violações ao “Código de Ética e Conduta”?	Frequência	Porcentagem
Sim	106	64,2%
Não se aplica. Minha empresa ou organização não possui Código de Ética e Conduta implantado.	32	19,4%
Desconheço	17	10,3%
Não	10	6,1%
Total	165	100,0%

Fonte: Elaboração do autor.

De acordo com os dados da tabela 8, 64,2% das pessoas afirmam que as empresas possuem canal específico para reportar violações ao Código de Ética e Conduta. Existem diversos pontos que precisam ser considerados para a disponibilização desse tipo de canal, como: quem fará a recepção das manifestações, qual o fluxo de tratamento do que foi reportado dentro e fora da organização, como se dará a punição às pessoas que infringirem as diretrizes, além da necessidade de adoção de mecanismos que garantam a não retaliação às pessoas que relatarem os desvios..

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegar ao final de um trabalho requer olhar para a trajetória e refletir sobre o alcance daquilo que foi feito. Mais do que isso, é preciso identificar as melhorias a serem feitas e em que a matéria trabalhada pode contribuir com o cotidiano dos leitores, especialmente com aqueles que estão comprometidos com a ética nos negócios, pois, para estes, a responsabilidade é ainda maior.

O objetivo da pesquisa foi atingido. Dados os resultados encontrados, ficou evidente que as empresas pesquisadas tendem a seguir os procedimentos adequados para a implantação de práticas de integridade e conformidade .

Em relação aos pontos específicos, cabe destacar que as empresas seguem uma certa linha de implantação de Programas de *Compliance* ou de Integridade, o que é comum, agindo de acordo com seus principais riscos mapeados. Algumas instituições implantam soluções prontas existentes no mercado, normalmente via consultoria; estas nem sempre são adequadas às necessidades da empresa, principalmente quando desconhecem os riscos ou o ramo de atuação.

A implantação de um Código de Ética e Conduta está presente em muitas empresas, já que, de alguma forma, é preciso deixar claro para as pessoas o que é esperado delas, porém, em alguns casos, não há treinamento sobre o que o código prescreve, não se evidencia a ciência das partes envolvidas, não há canal formal para recepção das violações nem tratamento corporativo para os desvios. Essas práticas tendem a comprometer e, até mesmo, a invalidar o instrumento.

É preciso deixar bem claro o que se espera com a implantação do código de ética e conduta, que não pode ficar apenas no papel; é preciso que ele seja intencional e objetivo. O processo de sua implementação, em muitos casos, requer mudança de cultura e isso precisa ser enfrentado, do contrário, a resistência é mais forte e todo esforço

perde-se ao longo do tempo. Há que se pensar também na estruturação do código de ética e conduta como parte integrante do Programa de *Compliance* e Integridade; seu isolamento tende, em alguns casos, à baixa efetividade do instrumento. A conformidade interna com os processos contribui para minimizar a probabilidade de ocorrência de fraude e outros desvios; por isso, a integração se justifica.

O ponto crucial, e que merece destaque, é o empenho da Alta Direção para que a implantação do Código de Ética e Conduta aconteça. Sem isso, fica muito comprometida a realização de treinamentos, investigações e a adoção de medidas disciplinares. Muito mais do que apoiar a iniciativa, a alta direção precisa se comprometer com a conduta ética na condução dos negócios; isso é fundamental, já que a liderança pelo exemplo é referência para as pessoas no contexto organizacional.

Fica evidente que as práticas precisam ser implementadas não só para comprovação em caso de processo administrativo de responsabilização conforme a Lei nº 12.846/2013 mas também para garantir um ambiente melhor de negócios com reflexos inclusive na vida em sociedade.

Há muito em que avançarmos em relação à adoção de boas práticas nas empresas brasileiras, e é notório que a preocupação com a ética é recente e tem causado mobilização dos empresários, já que a responsabilidade objetiva muda o cenário de exposição das organizações.

O trabalho, apesar de inicial, deve continuar a investigar outros elementos e possíveis relações entre as variáveis para melhor entendimento dos fenômenos que estão ocorrendo nesse âmbito.

Se considerarmos o recente marco regulatório anticorrupção no Brasil e o prazo de adaptação das organizações, é importante a constante avaliação da maturidade e da efetividade das práticas. Com foco na melhoria contínua, deve-se considerar o desenvolvimento das práticas de comunicação, o treinamento e o canal para reportar violações como objetos de investigação para se garantir a efetividade do Programa de *Compliance*.

Temos ainda como objeto que deve ser explorado de maneira mais profunda a implantação de Programas de Compliance no setor público, já que é possível observar movimentos para que as boas práticas de governança sejam normatizadas nesse tipo de organização.

Referências

ACIS, Xiko. **Códigos de conduta e princípios éticos**. Rio de Janeiro: Autografia, 2017. 160p.

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa**: Fundamentos, Desenvolvimentos e Tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006. 584 p.

BARBA, Mariana Della. **Corrupção no Brasil tem origem no período colonial, diz historiadora**. 2012. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121026_corrupcao_origens_mdb.shtml>. Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm.

_____. **Guia de Programas de Compliance**. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoesinstitucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BREI, Z. A. Corrupção: dificuldades para definição e para um consenso. **Revista de Administração Pública**, v. 30, n. 1, p. 64-77, 1996. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/13326/corruptao--dificuldades-para-definicao-e-para-um-consenso>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º**: Riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan; 2012.

CUNHA, M. L. R. A evolução da legislação anticorrupção no Brasil e no mundo. In: LAMBOY, C. K. **Manual de Compliance**. São Paulo: Instituto ARC, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF. **Casos Emblemáticos**. 2018. Disponível em: <<http://combateacorrupcao.mpf.br/atuacao-do-mpf>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. Opinião Pública**. Campinas, v. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2018.

HUMBERG, Mario Ernesto. **Programas e Códigos de Ética e Conduta**. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2014, 111 p.

FUNDAÇÃO NACIONAL DA QUALIDADE – FNQ. **Ética Empresarial**. São Paulo: FNQ, 2011. 188 p.

MARCIANO, Liégine Maiara Santos. **A lei Sarbanes** – Oxley e seus efeitos em empresas brasileiras: Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Estadual de Campinas. 2015. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=000950122>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

MATIAS-PEREIRA, José. Os Efeitos da Crise Política e Ética Sobre as Instituições e a Economia no Brasil. **Revista Acadêmica de Economia**. Observatorio de la Economía Latinoamericana, n. 67, 2006. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/1000/1/ARTIGO_EfeitosCrisePoliticaEtica.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2018

PEREIRA, Reinaldo Sampaio. Alguns pontos de aproximação entre a ética aristotélica e a kantiana. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 34, n. 3, p. 31-40, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732011000500004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 mar. 2018.

ROCHA, Narcisca Ferreira Lima. **O agir ético segundo Aristóteles**. 2009. 98 p. Dissertação de Mestrado (Mestre)-Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza - Ceará, 2009. Disponível em: <http://www.uece.br/cmef/dmdocuments/dissertacao2009_agir_etico_segundo_aristoteles.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

