

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NA INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

LARISSA FREIRE SOUZA SILVA

Rio de Janeiro

2017.1

LARISSA FREIRE SOUZA SILVA

**QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NA INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Diogo Rudge Malan**.

Rio de Janeiro

2017.1

S586q Silva, Larissa Freire Souza
Quebra dos Sigilos Bancário e Fiscal na
Investigação Preliminar dos Crimes Contra a Ordem
Tributária / Larissa Freire Souza Silva. -- Rio de
Janeiro, 2017.
83 f.

Orientador: Diogo Rudge Malan.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Crimes Contra a Ordem Tributária. 2.
Investigação Penal. 3. Quebra de Sigilo Bancário e
Fiscal. 4. Meios de Obtenção de Provas. I. Malan,
Diogo Rudge, orient. II. Título.

LARISSA FREIRE SOUZA SILVA

**QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NA INVESTIGAÇÃO
PRELIMINAR DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Diogo Rudge Malan.**

Data da Aprovação: __/__/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017.1

Aos meus pais, Rui Cesar e Zenilda, pelo amor inenarrável.
Ao meu amado irmão Felipe, pela cumplicidade e
constante incentivo.

RESUMO

O presente estudo tem por escopo a análise das medidas excepcionais de afastamento dos sigilos bancário e fiscal no bojo da investigação preliminar dos crimes tributários. Partindo de considerações acerca da tutela da privacidade, são apreciados, dentre outros tópicos, o conceito, o conteúdo, o fundamento jurídico e as hipóteses legais de relativização da confidencialidade dos dados bancários e fiscais. Em seguida, são tecidas breves notas sobre os crimes contra a ordem tributária, bem como traçados os contornos atuais da sua persecução penal, destacando-se as principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes, como, por exemplo, a investigação realizada por órgãos não exclusivos, a instauração de inquérito policial antes da constituição definitiva do crédito tributário e o acesso direto a informações sigilosas dos contribuintes pela autoridade tributária e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. No que se refere especificamente ao afastamento dos sigilos, são explorados os pressupostos e requisitos para o requerimento e a decretação de tais providências, bem como apreciadas questões relativas à sua natureza jurídica, hipóteses de cabimento, procedimento e as medidas adequadas contra a quebra ilegal destes sigilos. Ademais, o afastamento do segredo bancário e fiscal é examinado enquanto meio de investigação de (fontes e/ou elementos de) prova, valendo-se da distinção realizada por parte da doutrina entre meios de prova e meios de obtenção de provas.

Palavras-Chave: Crimes Contra a Ordem Tributária; Investigação Penal; Meios de Obtenção de Provas; Quebra de Sigilo Bancário e Fiscal.

ABSTRACT

This study aims to analyze extraordinary measures of tax and banking secrecy breaching in the context of tax crimes preliminary stage of investigation. Based on concerns about privacy protection, among other topics, it will be assessed the legal concept, content, foundation and hypothetical situations for breach of confidentiality. Afterward, some brief comments are made about crimes against tax order, just as the current profiles of criminal prosecution, emphasizing the main legal writings and court decisions controversies, for example, non-exclusive entities investigations, the request to establish police inquest before final constitution of the tax credit, finally, the allowed access to confidential taxpayers informations by tributary authorities or committees in national parliaments. Specifically in case of tax and bank secrecy breaching declaration, legal requirements are under deep analysis, as well as issues about its legal nature, hypothetical approval situations, procedures and appropriate measures against illegal breach of confidentiality. Furthermore, tax and bank secrecy breaching is assessed such as a way of criminal investigations of (sources and/or supporting) evidences, using the distinction made by the doctrine between evidence procedures and evidence-finding procedures.

Keywords: Tax Crimes; Criminal Investigation; Evidence-Finding Procedures; Tax and Bank Secrecy Breach.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

art. - Artigo

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CNC – Confederação Nacional do Comércio

CNI – Confederação Nacional da Indústria

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPP – Código de Processo Penal

CTN – Código Tributário Nacional

HC – Habeas Corpus

LC – Lei Complementar

Min. – Ministro

MP – Ministério Público

MS – Mandado de Segurança

MST – Movimento dos Trabalhadores sem Terra

PSL – Partido Social Liberal

PTB – Partido Trabalhista Brasileiro

rel. – Relator

RIF – Relatório de Inteligência Financeira

RMF – Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DIREITO À PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL	12
1.1 Breves notas acerca da tutela da privacidade	12
1.2 Sigilo bancário.....	18
1.2.1 Breve Histórico	18
1.2.2 Conceito e fundamento jurídico.....	21
1.2.3 Hipóteses legais de relativização do sigilo bancário.....	25
1.3 Sigilo Fiscal.....	29
1.3.1 Conceito	29
1.3.2 Hipóteses legais de relativização do sigilo fiscal.....	30
2 OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR	32
2.1 Considerações sobre os crimes contra a ordem tributária	32
2.2 O sistema brasileiro de investigação preliminar aplicável aos crimes tributários.....	46
2.2.1 Fundamento para a existência da investigação preliminar	46
2.2.2 Investigação preliminar policial.....	47
2.2.2 Investigação preliminar a cargo do Ministério Público	48
2.2.3 Investigação preliminar e as Comissões Parlamentares de Inquérito	52
2.2.4 Investigação preliminar e a Secretaria da Receita Federal	55
2.2.5 Investigação preliminar e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF	56
2.2.6 A Súmula Vinculante 24 e suas implicações na persecução penal dos crimes tributários.....	60
2.2.7 O uso dos relatórios de inteligência financeira na investigação dos delitos fiscais..	63
3 QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NA APURAÇÃO DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS	65
3.1 Natureza jurídica das medidas.....	65
3.1.1 Os sigilos bancário e fiscal como meios de obtenção de provas	65
3.2 Hipóteses de cabimento.....	67
3.3 Pressupostos e requisitos para o requerimento e a decretação das medidas	68
3.4 Legitimidade para requerer	70
3.5 Competência para afastar os sigilos	70
3.5.1 Autoridade judiciária	70
3.5.2 Autoridade tributária.....	70
3.5.3 Comissões Parlamentares de Inquérito	72

3.5.4 A (im) possibilidade de afastamento dos sigilos diretamente pelo Ministério Público.....	73
3.6 Procedimento.....	75
3.7 Medida cabível contra a quebra ilegal dos sigilos bancário e fiscal	75
4 CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

As discussões em torno dos crimes contra a ordem tributária estão longe de serem pacíficas. Estes crimes, em virtude de possuírem diversas peculiaridades, e, por vezes, até porem em xeque a teoria clássica do delito concebida no ordenamento jurídico pátrio, exigem dos estudiosos do Direito especial cuidado no manejo dos institutos penais e processuais penais.

Uma das temáticas afetas aos crimes tributários, descritos na Lei nº 8.137/90, que suscita grande controvérsia na comunidade jurídica diz respeito à sua persecução penal e, principalmente, à adoção das medidas excepcionais de afastamento dos sigilos bancário e fiscal.

Atualmente, as leis complementares de números 104 e 105/01 preveem e disciplinam o segredo nas operações bancárias e fiscais. Ambas os diplomas são alvo de intensos debates e críticas justamente por envolverem a análise dos direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo de dados dos indivíduos, previstos, respectivamente, nos incisos X e XII, do art. 5º da CF.

Nesta perspectiva, compreender criticamente os mecanismos estatais utilizados na apuração dos crimes tributários se mostra de extrema relevância jurídica, principalmente no que se refere à eficiência das investigações criminais frente aos direitos fundamentais dos cidadãos-contribuintes.

O objetivo primordial do presente estudo, então, é examinar os instrumentos penais e processuais penais aplicáveis à quebra dos sigilos bancário e fiscal na investigação dos crimes contra a ordem tributária. Especificamente, visa a verificar o arcabouço legislativo referente ao tema, identificar as situações-problema atinentes aos sigilos bancário e fiscal no âmbito da investigação dos delitos fiscais, apreciar os crimes tributários em espécie, explorar a investigação preliminar realizada por órgãos distintos da Polícia Judiciária e apresentar os pressupostos e requisitos para o requerimento e a decretação do afastamento dos referidos sigilos.

Para tanto, o presente trabalho monográfico estrutura-se em três capítulos. No primeiro são feitas considerações acerca da tutela da privacidade e dos sigilos bancário e fiscal, tratando dentre outros tópicos, do conceito, conteúdo, fundamento jurídico e as hipóteses legais de relativização da confidencialidade destes dados. Em seguida, serão tecidas breves notas acerca das figuras típicas constantes dos artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90 e dos contornos atuais da persecução penal dos delitos fiscais. Na oportunidade, são mencionadas as principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais pertinentes, como, por exemplo, a investigação realizada por órgãos não exclusivos, a instauração de inquérito policial antes da constituição definitiva do crédito tributário e o acesso direto a informações sigilosas dos contribuintes pela autoridade tributária e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito.

O Capítulo 3, por sua vez, trata especificamente sobre o afastamento dos sigilos. Nele são explorados os pressupostos e requisitos para o requerimento e a decretação de tais providências, bem como apreciadas questões relativas à natureza jurídica, hipóteses de cabimento, procedimento e as medidas adequadas contra a quebra ilegal destes sigilos. Ademais, examina-se a quebra de sigilo enquanto meio de investigação de (fontes e/ou elementos de) prova, valendo-se da distinção entre meios de prova e meios de obtenção de provas.

1 DIREITO À PRIVACIDADE E A PROTEÇÃO DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL

1.1 Breves notas acerca da tutela da privacidade

O reconhecimento da privacidade enquanto categoria merecedora de tutela específica pelos sistemas jurídicos é relativamente recente¹. Apenas a partir da segunda metade do século XVIII, sob influência da tradição cristã – que enaltecia o indivíduo e destacava seu livre arbítrio – e das declarações de direitos firmadas à época², é que a preocupação com a dimensão existencial das pessoas passou a se apresentar de forma latente³.

Apesar disso, a formulação inicial do conceito de privacidade, datada de 1890, não logrou afastar-se completamente do viés patrimonialista. Como acusa Stefano Rodotà⁴, tanto a definição quanto os mecanismos jurídicos de tutela [da privacidade] “foram predominantemente modelados com base naquele característico direito burguês por excelência, a propriedade”.

Dessa forma, assim como o direito de propriedade conferiria ao seu titular a faculdade de repelir qualquer esbulho a seus bens, a privacidade permitiria afastar a interferência de terceiros na esfera pessoal dos indivíduos.

A crítica do autor italiano é de todo pertinente haja vista que o termo *privacidade* assumiu, originariamente, uma conotação negativa, sendo concebido como o “direito a ser deixado só” (*right to be let alone*)⁵.

¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

² É o caso, por exemplo, da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), as quais, influenciadas pelos ideais iluministas, apregoavam a liberdade e a igualdade – formal – entre os indivíduos com vistas a romper com a sociedade de castas apostada pelo sistema feudal.

³ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 53.

⁴ RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância: A privacidade hoje**. MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org., sel. e apres.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 27.

⁵ SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 134-135.

Conforme já mencionado, os primeiros contornos do direito de privacidade foram traçados no ano de 1890, quando da publicação do artigo *The Right to Privacy* na Harvard Law Review, pelos advogados Samuel Warren e Louis Brandeis. Naquela oportunidade, os advogados afirmaram a autonomia deste direito em relação ao direito de propriedade e chegaram a sustentar que a invasão à privacidade ocasionaria danos mais graves que os já conhecidos danos à reputação, pois prejudicaria, dentre outros, o senso de singularidade e dignidade dos indivíduos⁶.

Essa construção, além de apresentar clara oposição ao antigo modelo feudal, teve, no entender de Doneda (2013, p. 54), intuito de “estabelecer as bases para uma nova economia que se desenvolvia sob o comando de uma classe burguesa que passava a dirigir a sociedade”. Por isso mesmo, a tutela da privacidade nessa época não se pretendia universal, ao contrário, visava a aquisição de um privilégio para determinada parcela da sociedade – a burguesia⁷.

Por outro lado, no decorrer do século XX, especialmente a partir da década de 60, com as intensas inovações tecnológicas, o intercâmbio maciço de informações e a crescente complexidade das relações humanas, a tutela da privacidade começou a assumir novas conformações. Como forma de atender às demandas decorrentes desses fenômenos socioeconômicos e político-culturais, a privacidade passou a ser encarada não apenas sob a ótica da proteção da vida íntima do sujeito, mas também da segurança de seus dados pessoais⁸.

Na esteira desse novo pensamento, passou-se a conceber não apenas deveres negativos, ou de abstenção por parte do Estado, mas também condutas positivas visando a concretização do direito de privacidade em suas mais variadas expressões.

Dentro dessa perspectiva, pode-se listar alguns dos principais diplomas internacionais que se dedicaram à tutela da privacidade. São eles: a Declaração Universal dos Direitos

⁶ HAEBERLIN, Martin; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. **A Proteção da Privacidade**: Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 39.

⁷ RODOTÀ, Stefano. op. cit. p. 27.

⁸ SCHREIBER, Anderson. op. cit. p. 135.

Humanos de 1948 (art. 12)⁹, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 (art. 5º)¹⁰, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 17, 1)¹¹ e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH, de 1969 (art. 11, 1 e 2)¹².

Não obstante a ratificação da CADH, o Brasil coleciona condenações por violação a direitos humanos. Dentre elas, uma interessa em especial a este estudo: o caso *Escher e Outros vs. Brasil*, cujo julgamento remonta ao ano de 2009. Naquele caso, o Brasil foi condenado por interceptar ilegalmente o fluxo das comunicações de pessoas ligadas ao Movimento dos Trabalhadores sem Terra (MST).

Tal medida restritiva foi considerada ilegal pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH em virtude da conjugação dos seguintes fatores: incompetência da autoridade solicitante da interceptação, ausência de decisão fundamentada, ampliação do objeto da interceptação, excesso na duração da interceptação e divulgação indevida das gravações¹³.

No exame do referido caso concreto, a CIDH entendeu que o Brasil não observou o pressuposto da legalidade, posto que desconsiderou os preceitos insculpidos na lei que rege a matéria (Lei nº 9.296/96). Da mesma forma, a Corte concluiu ter havido violação aos artigos 8.1, 11, 16, 25.1 e 28, da CADH, vez que não demonstradas a finalidade e a necessidade da referida providência.

⁹ Art. 12. Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

¹⁰ Art. 5º. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar.

¹¹ Art. 17, 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

¹² Art. 11, 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade; 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

¹³ CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013.

Ainda sobre os diplomas internacionais, importante mencionar que o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos – CEDH assegura o *direito ao respeito pela vida privada e familiar*, nos seguintes termos:

Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Lorena Bachmaier Winter¹⁴, numa análise específica da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH, apresenta os principais requisitos considerados pelo Tribunal quando da valoração dos casos concretos envolvendo medidas restritivas de direitos fundamentais. O primeiro deles corresponde à previsão legal. A menção, na lei, das hipóteses de restrição de direitos, explica a autora, se afigura como pressuposto formal do princípio da proporcionalidade e consequência necessária da concepção de legalidade nos Estados Democráticos de Direito.

Winter destaca que a lei, aqui, não deve ser tomada apenas em sentido formal, mas também entendida de modo a abarcar a doutrina e a jurisprudência (*written but also unwritten law*). Todavia, não basta apenas a existência da lei, ela precisa ser acessível ao cidadão e suficientemente clara e detalhada, indicando em quais circunstâncias e sob quais condições o Estado pode restringir um direito fundamental do indivíduo.

A previsão normativa é ainda mais importante em se tratando de medidas que são adotadas sem o conhecimento do investigado, já que aqui os riscos de arbitrariedade são maiores¹⁵ (quebras de sigilo, escutas telefônicas, etc.).

¹⁴ WINTER, Lorena Bachmaier. Investigación Penal y Protección de La Privacidad: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Doutrinas Essenciais de Direito Internacional**. v. 3, p. 375-398, fev., 2012.

¹⁵ *Ibidem*.

O pressuposto da legalidade, de igual forma, não é atendido quando a lei regulamentadora da restrição ao direito fundamental traz preceitos extremamente gerais e abstratos.

Outro requisito ponderado pelo Tribunal Europeu é a necessidade ou não de adoção da medida restritiva (*necesidad social imperiosa* ou, ainda, a *pressing social need*). Em que pese a dificuldade em definir o que se possa entender por necessário, Lorena Winter destaca alguns critérios utilizados pelo Tribunal. São eles: a adequação da medida, sua necessidade, idoneidade e proporcionalidade em sentido estrito (o que, no direito pátrio é traduzido pelos consagrados princípios da proporcionalidade e da razoabilidade).

A adequação relaciona-se com o exame dos fins que se buscam alcançar com a adoção da medida. Apenas autorizam a restrição de direito fundamental a busca de fins legítimos, assim entendidos aqueles enumerados no art. 8, 2, da CEDH: *segurança pública, defesa da ordem, prevenção de infrações penais, proteção dos direitos e das liberdades de terceiros, etc*¹⁶.

A necessidade da medida se verifica, ademais, se não houver outra menos lesiva que permita chegar ao mesmo fim (medida absolutamente imprescindível). Já a idoneidade é aferida com base em conhecimentos teóricos e empíricos que permitam determinar se com a adoção da medida restritiva é possível obter o resultado pretendido. A proporcionalidade em sentido estrito, dentre os critérios elencados, é o que apresenta maior carga subjetiva. Como esclarece Winter (2012),

el principio de proporcionalidad es un concepto abstracto que alude a la relación entre el fin a alcanzar - prevención-represión del delito - y el medio empleado para ello - diligencia restrictiva de un derecho fundamental -. Para ello se ponderan diversos elementos como: La gravedad del hecho delictivo; la intensidad de la sospecha o el tipo de indicios; las perspectivas de éxito de la medida; el esfuerzo en su realización en relación con el resultado a obtener; el perjuicio que se causa en relación con la utilidad del resultado.

Tales elementos son criterios orientativos para valorar la contraposición entre el interés individual que puede verse afectado por la medida y el interés público que subyace en la investigación procesal penal, valoración que habrá de concretarse en cada caso. Así, a través del análisis de cada caso concreto, el Tribunal irá definiendo el concepto jurídico indeterminado del principio de proporcionalidad en relación con las diligencias sumariales restrictivas de derechos fundamentales.

¹⁶ Ibidem.

No direito brasileiro, a disciplina autônoma da privacidade se deu somente com o advento da Constituição da República de 1988, que consagrou, de forma pioneira, não apenas o referido direito, mas também meios de protegê-lo e algumas consequências advindas de sua violação. Até então, assegurava-se unicamente o direito à inviolabilidade de correspondências e à inviolabilidade de domicílio, cuja essência remonta ao direito de propriedade¹⁷.

Nessa ótica, dispôs o constituinte originário, no inciso X, do art. 5º: *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.*

Ao se depararem com a redação deste inciso, os doutrinadores passaram a se questionar acerca do conteúdo da expressão *vida privada* e dos termos *intimidade* e *privacidade*. Enquanto uns autores tomaram as expressões como sinônimas, outros, baseados na doutrina alemã dos *círculos concêntricos* da vida privada, desenvolvida por Heirich Hubmann em 1957, distinguiram-nas.

Essa teoria, partindo da tradicional dicotomia entre público e privado, dividiu a vida privada dos indivíduos em três círculos, cujo núcleo, ou centro, seria comum a todos e a abrangência de cada um estaria relacionada com a maior ou menor interferência externa. Assim, os sujeitos possuiriam uma esfera íntima, uma esfera privada e uma esfera social¹⁸.

Como explica Sarlet (2015, p. 707), o círculo correspondente à esfera íntima constituiria o “núcleo essencial e intangível do direito à intimidade”, enquanto o da esfera privada diria respeito a “ aspectos não sigilosos ou restritos da vida familiar, profissional e comercial do indivíduo, sendo passível de uma ponderação em relação a outros bens jurídicos”. A esfera social, por sua vez, seria aquela onde se vislumbraria maior interação mais superficial entre o indivíduo e os seus semelhantes e que abarcaria os “direitos à imagem e à palavra, mas não mais à intimidade e à privacidade”.

¹⁷ Vide arts. 179, da Constituição de 1824, 72, da Constituição de 1891 e 113, 8, da Constituição de 1946.

¹⁸ SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl. incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 706-707.

As discussões envolvendo o alcance e o significado dos termos utilizados pelo constituinte, refletem, por óbvio, na própria definição do instituto. Todavia, como bem acentuou Danilo Doneda, a variedade de definições da privacidade se dá tanto pela “dificuldade metodológica em definir um ponto de vista comum” como pela “tentação em fazê-la abranger um leque demasiadamente amplo de situações”, não devendo as mesmas serem encaradas como defeitos ou obstáculos ao estudo desse direito, antes como características ontológicas da própria construção da esfera privada¹⁹.

Diante disso, sem a pretensão de fixar um conceito uniforme e tendo em vista os fins a que se propõem o presente estudo, pode-se considerar o direito à privacidade, assim como o fez o professor Anderson Schreiber, como o direito ao controle da coleta e da utilização dos dados pessoais, assim entendidos como todos aqueles pertinentes aos indivíduos²⁰.

1.2 Sigilo bancário

1.2.1 Breve Histórico

Não é fácil demarcar com precisão o momento histórico a partir do qual passou-se a observar o sigilo nas operações bancárias. Enquanto alguns autores reconhecem que este instituto se fez presente desde as primeiras expressões da atividade bancária, que remeteria à Antiguidade Clássica²¹, outros afirmam não ser possível falar em sigilo bancário antes do século XV, quando então surgiram os bancos de depósito e de giro.

Seja como for, grande parte dos ordenamentos jurídicos na atualidade reconhecem a importância de preservar em segredo as informações confiadas às entidades financeiras.

A proteção aos dados bancários, num primeiro momento, era extraída de dispositivos legais que tutelavam o sigilo profissional, os quais, em sua maioria, traziam preceitos de

¹⁹ DONEDA, Danilo. A tutela da privacidade no código civil de 2002. **Anima – Revista eletrônica do curso de direito da OPET**. v. 1. n. 1., p. 89-100. Disponível em: <http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf> Acesso em 19/05/2017.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. op. cit., p. 137.

²¹ É o que defende, por exemplos, os autores Sérgio Carlos Covello (1991) e Nelson Abrão (2011).

natureza penal. Foi o que ocorreu em países como a França, Itália, Bélgica e Argentina²². Ditas normas, apesar de não mencionarem e não se dirigirem especificamente aos banqueiros, eram interpretadas pela doutrina e a jurisprudência de modo a abarcar-los²³.

Apenas a partir do século XX é que o sigilo bancário contou com previsão expressa no direito estrangeiro. Em 1945, por exemplo, foi promulgada, na França, a Lei 2 de dezembro, vedando a publicidade das movimentações financeiras²⁴. Na mesma linha seguiram a Espanha, com a edição do Decreto de 24 de julho de 1947²⁵ e a Alemanha, com a lei dos bancos de 1961²⁶.

Na Argentina, o primeiro diploma a tratar de maneira expressa sobre o sigilo bancário foi um Decreto-Lei datado de 1957. Na sequência, advieram as leis de números 18.061 e 21.526, publicadas, respectivamente, nos anos de 1969 e 1977²⁷. Em Portugal, por outro lado, tem-se como marco legislativo o Decreto-Lei nº 47.909, de 7 de setembro de 1967, que foi sucedido pelo Decreto-Lei nº 2, de 9 de janeiro de 1978²⁸ e, finalmente, pelo Decreto-Lei nº 227/2012.

No Brasil, a proteção punitiva ao sigilo bancário podia ser extraída do art. 154, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), que tutela o segredo profissional. Posteriormente, em 1964, a Lei nº 4.595 previu expressamente o dever de confidencialidade por parte das entidades bancárias ao dispor, em seu art. 38: *As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.*

Mais adiante, no ano de 2001, entrou em vigor a Lei Complementar nº 105, disciplinando especificamente sobre o sigilo das operações de instituições financeiras²⁹. Esta

²² COVELLO, Sérgio. **O Sigilo Bancário**: com particular enfoque na sua tutela civil. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1991, p. 26-28, 30 e 50-51.

²³ *Ibidem*, p. 26-28, 30 e 50-51.

²⁴ *Ibidem*, p. 27.

²⁵ *Ibidem*, p. 32.

²⁶ *Ibidem*, p. 32.

²⁷ COVELLO, Sérgio Carlos. *op. cit.*, p. 51-53.

²⁸ *Ibidem*, p. 35.

²⁹ O art. 13, da LC nº 105/01 revogou expressamente o art. 38 da Lei nº 4.595/64, que tratava do sigilo das operações bancárias.

lei, contudo, não trouxe o conceito de sigilo bancário, tarefa que coube, em grande parte, à doutrina, como se verá no item 1.2.2.

A doutrina jurídica, ao examinar o instituto do sigilo bancário, esclarece que o mesmo pode ser analisado sobre três vieses: subjetivo, objetivo e temporal³⁰.

O âmbito subjetivo diz respeito aos sujeitos envolvidos na relação bancária. O sujeito ativo desta relação é o cliente, aqui entendido em sua acepção ampla, para abarcar tanto aqueles que firmaram contrato com a instituição financeira, constituindo relacionamento duradouro, quanto aqueles que utilizam de seus serviços de modo ocasional³¹. O sujeito passivo é o destinatário do dever de sigilo.

Atualmente, os sujeitos passivos responsáveis pela manutenção do segredo dos dados de seus clientes são as entidades listadas no artigo 1º da LC 105/01, sendo eles: (1) os bancos de qualquer espécie; (2) distribuidoras de valores mobiliários; (3) corretoras de câmbio e de valores mobiliários; (4) sociedades de crédito, financiamento e investimentos; (5) sociedades de crédito imobiliário; (6) administradoras de cartões de crédito; (7) sociedades de arrendamento mercantil; (8) administradoras de mercado de balcão organizado; (9) cooperativas de crédito; (10) associações de poupança e empréstimo; (11) bolsas de valores e de mercadorias e futuros; (12) entidades de liquidação e compensação; (13) outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional; e (14) empresas de fomento comercial ou *factoring*.

Como se nota, a vedação à revelação arbitrária dos dados sobre os negócios dos clientes não se dirige apenas aos bancos, mas também a outras entidades financeiras, de modo que boa parte dos autores defendem ser preferível falar-se em *sigilo financeiro* ao invés de sigilo bancário. Em que pese a solidez da crítica doutrinária, o termo consagrado para fazer referência ao segredo nas movimentações financeiras continua sendo *sigilo bancário*.

³⁰ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **O Sigilo Bancário**: Limites, competência e condições para sua quebra. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2014, p. 23.

³¹ *Ibidem*, p. 24.

O âmbito temporal, por sua vez, faz referência ao período de tempo ao qual o sujeito passivo fica obrigado a resguardar os informes financeiros de seus clientes, se apenas no curso do contrato ou se vale também após a extinção da relação negocial. O entendimento que melhor se compatibiliza com os preceitos constitucionais é aquele segundo o qual as entidades devem preservar os dados tanto na vigência quanto após o fim do contrato.

O aspecto objetivo compreende propriamente as informações agasalhadas pelo sigilo bancário. Neste ponto, a principal discussão que se coloca é quanto à extensão ou não da proteção aos dados cadastrais. A esse respeito, vale a menção às lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr., para quem estes dados não seriam objeto da proteção do sigilo bancário, salvo quando compuserem relações de convivência privadas³².

Após terem sido analisadas algumas questões afetas ao sigilo bancário, impõe tratar do seu conceito e fundamento jurídico.

1.2.2 Conceito e fundamento jurídico

A doutrina comumente conceitua o sigilo bancário como o dever jurídico imposto às instituições financeiras de manutenção do segredo sobre as informações relativas a seus clientes e a terceiros, obtidas no exercício de suas atividades.

Para Velasques³³, o instituto em análise corresponde à “impossibilidade das instituições financeiras, inclusive dos seus funcionários ou empregados, divulgarem a terceiros qualquer informação concernente a dados que disponham quanto ao usuário de seus serviços.

³² O autor explica que “simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome; não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito”. (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo Bancário. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 14, p. 13, out., 2001)

³³ BRAGA, Aureo Rogério Gil; VELASQUES, Renato Vinhas. *Crimes Contra a Ordem Tributária: Medidas acautelatórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30.

De igual modo, Luiz Fernando Bellinetti³⁴ explica que a confidencialidade bancária se traduz no "dever jurídico que têm as instituições de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude da atividade bancária a que se dedicam. No mesmo sentido são as lições de Arnaldo Wald³⁵ e Juliana Belloque³⁶.

O não fornecimento dos dados financeiros das pessoas decorre, no entender de Nelson Abrão³⁷, da "obrigação do banqueiro — a benefício do cliente — de não revelar certos fatos, atos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária" A noção de sigilo bancário como *obrigação* é também compartilhada por Sergio Carlos Covello³⁸.

Outros autores, a exemplo de Eduardo Teixeira e Martin Haeblerlin³⁹, Melissa Folmann⁴⁰ e Márcia Haydée Porto de Carvalho⁴¹, sublinham que a manutenção do segredo por parte das entidades financeiras, na verdade, decorre do *direito* dos clientes e de terceiros de manutenção da discricção quanto aos seus dados e operações realizadas.

Depreende-se da análise da redação da Lei Complementar nº 105/01, diploma normativo que trata especificamente acerca do sigilo das operações de instituições financeiras, que este, apesar de não conceituar o sigilo bancário, o considera como um *dever* de discricção imposto aos agentes financeiros nele elencados.

As diferentes definições, todavia, não trazem grandes consequências práticas para o exame da quebra do sigilo bancário. A esse respeito, é possível concordar com José Augusto

³⁴ BELLINETT, Luiz Fernando. Limitações Legais ao Sigilo Bancário. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 18, p. 141-161, abr./jun., 1996.

³⁵ WALD, Arnaldo. O Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. vol. 7, p. 837-858, dez., 2010.

³⁶ BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo Bancário: Análise crítica da LC 105/2001**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

³⁷ ABRÃO, Nelson. op. cit., 2011.

³⁸ COVELLO, Sérgio Carlos. O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade. Revista dos Tribunais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 3, p. 89-90, set./dez., 1998.

³⁹ HAEBERLIN, Martin; TEIXEIRA, Eduardo Didonet; op. cit., p. 99.

⁴⁰ FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001.2**. ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2004. p. 94.

⁴¹ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. op. cit., p. 23.

Delgado, quando afirma que este debate não gera “influências de maior intensidade no relacionamento entre a instituição financeira e os seus depositantes”⁴². Importa, portanto, considerar o fundamento jurídico do instituto em evidência e quais são os pressupostos e requisitos para o seu requerimento e decretação.

Cinco são as principais teorias que buscam explicar o fundamento jurídico do sigilo bancário. São elas a Teoria do Uso (ou consuetudinária), a Teoria Contratualista, a Teoria da Responsabilidade Civil (ou extracontratual), a Teoria Legalista e a Teoria da Constituição (ou do direito fundamental).

A teoria do uso, como o próprio nome sugere, estabelece que o dever de guardar sigilo decorre do costume firmado ao longo do tempo no âmbito das relações bancárias. Para que determinado comportamento seja considerado um costume, é imprescindível a sua prática reiterada e uniforme por um lapso temporal considerável, bem como que haja convicção de boa parte da coletividade acerca da obrigatoriedade de sua observância.

Entretanto, apesar da guarda de sigilo das informações bancárias ser considerada uma prática consolidada na realidade brasileira, a doutrina entende não ser esta a teoria que fundamenta a proteção ao sigilo bancário.

A teoria contratualista, a seu turno, pressupõe a existência de um contrato entre o cliente e o banco, do qual decorre, implícita ou explicitamente, o sigilo⁴³. O sigilo bancário, nesta hipótese, corresponderia a um dever acessório ao contrato de prestação de serviços bancários.

A visão reducionista desta teoria fez com que ela fosse alvo de diversas críticas⁴⁴. Primeiramente, menciona-se o fato de o banco raramente assumir de forma clara a obrigação de confidencialidade. Como é a própria instituição financeira que elabora as cláusulas contratuais, dificilmente são inseridos termos que ampliem sua responsabilidade. Além disto,

⁴² DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. vol. 13, p. 13-52, jul./set., 2001.

⁴³ No campo normativo do direito brasileiro, esta teoria encontra respaldo nos arts. 130 e 131 do CC, que prevê a interpretação dos contratos segundo os usos, os costumes e a boa-fé (WALD, 2010).

⁴⁴ COVELLO, Sérgio. op. cit., p. 103-104.

esta teoria não explica os casos nos quais, por qualquer razão, não chega a ser estabelecido contrato, ou mesmo as hipóteses em que o interessado no sigilo não pode contratar.

Soma-se a isto a simples constatação de que o dever de resguardar o sigilo não se opõe apenas ao banqueiro, mas também aos seus empregados. De nada adiantaria o reconhecimento deste encargo somente aos donos e/ou dirigentes de instituições bancárias, se, na prática, é muito mais recorrente que os funcionários manejem as informações prestadas pelos clientes. Ademais, a teoria do contrato não explica o dever de sigilo quanto a informações de terceiros estranhos à relação bancária.

A teoria da responsabilidade civil, por sua vez, pauta-se na responsabilidade extracontratual do banqueiro pelos danos injustificados causados aos usuários de seus serviços. Nesse sentido, valendo-se do princípio *neminem laedere* (dever geral de não lesar a outrem)⁴⁵, sustenta-se que caso haja divulgação injustificada dos dados, a entidade bancária estará obrigada a reparar o dano.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro não afastar a possibilidade de reparação civil nos casos de veiculação não autorizada de informações de natureza financeira, esta teoria não é aceita para explicar o dever de confidencialidade dos bancos. A principal crítica que se faz é que esta formulação trata muito mais das consequências advindas da violação do sigilo bancário do que propriamente do seu fundamento jurídico⁴⁶.

Já a teoria legalista indica que o fundamento jurídico para proteção do sigilo bancário é previsão legal expressa do dever de abstenção imputado às entidades bancárias. Esta teoria não tem aderência no Brasil, embora haja previsão expressa da obrigação de manutenção do sigilo na legislação⁴⁷.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

⁴⁶ Nesse sentido, dispõe Arnoldo Wald (2010): “Tenta-se fundamentar o instituto estudado, também, na responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual. No entanto, a responsabilização pelos danos causados devido a quebra do sigilo bancário é uma forma de reparação da lesão e não a justificativa jurídica para a existência do instituto”.

⁴⁷ LC nº 105/01: Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

Na visão de Carvalho (2013, p. 37), a teoria legalista não merece ser acolhida, pois a mesma não dá o fundamento do sigilo bancário, exceto nas hipóteses em que este não se relaciona com o direito à privacidade.

1.2.3 Hipóteses legais de relativização do sigilo bancário

A lei complementar nº 105/01 prevê diversas hipóteses nas quais, independentemente de autorização judicial, o sigilo bancário é afastado. São elas: (1) a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, (2) o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, (3) 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 e (4) a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados.

Além disso, os artigos 5º e 6º do referido diploma legal preveem (5) o compartilhamento de informações entre as instituições financeiras e a administração tributária da União e (6) o acesso direto àqueles dados pela fiscalização tributária da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Estes dispositivos, sem dúvidas, são os mais controversos, sobretudo sob o viés da compatibilidade ou não com a Constituição Federal. Não por outra razão foram propostas quatro ADIs questionando a constitucionalidade de ambos os artigos.

Em 12 de janeiro de 2001, a Confederação Nacional do Comércio (CNC) propôs perante o STF a ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar 2.386, visando suspender a eficácia das disposições contidas nos artigos 5º e 6º, da LC nº 105/01, em razão da ofensa aos preceitos constitucionais insculpidos nos incisos X e XXXV, do artigo 5º, bem como ao princípio da razoabilidade.

A CNC sustentou, à época, que os dispositivos da lei complementar instituíam um “monitoramento automático, contínuo e indiscriminado sobre todas as operações financeiras realizadas no País”, tornando o afastamento dos sigilos bancário e fiscal meros atos administrativos auto executáveis, passíveis de valoração judicial apenas em momento

posterior à quebra, em total afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e ao direito de privacidade.

Pouco depois, em 15 de janeiro de 2001, o Partido Social Liberal (PSL) ingressou no Supremo com a ADI 2.390, também com pedido de tutela cautelar, tendo por alvo o §4º, do artigo 1º, os artigos 5º e 6º, todos da LC nº 105/01 e a integralidade do Decreto nº 3.724/01, defendendo haver ofensa aos incisos X, XII, LIV.

Para o PSL, “o legislador pátrio, no ímpeto de combater o crime, concebeu um diploma legal com uma abrangência não admitida pela norma constitucional”, já que a mitigação dos sigilos bancário e fiscal, no entender do partido, seria matéria sujeita à reserva de jurisdição, ressalvadas apenas as prerrogativas constitucionalmente asseguradas às Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3º).

Na mesma linha, foi proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), em 30 de janeiro de 2001, a ADI nº 2.397, com pedido de liminar, cujo objeto era o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 1º, §3º, VI (na parte em que se refere aos artigos 5º e 6º, da LC 105/2001); 3º, §3º; 5º e 6º, da LC 105/2001, bem como do artigo 1º da LC 104, que alterou o art. 198 do CTN, e do Decreto 3.724/2001. Sustentava a Confederação que apenas o Poder Judiciário poderia, mediante decisão fundamentada, excepcionar os segredos bancário e fiscal dos indivíduos.

Em virtude do que chamou de “quebra automática” de sigilo, sem nenhum indício de irregularidades ou ilícitos fiscais, a CNI alegou ofensa ao art. 5º, *caput* e incisos X, XII, XXXV, LIV e LV, bem como ao §1º, do art. 145 da CF. Haveria, no entender da Confederação, “uma inconcebível subversão dos valores protegidos pelo Direito e pela vontade expressa do legislador constituinte”, pois “primeiro o Estado viola o direito individual, para só depois apurar se existe alguma falha ou irregularidade que possa afetar a esfera de ação do Poder Público”.

Na sequência, no ano de 2003, o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) propôs a ADI 2.859, sob alegação de ofensa aos artigos 2º; 5º, *caput* e incisos II, X, XII, LIV, LV e LVI; 48, inciso XIII; e 192, *caput*, inciso IV da CF pelo art. 5º da LC 105/2001 e pelos Decretos

4.489/02 e 4.545/02, ventilando argumentos similares àqueles contidos nas ações supramencionadas.

Em 2009 foi interposto o recurso extraordinário nº 601.314, no qual se apontava, dentre outros aspectos, a violação aos arts. 5º, X, XII, XXXVI, LIV, LV; 145, §1º da CF pelo art. 6º, da LC nº 105/01, o qual, como dito, trata do acesso direto por parte dos órgãos fazendários aos dados bancários dos contribuintes. Este recurso teve repercussão geral reconhecida pelo Tribunal Pleno em 22/10/2009.

Contudo, foi apenas em 24 de fevereiro de 2016 que Supremo julgou o citado recurso extraordinário, fixando a seguinte tese:

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

Os principais argumentos utilizados para embasar essa tese foram o dever fundamental de pagar impostos, o princípio da capacidade contributiva, o qual só poderia ser concretizado se a Fazenda dispusesse de meios para aferir a renda dos contribuintes. Ademais, restou assentado que a quebra do sigilo bancário, ou como entenderam os ministros, a sua transferência, somente é possível se os entes federativos possuírem, em suas respectivas esferas de atuação, normas que regulamentem as hipóteses e os critérios autorizadores da transferência do sigilo bancário aos órgãos fazendários.

O traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal, no âmbito federal, é regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que disciplina a requisição, o acesso e o uso das informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e entidades equiparadas.

O aludido decreto, em seu art. 2º, §5º, traz dois requisitos cumulativos para o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes: a existência de procedimento fiscal⁴⁸ em curso e a indispensabilidade da medida. As hipóteses de indispensabilidade estão disciplinadas ao teor do art. 3º, do decreto em comento⁴⁹.

O acesso direto às informações confidenciais às instituições financeiras se dá mediante o instrumento chamado *Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira – RMF*, o qual é expedido com base em relatório circunstanciado (demonstrando a imprescindibilidade da medida) elaborado pelo auditor fiscal da Receita Federal encarregado do processo administrativo fiscal ou por sua chefia imediata⁵⁰.

Tal requisição é dirigida, conforme for o caso, ao (1) presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto; (2) presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto; (3) presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto; ou ao (4) gerente de agência⁵¹.

⁴⁸ O procedimento fiscal no âmbito da SRF é disciplinado pelo Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e tem início, via de regra com a expedição do Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal – TDPF (as exceções constam dos parágrafos 1º e 3º, do art. 2º, do Decreto nº 3.724/01).

⁴⁹ Art. 3º. Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal de que tratam os art. 24 e art. 24-A da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996;

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato; e

XII - intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos.

⁵⁰ Art. 4º, §§ 1º, 5º e 6º, do Decreto nº 3.724/01.

⁵¹ Art. 4º, § 1º, incisos I a IV e § 2º, do Decreto nº 3.724/01.

É válido ressaltar, ainda, que a RMF é precedida de intimação do contribuinte, que poderá autorizar expressamente o acesso direto a suas informações financeiras, apresentá-las por sua conta ou negar o seu fornecimento.

Ademais, o decreto disciplina o conteúdo mínimo que deve conter cada RMF (art. 4º, §7º) e, bem como estabelece limitações de acesso às informações recebidas (arts. 7º a 11), de modo a manter em sigilo os dados outrora confidenciais às instituições financeiras.

1.3 Sigilo Fiscal

1.3.1 Conceito

O sigilo fiscal diz respeito à vedação dirigida aos órgãos fazendários de fornecerem a terceiros informações acerca da situação fiscal dos contribuintes, obtidas em decorrência do exercício da fiscalização tributária.

Tal definição está umbilicalmente ligada à noção de competência tributária, na medida em que esta prerrogativa conferida pela Constituição aos entes políticos implica, tanto na possibilidade de instituir e majorar tributos, quanto no poder-dever de fiscalizar o regular cumprimento das obrigações tributárias⁵².

Dita competência, portanto, só será reputada legítima quando exercida de acordo com os limites estabelecidos pela Constituição Federal e pelas normas tributárias. Dentre as restrições impostas está o respeito aos direitos fundamentais dos contribuintes (art. 145, §1º, *in fine*), entre os quais o direito à privacidade.

Por esta razão, é defeso à Fazenda Pública revelar de forma arbitrária as informações sigilosas dos contribuintes.

⁵² MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 223.

1.3.2 Hipóteses legais de relativização do sigilo fiscal

As hipóteses legais de relativização do sigilo fiscal estão disciplinadas ao teor dos artigos 198 e 199 do CTN, sendo elas: (1) a requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça, (2) as solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, (3) o intercâmbio de informação sigilosa no âmbito da Administração Pública, (4) a divulgação de informações relativas a representações fiscais para fins penais, (5) a divulgação de informações relativas a inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública, (6) a divulgação de informações relativas a parcelamento ou moratória, (7) a permuta de informações e assistência mútua entre a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a fiscalização dos tributos respectivos e (8) a permuta de informações entre a União e Estados estrangeiros, no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

A maior parte destas exceções não constavam da redação original CTN, tendo sido inseridas por obra da LC nº 104/01. Antes do advento desta lei, as únicas circunstâncias que autorizavam o afastamento do sigilo fiscal eram a requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça e a permuta de informações e assistência mútua entre a Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para a fiscalização dos tributos respectivos.

O quadro demonstrativo abaixo permite visualizar a gama de exceções à regra do sigilo fiscal trazidas pela referida lei complementar:

Redação original	Redação após a LC nº 104/01
<p>Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.</p> <p>Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça</p>	<p>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.</p> <p>§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:</p> <p>I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;</p>

<p>Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.</p>	<p>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.</p> <p>§ 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.</p> <p>3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:</p> <p>I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III – parcelamento ou moratória.</p> <p>Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.</p> <p>Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.</p>
---	--

Quadro 1: Diferença redacional dos artigos 198 e 198 do CTN antes e após o advento da LC 104/01.

Como se nota, houve aumento expressivo das hipóteses autorizadoras do afastamento do sigilo fiscal, o que levou alguns doutrinadores a sustentarem que a LC 104/01 praticamente o aboliu, ou, para usar as palavras do professor Hugo de Brito Machado, o “amesquinhou”⁵³.

⁵³ MACHADO, Hugo de Brito. op. cit., p. 257.

2 OS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRELIMINAR

2.1 Considerações sobre os crimes contra a ordem tributária

Antes de ingressar propriamente na análise das medidas excepcionais de quebra de sigilo bancário e fiscal na apuração dos crimes tributários, faz-se necessário pontuar algumas peculiaridades destes delitos e de sua investigação preliminar.

Os crimes contra a ordem tributária se inserem entre os chamados “crimes do colarinho branco”. A formulação de tal expressão é atribuída ao criminólogo americano Edwin Sutherland, que ao examinar essa “nova criminalidade”, confrontando-a com a dita “criminalidade de massa”, constatou diversos elementos distintivos, reconhecendo a insuficiência das doutrinas criminológicas até então conhecidas e propondo a chamada *teoria da associação diferencial*, baseada num conceito subjetivo de crime do colarinho branco, posto que centrado na figura do agente delitivo⁵⁴.

As principais características dos delitos tributários são⁵⁵: (1) a complexidade: a prática de tais delitos, via de regra, envolve conhecimentos especializados; (2) opacidade: são crimes levados a cabo em locais de acesso restrito (“crimes de gabinete”); (3) dificuldade estatal na investigação: em razão do emprego de técnicas sofisticadas e da própria estrutura das empresas, o Estado encontra dificuldade em apurar as condutas delitivas e, principalmente, sua autoria; (4) conflito latente: tais delitos não envolvem o emprego de violência ou grave ameaça, pelo que a percepção social acerca do nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o resultado delas advindo é tênue; (5) difusão da vitimização: as condutas delitivas, em última análise, atingem toda a coletividade, e em razão da ofensividade não ser perceptível desde logo, reduz-se a consciência social sobre a gravidade dos crimes; (6) dispersão de responsabilidade: como as condutas são praticadas valendo-se de pessoas jurídicas, envolvendo, por vezes, divisão de tarefas entre responsáveis por órgãos distintos da empresa,

⁵⁴ MALAN, Diogo Rudge. Considerações sobre os Crimes Contra a Ordem Tributária. Revista dos Tribunais. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**. v. 8, p. 227-269, out., 2010.

⁵⁵ Ibidem.

há certa diluição das responsabilidades penais individuais e, por conseguinte, maior dificuldade no delineamento de cada conduta delitiva responsável pelo resultado danoso.

O fundamento político-criminal da punição dos crimes tributários, como assenta Diogo Malan (2010), é o fenômeno da *eticização* do direito penal fiscal, que faz com que a arrecadação não seja vista como um fim em si mesma, mas como uma forma de viabilizar a concretização de políticas públicas e sociais.

O interesse na arrecadação tributária e o uso do Direito Penal como forma de coibir condutas tendentes a macular-lhe a integridade sempre foi uma preocupação constante no Estado brasileiro. Só para ilustrar, já em 1830 o Código Penal do Império previa, em seu título IV, os *crimes contra o Thesouro Publico, e propriedade publica*, dentre os quais se encontrava o delito de contrabando⁵⁶, que, à época, compreendia tanto a importação ou exportação de mercadorias proibidas, quanto o não pagamento do tributo devido em razão da entrada ou saída do território nacional das mercadorias permitidas.

De igual modo, em 1890, o Código Penal Republicano, no título VII, disciplinou os *crimes contra a fazenda publica*, reproduzindo a vedação àquelas condutas⁵⁷. O atual Código Penal (CP/1940) também criminalizou estas condutas, tendo, porém, feito distinção entre contrabando e descaminho.

No ano de 1965 foi editada a Lei nº 4.357 dispondo, dentre outros, acerca da apropriação indébita do imposto de renda retido na fonte. No mesmo ano foi promulgada, também, a Lei nº 4.729, que criou especificamente o crime de sonegação fiscal. Na década de 90, foi publicada a Lei nº 8.137/90, que revogou de forma tácita a Lei nº 4.729/65, sendo atualmente a legislação específica sobre crimes contra a ordem tributária.

A Constituição Federal de 1988 tutela, entre os artigos 145 e 169 (“constituição econômica”), a ordem tributária. Por esta razão, as condutas que porventura a aviltem são

⁵⁶ Art. 177. Importar, ou exportar generos, ou mercadorias prohibidas; ou não pagar os direitos dos que são permitidos, na sua importação, ou exportação.

⁵⁷ Art. 265. Importar ou exportar, generos ou mercadorias prohibidas; evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, sahida e consumo de mercadorias e por qualquer modo illudir ou defraudar esse pagamento:

criminalizadas pelo direito penal. Aqui, diferentemente da chamada “criminalidade comum”, ou “criminalidade de massa” o bem jurídico tem natureza supraindividual⁵⁸.

A legitimidade constitucional para tutela desse bem jurídico, como salienta Prado (2009), reside no fato de que todos os recursos arrecadados visam assegurar as finalidades de um Estado democrático de direito, bem como realizar atividades estatais de interesse social.

Além disso, os crimes tributários são considerados, em regra, como crimes próprios, pois exigem do sujeito ativo qualidades especiais, não podendo ser praticado por qualquer um. Com efeito, os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária é que poderão, via de regra, figurar como sujeito ativo nos delitos fiscais.

O sujeito passivo pode ser considerado sob dois vieses: o imediato e o mediato. O primeiro diz respeito à Fazenda Pública, seja ela da União, dos Estados, dos Municípios, a qual é diretamente lesada com a conduta dos agentes delitivos. Já o segundo compreende a sociedade que, por via oblíqua é atingida com a arrecadação tributária deficiente (PRADO, 2009).

Os crimes praticados por particulares em detrimento da ordem tributária encontram previsão nos artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90, nos seguintes termos:

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.

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 266-267.

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;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

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.

Para que determinada conduta seja subsumida a qualquer dos tipos penais apresentados, é imperioso que haja, paralelamente à constatação de lesão ao Erário, a chamada fraude ou burla fiscal, pois, do contrário, sanciona-se também o mero inadimplente.

O STF, inclusive, ratificou, no recente julgamento do ARE 999425 RG/SC, que os crimes tributários não guardam relação com a prisão civil por dívida, pois naqueles pune-se não o devedor, mas aquele que visa locupletar-se em prejuízo dos cofres públicos⁵⁹.

Os verbos núcleos constantes na Lei nº 8.137/90 são “suprimir” e “reduzir”. Suprimir corresponde à evasão total, enquanto reduzir compreende a evasão parcial⁶⁰.

A bem da verdade, não se trata propriamente de suprimir e reduzir “tributo” e sim o seu pagamento, pois, tecnicamente, estes só podem ser modificados por intermédio de lei, em homenagem ao princípio da legalidade tributária.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1029177/SC**, rel. Min. Rosa Weber, julg. em 18/05/2017, public. em processo eletrônico DJe-112, divulg. 26/05/2017, public. 29/05/2017.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105-106.

Ademais, os crimes elencados na citada lei especial são crimes de ação múltipla. Assim, o que os identifica não é o número de comportamentos praticados, mas o de objetos jurídicos materiais distintos atingidos⁶¹.

Consoante se extrai da análise dos artigos 1º e 2º da lei especial em comento, as fraudes podem ser perpetradas de forma comissiva, omissiva, material e ideológica.

O inciso I, do art. 1º, por exemplo, enumera duas condutas mediante as quais o agente delitivo pode evadir-se do recolhimento do tributo devido: uma de natureza comissiva (*prestar declaração falsa*) e outra de natureza omissiva (*omitir informação*). Ambos os comportamentos estão relacionados com as obrigações acessórias do sujeito passivo da relação jurídico-tributária⁶². Estas obrigações são definidas no CTN como prestações positivas ou negativas, previstas na legislação tributária e instituídas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos⁶³.

A obrigação acessória, portanto, traduz um fazer, um não fazer ou um tolerar impostos ao contribuinte de sorte a municiar a Fazenda Pública de dados para que esta verifique o regular cumprimento da obrigação principal⁶⁴.

Para fins de caracterização do tipo penal em análise, na modalidade omissiva, é necessário que o agente se abstenha do dever jurídico de prestar informação verdadeira ao Fisco⁶⁵. A relevância da omissão depende dos seguintes fatores: (1) existência prévia do dever de prestar a informação e a possibilidade de prestá-la, (2) idoneidade do comportamento omissivo para induzir a autoridade fazendária⁶⁶ a erro, (3) ocultação intencional de fatos com relevância tributária, assim entendidos aqueles relacionados ao surgimento da obrigação

⁶¹ PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 274.

⁶² Idem.

⁶³ Art. 113, § 2º, do Código Tributário Nacional.

⁶⁴ São exemplos de obrigações acessórias a escrituração de operações de entrada e saída de mercadorias, a emissão de notas fiscais e a manutenção da regularidade de livros fiscais e contábeis.

⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. op. cit., p. 120.

⁶⁶ Para Prado (2009, p. 275), as autoridades fazendárias “são aquelas legalmente investidas nas funções de receber do sujeito passivo da obrigação tributária as informações e declarações fiscais necessárias, v.g., auditores fiscais, delegados da Receita Federal, superintendentes”.

tributária e ao *quantum* devido e (4) ser a omissão um meio para esquivar-se total ou parcialmente do pagamento de tributos.⁶⁷

Esta modalidade típica guarda intensa relação com os tributos sujeitos a lançamento por declaração (ou misto)⁶⁸, pois neste há uma divisão de tarefas entre o Fisco e o contribuinte; este informa acerca da ocorrência do fato gerador e reúne as informações necessárias à apuração do montante devido enquanto aquele calcula o valor correspondente e notifica o contribuinte para pagar.

Questiona-se se os deveres instrumentais devem advir de lei em sentido estrito ou se podem ser tratados por outra espécie legislativa, como, por exemplo, decretos, portarias e instruções normativas. Machado (2015, p. 155-156) e Paulsen (2014, p. 147) entendem pela possibilidade de utilização de outras categorias normativas que não apenas a lei.

Na verdade, o próprio artigo 97, do CTN apresenta o significado da locução “legislação tributária”, nos seguintes termos: “*A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes*”. Ademais, a instituição de deveres instrumentais não faz parte do rol de matérias sujeitas à reserva legal, constantes do artigo 96 do referido diploma tributário, e são imposições fixadas de modo a averiguar o adimplemento da obrigação principal, esta sim instituída exclusivamente por lei.

A modalidade comissiva, por sua vez, refere-se à prestação de informação inverídica às autoridades fazendárias. Tal conduta tem por substrato a falsidade. A doutrina costuma fazer a divisão entre falsidade material e falsidade ideológica. A primeira corresponde à alteração dolosa da forma de determinado documento, mediante a modificação daquele já existente ou através da criação de um novo, enquanto a segunda diz respeito à mudança de seu conteúdo, com a manutenção da forma.

⁶⁷ Cf. MONTEIRO, Luciana; BITENCOURT, Cezar Roberto. op. cit., p. 121. PRADO, Luiz Regis. op. cit., p. 274. ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário: Crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 74.

⁶⁸ HARADA, Kyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 219.

Para Bitencourt e Monteiro (2013, p. 125), a falsidade ínsita no inciso I é de natureza ideológica. No mesmo sentido, posiciona-se Harada (2015, p. 222), aduzindo que “*não faria sentido o próprio declarante cometer falsidade material, rasurando ou modificando textos que ele mesmo escreveu*”.

As principais condições para que uma ação se subsuma à norma incriminadora em comento são, cumulativamente: (1) prestação consciente de declaração falsa sobre fato relevante⁶⁹, (2) a existência do dever de prestar a informação e (3) ser a falsidade idônea para induzir a Fazenda a erro. Se a declaração falsa contiver erros grosseiros, inaptos, portanto, a enganar o Fisco, se estará diante do chamado *falsum* impunível.

Ao comentar este inciso, Luiz Regis Prado (2009, p. 275) destaca que as informações prestadas devem estar relacionadas ao lançamento tributário, oportunidade na qual cita o art. 147, do CTN⁷⁰, que dispõe acerca do lançamento por declaração.

Há quem defenda que erros graves podem denunciar a ocorrência de dolo eventual⁷¹, na hipótese, por exemplo, do agente que faz declaração inexata ou erra a respeito de fatos sobre os quais tem domínio e, mesmo após constatar os equívocos, não os corrige de modo a impedir que os órgãos fazendários incorram em erro.

Por outro lado, no inciso II do art. 1º, criminaliza-se a conduta de *omitir operação*, bem como a de *inserir elementos inexatos* em livros e documentos exigidos pela lei fiscal.

Ao examinar este dispositivo, o professor e parecerista Luiz Regis Prado sublinha que este tipo visa garantir a credibilidade dos livros fiscais do contribuinte⁷².

⁶⁹ Não configura a modalidade típica a simples atribuição de significado a um fato de maneira distinta daquela atribuída pela autoridade fazendária (erro quanto à interpretação ou aplicação da norma tributária), nem mesmo a declaração falsa que tenha por objeto fato juridicamente irrelevante sob o ponto de vista tributário (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 122).

⁷⁰ Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

⁷¹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 75.

⁷² PRADO, Luiz Regis. op. cit., 2009, p. 275.

Ainda de acordo com o renomado autor, a expressão “fiscalização tributária”

deve ser entendida como o corpo administrativo responsável pela verificação da regularidade das operações do sujeito passivo, abrangendo tanto o órgão arrecadador, abstrata e institucionalmente considerado, quanto seus agentes imbuídos das atribuições de fiscalização, auditoria, revisão e julgamento dos fatos objeto de tributação. Na verdade, a fiscalização tributária é simples atividade desenvolvida pelos agentes fiscais na esfera de suas respectivas atribuições e não se deve confundi-la com o aparato burocrático corporificado na Fazenda Pública (PRADO, 2009, p. 275).

Para Cezar Bitencourt e Luciana Monteiro, a referida locução foi utilizada pelo legislador para delimitar o momento no qual as condutas fraudulentas restarão configuradas, haja vista a semelhança do preceito proibitivo em análise com aquele constante do inciso I. Desta forma

são relevantes, para efeito de caracterização do crime do art. 1º, não somente as condutas tendentes à supressão ou redução de tributo ou acessório, praticadas pelo contribuinte por ocasião do lançamento, mas, também, aquelas que são *praticadas* (ou, pelo menos, constatadas) *no período de fiscalização*, com o intuito de enganar as autoridades fazendárias, evitando, assim, que estas façam o lançamento devido, ou apliquem a sanção pecuniária pertinente (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 67-68).

Os *elementos inexatos*, como explica Hugo de Brito Machado, podem dizer respeito a ao fato ou ao seu significado jurídico⁷³. Na primeira hipótese, se estará diante de um alcance restrito da expressão “elementos inexatos” cunhada na norma penal, enquanto na segunda o alcance é tido como amplo.

Reconhecer o alcance amplo implica em considerar consumado o crime sempre que a interpretação da lei tributária adotada pelo contribuinte, reputada posteriormente como incorreta pela autoridade tributária, gerar o não pagamento ou o pagamento a menor do tributo. Por outro lado, a inexatidão tomada de modo restritivo, autoriza a configuração típica apenas quando relacionada a determinado fato. No entender do mencionado jurista cearense, a norma penal contida no inciso II abarca apenas o alcance restrito⁷⁴.

⁷³ MACHADO, Hugo de Brito. op. cit., p. 348.

⁷⁴ Ibidem, p. 347.

Saliente-se, ainda, que a conduta típica apenas restará configurada se a fraude for idônea a ensejar supressão ou redução do tributo e se os elementos inexatos forem aptos a repercutir no lançamento tributário.

As condutas típicas estampadas no inciso III, por sua vez, são de natureza comissiva e dizem respeito à alteração dolosa do conteúdo de documentos relativos a operações tributáveis, visando a sonegação fiscal. A falsidade, neste caso, pode ser tanto material quanto ideológica⁷⁵.

De início, cumpre observar que o inciso III faz expressa menção às *operações tributáveis*. Nesse sentido, como bem pontua Luiz Regis Prado (2010, p. 277), não se subsumem ao tipo em análise as operações isentas, as não tributáveis, as alíquotas zero e as imunes⁷⁶.

Encontram adequação típica nesse inciso, por exemplo, as hipóteses de subfaturamento, de falsa invocação de não incidência tributária constitucionalmente qualificada, e também as conhecidas notas fiscais calçadas, paralelas e frias⁷⁷.

A mera modificação de documentos relativos a operações sujeitas à incidência tributária, por si só, não é suficiente para caracterizar o delito em destaque. A doutrina aponta algumas características dessa modificação, a saber: (1) idoneidade para ocasionar a supressão ou redução do tributo, (2) aptidão para ludibriar a autoridade tributária e (3) relevância para a fiscalização tributária. O documento é tido como relevante quando puder repercutir no lançamento tributário.

Ainda tratando das especificidades da modificação dos documentos, aduz Bitencourt que “será atípica conduta que produzir alteração de qualquer natureza em documento importante para a fiscalização tributária, mas que mantenha a sua essência, valor e significado

⁷⁵ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 79.

⁷⁶ Isso não impede, contudo, que o agente seja investigado por eventual crime de falsidade, previsto no Código Penal.

⁷⁷ HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. op. cit. p. 228-235.

que originalmente traduzia. Ação dessa natureza pode ser [...] comparada ao crime impossível”.⁷⁸

As condutas elencadas no inciso IV, apesar de similares às constantes do inciso III, delas se diferenciam em virtude de alguns fatores. A primeira distinção é quanto ao elemento subjetivo. No inciso III, o legislador penal previu apenas o dolo direto, enquanto no inciso IV admite-se tanto o dolo direto (“que saiba”) quanto o dolo eventual (“ou deva saber”).⁷⁹

Em segundo lugar, o inciso IV alçou à qualidade de coautor aqueles que elaboram, distribuem e/ou fornecem os documentos inidôneos e acabam por causar a evasão total ou parcial do tributo devido. Do contrário, estes figurariam apenas como partícipes, na forma do art. 29, do CP. Como explicam Bitencourt e Monteiro (2013, p. 72),

o legislador erigiu à categoria de conduta típica principal, para efeito de caracterização direta do crime do art. 1º, IV, não somente os comportamentos praticados pelo próprio sonegador, mas, também, as condutas de *participação* na sonegação fiscal perpetradas por sujeitos estranhos à relação tributária.

Convém pontuar, também, a diferença entre documento falso e inexato. A distinção reside na espécie de falsidade perpetrada. Enquanto no primeiro há a chamada falsidade material, no segundo o agente delitivo se vale da falsidade ideológica. Ademais, o documento a que faz referência o tipo em análise pode ser público ou particular. Nesses termos, “a falsidade referida no inc. IV abrange as modalidades de falsificação de documento público e particular descritas nos arts. 297, 298 e 299 do CP, mas desde que relacionados com a obrigação tributária” (BITENCOURT; MONTEIRO, 2013, p. 73).

Já no inciso V há a previsão de três condutas mediante as quais o agente pode suprimir ou reduzir tributo, estando todas elas relacionadas com o cumprimento de obrigações acessórias por parte do contribuinte. Dessa feita, pratica crime contra a ordem tributária o contribuinte que fornece o documento fiscal em desacordo com a legislação, bem como o que nega ou deixa de fornecê-lo.

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. op. cit., p. 71.

⁷⁹ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 80.

Como é cediço, cabe ao contribuinte o cumprimento da obrigação acessória consistente no fornecimento de nota fiscal ou documento equivalente quando da prestação de um serviço ou da realização de operação tributável. Tal incumbência decorre da lei, não se sujeitando, portanto, à autonomia das partes negociantes.

Por esta razão, pouco importa se há o consentimento do destinatário do produto ou do serviço quanto à não emissão do documento fiscal. Ao sujeito passivo da relação tributária, impõe-se o cumprimento dos deveres estatuídos na legislação fiscal.

Entretanto, a mera desatenção às formalidades exigidas para cada operação, por si só, não tem o condão de configurar o crime tributário. É necessário que haja a vontade deliberada de burlar a fiscalização para recolher a menor ou não recolher o tributo devido.

Assim, se certo contribuinte tem a obrigação de emitir nota fiscal eletrônica para acobertar suas operações de venda de mercadorias e, por qualquer razão, não o faz, e registra a transação comercial em talonário impresso – com o real valor da transação e o correspondente destaque do imposto –, não haverá conduta típica, e sim mero inadimplemento de obrigação acessória⁸⁰.

Cabe destacar, ainda, que apesar do inciso V, do art. 1º, da Lei n 8.137/90 guardar certa similitude com o art. 172, do CP (“duplicata simulada”)⁸¹, ambos não se confundem. Em primeiro lugar, o bem jurídico tutelado é distinto, pois o art. 172 visa a proteção do patrimônio, especialmente das “relações econômicas advindas do comércio mercantil”, visando “resguardar a credibilidade dos títulos comerciais”⁸². Além disso, o Código Penal criminaliza a emissão de documento relativo a operação que não ocorreu. Já na hipótese descrita na lei especial, a operação ocorre, mas não é emitido o documento fiscal equivalente.

⁸⁰ Situação distinta é aquela em que o sujeito passivo da obrigação tributária, visando a sonegação fiscal, vende mercadoria acompanhada de documento fiscal relativo à prestação de serviços, no intuito de recolher o ISS ao invés do ICMS, cuja alíquota é maior (ANDRADE FILHO, p. 80).

⁸¹ Art. 172. Emitir fatura, duplicata u nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado.

⁸² CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. 4ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 982.

O legislador penal, no parágrafo único do art. 1º, criminalizou o desatendimento das exigências da autoridade tributária, equiparando-o com as condutas típicas constantes do inciso V: negar, não fornecer ou fornecer nota fiscal ou documento equivalente em desacordo com a legislação.

Assim, quando há o não atendimento, no prazo legal, sem justificativa plausível das exigências emanadas dos agentes fazendários, no exercício da fiscalização tributária, ou no dizer de Andrade Filho (2015, p. 81) quando há o “incumprimento doloso do dever de colaboração que emerge do estado de sujeição que o contribuinte está em relação ao ente tributante”, o tipo resta configurado.

Luiz Regis Prado acrescenta, ainda, que para que o delito se perfaça é necessário ter havido intimação regular, assim reputada aquela apresentada sob a forma escrita, indicando o local, o que apresentar e direcionada a quem deve cumprir a obrigação⁸³.

Questiona-se se a conduta descrita no parágrafo único configuraria crime autônomo ou estaria vinculada àquela constante do inciso V. A doutrina não é uníssona a esse respeito.

Cezar Roberto Bitencourt, por exemplo, entende que o parágrafo único não constitui um tipo penal autônomo, figurando apenas como “norma explicativa do alcance do inc. V, concretamente no que diz respeito à obrigatoriedade do fornecimento de nota fiscal ou documento equivalente, nos termos da legislação fiscal aplicável”⁸⁴, pois, como enfatiza o renomado autor,

a mera desobediência do cidadão ao cumprimento de obrigações ditadas pelo fisco não pode assumir as características de crime tributário, nem mesmo na forma tentada, a menos que nos distanciemos da concepção de Direito Penal da culpabilidade no marco de um Estado Democrático de Direito, que prima pela liberdade do indivíduo e pela proteção subsidiária de bens jurídicos; caso contrário, estará assumindo uma concepção funcional normativista radical de Direito Penal, na linha jakobsiana, em que prevaleça o simples dever de fidelidade às normas independentemente de eventual ofensa a um bem jurídico determinado. Com efeito, não se pode continuar admitindo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, que a simples omissão ao cumprimento de uma determinação da Administração seja considerada crime autônomo, como se a negativa de fazer o que a Fazenda Pública dita por meio de seus agentes fosse, por si só, um comportamento criminoso.

⁸³ PRADO, Luiz Regis. op. cit., 281.

⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. op. cit., p. 77.

Semelhante interpretação significa que se exige do cidadão um *dever de fidelidade absoluta* ao Estado e às normas, concepção que somente se encontra em regimes totalitários e ditatoriais, inconcebível sob a égide da Constituição Federal de 1988, na qual estão assegurados os direitos ao devido processo legal, ao contraditório, e à ampla defesa (BITENCOURT, 2013, p. 78).

De semelhante forma, Kiyoshi Harada sustenta tratar-se de “equiparação ilegítima”, já que a conduta descrita no parágrafo único é “estranha ao tipo criminal previsto no *caput*”⁸⁵. O autor também ressalta que a omissão de que trata o dispositivo não se limita à omissão na entrega da nota fiscal, podendo referir-se também “à falta de exibição do livro fiscal ordenada pela autoridade fiscal, à falta de exibição do cadastro de inscrição fiscal, à falta de entrega da 3º via da nota fiscal destinada ao fisco”⁸⁶.

Em sentido contrário posiciona-se Edmar Oliveira Andrade Filho, entendendo pela autonomia do delito constante do parágrafo único, já que não há clara relação de causa e consequência entre a conduta de desatender as exigências da autoridade fiscal e a supressão ou redução de tributo⁸⁷ – elementares do tipo.

Na mesma esteira, ao analisar o dispositivo legal em evidência, Guilherme de Souza Nucci considera-o como “potencialmente inconstitucional”, por ofensa ao princípio da taxatividade⁸⁸. No mesmo sentido, Kiyoshi Harada (2015, p. 244) defende a atipicidade da conduta descrita no parágrafo único e também a inconstitucionalidade da norma proibitiva, por ofensa ao princípio da legalidade penal.

Além disso, a doutrina chama atenção para o fato de o crime do parágrafo único guardar grande semelhança com o delito de desobediência (art. 330, CP) – cuja pena é de detenção de 15 dias a 2 anos –, e, mesmo assim ser apenado com reclusão de 2 a 5 anos e multa⁸⁹.

A respeito da suposta discricionariedade que poderia advir da interpretação da redação do dispositivo em análise, Bitencourt destaca que tal determinação “não foi, em realidade, deixada ao arbítrio de autoridade administrativa, pois esta desempenha uma atividade

⁸⁵ HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. op. cit. p. 241-242.

⁸⁶ Ibidem, p. 242-243.

⁸⁷ ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. op. cit., p. 81.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 505-506.

⁸⁹ HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. op. cit. p. 243.

vinculada aos ditames da legislação em matéria tributária”. Por esta razão, o prazo de dez dias “não pode ser reduzido, arbitrariamente, pela autoridade administrativa para poucos dias ou até mesmo horas, em observância do *princípio da razoabilidade*”⁹⁰.

Por fim, deve-se ter em conta a relação feita pela doutrina entre o parágrafo único e o direito de não autoincriminar-se, consagrado no inciso LXIII, do art. 5º, da CF. Sobre este quesito, expõem Cezar Roberto Bitencourt e Luciana Monteiro (2013, p. 78-79):

[...] não se pode perder de vista que o contribuinte, como qualquer cidadão, tem o *direito de não autoincriminar-se*, nos termos do art. 5º, LXIII, da CF. Em outros termos, se, porventura, a exigência das autoridades fiscais puder configurar possível autoincriminação ou a produção de prova contra si mesmo, mesmo no âmbito extrapenal, o contribuinte não estará obrigado a atendê-la, ante a sua *flagrante inconstitucionalidade*. Consequentemente, esse não atendimento da exigência da autoridade tributária não caracterizará o crime interpretado pelo parágrafo único, que ora se examina, em decorrência do postulado *nemo tenetur se detegere* (todos têm direito ao silêncio e a não produzir prova contra si mesmo).

No mesmo sentido são as lições de Andrade Filho (2015, p. 81), para quem

A norma penal não incide nos casos em que o agente deixa de fornecer as informações solicitadas quando – a seu juízo – elas podem servir de prova contra si. A Constituição Federal consagra, no enunciado do inciso LXIII do art. 5º, o direito ao silêncio. O mandamento constitucional não pode ser amesquinhado e, por isso, parece claro que o agente pode deixar de apresentar documentos que possam ‘falar’ contra si.

Em se tratando do artigo 2º, da Lei nº 8.137/90, tanto a doutrina quanto os Tribunais Superiores reconhecem-nos como crimes formais, ou ainda, crimes de mera conduta. Isso implica em dizer que as condutas ali elencadas não necessariamente precisam causar dano ao erário, sendo suficiente a “idoneidade da conduta do agente pra produzir um potencial resultado ofensivo à preservação do bem jurídico da ordem tributária”⁹¹.

O sujeito ativo destes delitos somente pode ser o sujeito passivo da relação jurídico-tributária (contribuinte ou responsável), tratando-se, portanto, de crime próprio. O sujeito

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. op. cit., p. 77.

⁹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. op. cit., p. 161.

passivo, por sua vez, será o ente político da Federação que detém respectiva competência tributária impositiva⁹².

Também nas condutas descritas no art. 2º exige-se a chamada “burla fiscal”. Assim, a conduta do agente deve estar dirigida a fraudar o fisco, mesmo que, com isso, não logre êxito em, efetivamente, suprimir ou reduzir tributo.

Por essa razão, inclusive, é que parte da doutrina questiona a equiparação feita pelo legislador ao art. 1º. Em alguns casos, especificamente em se tratando do inciso I, as condutas descritas configurarão modalidades tentadas daquelas constantes do art. 1º, o que levou autores como Luiz Regis Prado (2009) e Cezar Roberto Bitencourt (2013) a questionarem a própria constitucionalidade deste dispositivo.

2.2 O sistema brasileiro de investigação preliminar aplicável aos crimes tributários

2.2.1 Fundamento para a existência da investigação preliminar

Antes que se possa tecer qualquer consideração ou crítica a respeito da persecução penal que precede o processo criminal, é preciso entender o porquê de sua existência e qual a sua finalidade. Sobre esta questão são pertinentes as reflexões trazidas pelo professor Aury Lopes Júnior, em sua obra *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*⁹³.

Para o autor, três são as razões que fundamentam a existência da instrução preliminar: a busca do fato oculto, a função simbólica exercida pela investigação e o seu papel de *filtro processual*, evitando acusações infundadas⁹⁴.

O primeiro fundamento decorre da constatação de que a conduta ilícita é realizada, via de regra, de maneira dissimulada e oculta, visando garantir tanto o sucesso da prática delitiva quanto a não aplicação da sanção penal a ela correspondente. Assim, considerando-se também

⁹² HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. op. cit. p. 245-246.

⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 267-271

que o início da persecução penal se dá, na maioria dos casos, por meio de notícia-crime, cabe ao Estado, enquanto detentor do monopólio do aparato repressivo, apurar os fatos comunicados e formular, quando possível, um juízo de probabilidade acerca da materialidade e autoria delitivas que permita justificar a instauração de um processo criminal em face do suposto autor.

A função simbólica da investigação, nas palavras do renomado jurista gaúcho, contribui para “restabelecer a tranquilidade social abalada pelo crime”, amenizando o desassossego por ele causado “através da sensação de que os órgãos estatais atuarão, evitando a impunidade”⁹⁵.

A atuação como *filtro processual*, reputada pelo autor como a principal função da investigação preliminar⁹⁶, refere-se ao momento procedimental em que se verifica a presença ou não da justa causa para a propositura da ação penal. Desta forma, em não havendo elementos que permitam a realização de um juízo de probabilidade acerca da ocorrência do delito e de sua autoria, não se autoriza o início do processo criminal, muito em razão do estigma dele decorrente⁹⁷.

2.2.2 Investigação preliminar policial

A investigação criminal realizada pela autoridade policial tem previsão constitucional no inciso IV, do §1º e no §4º, do art. 144. Tais dispositivos atribuem à Polícia Federal e às Polícias Cíveis dos Estados o exercício da atividade de polícia judiciária. De acordo com as lições Duclerc (2007, p. 81), o termo *polícia judiciária* é utilizado

para designar a atividade mesma, e o conjunto de órgãos do Poder Executivo encarregados de reprimir o fato já acontecido, reunindo elementos que permitam ao Poder Judiciário, no momento oportuno, manifestar-se definitivamente sobre o conflito, aplicando-lhe a solução devida à luz das normas de direito penal material.

Semelhantemente, os artigos 4º, do Código de Processo Penal e 2º, §1º, da Lei nº 12.830/13, dispõem que a atividade de polícia judiciária incumbe às autoridades policiais no

⁹⁵ Ibidem, p. 270.

⁹⁶ Ibidem, p. 272.

⁹⁷ Ibidem, p. 273.

território de suas respectivas circunscrições e tem por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

O instrumento que materializa a persecução penal feita pela polícia judiciária é o inquérito policial, o qual corresponde à “sequência de atos que visa apurar a ocorrência da infração penal e a sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa exercê-la, bem como requerer medidas cautelares” (BADARÓ, 2015, p. 114).

Há, contudo, uma limitação qualitativa na finalidade da atividade policial, pois, como explica Gustavo Badaró, a atividade desenvolvida pela polícia judiciária não visa à descoberta plena da infração penal, mas a probabilidade de existência do delito e quem o praticou.⁹⁸

As principais características do inquérito policial apontadas pela doutrina processual penal são: inquisitorialidade, sigilosidade, forma escrita.

Quando se diz que o inquérito policial é de natureza inquisitiva quer se dizer que não se aplica a este procedimento o direito constitucional ao contraditório. Apesar disto, são assegurados ao investigado diversos outros direitos, como, por exemplo, o direito ao silêncio, à ampla defesa, à preservação da sua intimidade e à preservação do sigilo de suas informações bancárias e fiscais.

2.2.2 Investigação preliminar a cargo do Ministério Público

Não há consenso entre os doutrinadores quanto à possibilidade de o Ministério Público conduzir a investigação penal.

Os principais argumentos utilizados por aqueles que entendem pela impossibilidade de o *Parquet* investigar diretamente condutas que constituem, em tese, ilícitos penais são: (1) a atribuição pela Constituição de competência para apuração de infrações penais foi dada de forma expressa e exclusiva à Polícia Judiciária (art. 144, § 1º, I e IV e §4º), (2) a Constituição, no art. 129, VII, conferiu ao MP a função de exercer o controle externo da atividade policial e

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 114.

não de substituí-la, (3) o inciso VI, do art. 129, da CF, que confere ao MP a prerrogativa de *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los* refere-se apenas aos inquéritos civis públicos e outros procedimentos de natureza administrativa, à exceção do inquérito policial, pois este estaria disciplinado no inciso VIII, do mesmo artigo, e (4) a competência para promover, de forma privativa, a ação penal não se adéqua à teoria dos poderes implícitos, pois a investigação não seria um *minus* em relação à propositura da ação penal.

Em sentido contrário, posicionam-se os que defendem a investigação criminal direta pelo MP, alegando, em apertada síntese que (1) o *Parquet*, na qualidade de titular da ação penal pública pode, não apenas requisitar diligências à Polícia Judiciária, mas também realizá-las, (2) a atribuição de competência para expedir notificações e requisitar informações, constante do inciso VI, do art. 129, da CF, abrange tanto a esfera cível quanto a criminal, (3) o art. 144 da CF não confere exclusividade à Polícia para investigação penal e, além disso, a atuação do MP não exclui a da autoridade policial, (4) a atuação do MP encontra respaldo nos artigos 127 e 129, incisos II e IX, da CF, e (5) no âmbito infraconstitucional, a Lei Orgânica do Ministério Público (L. 8.625/93), em seus art. 26, I, “a” e “b” também respalda a atuação ministerial.

No mês de maio de 2015, ao julgar o recurso extraordinário 593.727/MG⁹⁹, com repercussão geral reconhecida, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível a realização da investigação criminal preliminar pelo Ministério Público, desde que respeitados alguns requisitos.

Primeiramente, é necessário que haja respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados, com destaque, aqui, para o direito constitucional de não produção de provas contra si mesmo e de ampla defesa, cuja expressão se dá, também, com o direito de acesso aos

⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 593727**, rel. Min. Cezar Peluso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, acórdão eletrônico repercussão geral - mérito DJe-175, divulg. 04/09/2015, public. 08/09/2015.

elementos de prova já documentados no procedimento investigatório, em homenagem ao enunciado da Súmula Vinculante 14 do STF¹⁰⁰, e o respeito às prerrogativas dos advogados¹⁰¹.

Em segundo lugar, os atos e diligências devem necessariamente ser registrados nos autos, de modo a garantir-lhes a lisura e possibilitar o controle dos atos ministeriais que porventura atentem contra o ordenamento jurídico e/ou os direitos constitucionais dos investigados. Caso se faça necessária a adoção de alguma medida excepcional, cuja natureza exija o sigilo para garantia da efetividade (busca e apreensão, interceptação telefônica, etc.), é imperiosa a “formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo”¹⁰².

Ademais, o reconhecimento da legitimidade do MP para a realização da investigação penal deve observar as hipóteses de reserva constitucional, de duração razoável da instrução preliminar e a possibilidade de controle judicial de seus atos.

Nesta perspectiva, fixou-se a seguinte tese para fins de repercussão geral:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.

A apreciação do tema em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, entretanto, não teve o condão de amenizar as discussões doutrinárias.

¹⁰⁰ Súmula Vinculante 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

¹⁰¹ Em especial aquelas constantes dos incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX, do art. 7º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 88190, rel. Min. Cezar Peluso, segunda turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006.

De toda sorte, mesmo reconhecendo a existência do acentuado debate acerca da investigação criminal feita no âmbito do Ministério Público, este estudo não se deterá ao tema, sobretudo porque seria inócuo aos fins a que se propõe, já que a atuação do MP nessa seara é amplamente reconhecida pela jurisprudência, e, além disso, a própria legislação pátria subsidia o exercício da atividade investigativa por parte do *Parquet*.

A Lei nº 1.579/52, por exemplo, prevê em seu art. 6º-A, incluído pela Lei nº 13.367/16, o encaminhamento pelas CPIs ao Ministério Público de relatório do apurado no inquérito parlamentar¹⁰³. Da mesma forma, deve o BACEN, de acordo com o art. 4º, parágrafo 2º, Lei nº 4.728/65¹⁰⁴, encaminhar ao MP informações acerca de supostos crimes definidos em lei como de ação pública de que tenham conhecimento em razão do exercício de suas atividades¹⁰⁵. Igualmente, o art. 28, da Lei nº 7492/86¹⁰⁶ e o art. 83, da Lei nº 9430/96¹⁰⁷ impõe o dever de a CVM e da Secretaria da Receita Federal, respectivamente, comunicarem a ocorrência da prática, em tese, de ilícitos penais. De maneira análoga dispõe o art. 15, da Lei nº 9613/98¹⁰⁸, ao tratar sobre o COAF.

No que tange especificamente à investigação de crimes econômicos, dentre os quais se encontram os crimes contra a ordem tributária, a atuação do Ministério Público é inegável. Além das tradicionais promotorias de investigação penal e dos procedimentos investigatórios criminais (PIC), são criadas, cada vez mais, promotorias especializadas, grupos de repressão ao crime organizado e outras estruturas que o valham. Não se pode deixar de mencionar,

¹⁰³ Art. 6º-A, L. nº 1.579/52: A Comissão Parlamentar de Inquérito encaminhará relatório circunstanciado, com suas conclusões, para as devidas providências, entre outros órgãos, ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União, com cópia da documentação, para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais.

¹⁰⁴ Art. 4º, § 2º, L. 4.728/65: Quando, no exercício das suas atribuições, o Banco Central tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública, oficiará ao Ministério Público para a instalação de inquérito policial.

¹⁰⁵ É oportuno pontuar que o art. 66, inciso II, da Lei de Contravenções Penais contém a previsão de que aqueles que exercem função pública e tomam conhecimento da prática de infrações penais devem, obrigatoriamente, comunicar o fato à autoridade competente.

¹⁰⁶ Art. 28, L. 7492/86: Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato.

¹⁰⁷ Art. 83, L. 9430/96: A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

¹⁰⁸ Art. 15, L. 9613/98: O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito.

ainda, as chamadas “operações” deflagradas no âmbito do MP quando se trata de delitos empresariais.

O trabalho cada vez mais intenso quando se trata, especificamente, de crimes econômicos é questionado por parte da doutrina. Aponta-se, certa seletividade na atuação do MP, que teria dado preferência à atuação nos delitos empresariais e naqueles da maior repercussão¹⁰⁹.

Porém, apesar da efervescência do debate, o exame da questão não deve se restringir à análise de quem fará a investigação, e sim como esta será realizada, pois, como bem sinalizou Aury Lopes Júnior, “mais importante do que discutir ‘quem será o inquisidor’ é discutir como será a própria inquisição”¹¹⁰.

2.2.3 Investigação preliminar e as Comissões Parlamentares de Inquérito

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 2º, o princípio da separação dos poderes. Essa separação, todavia, não implica na completa dissociação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e sim na independência harmônica entre eles. É nesse cenário que se põe o exame da investigação preliminar a cargo das Comissões Parlamentares de Inquérito, as quais, não obstante integrarem a estrutura do Poder Legislativo, têm seu poder investigatório reconhecido pela Lei Maior¹¹¹.

Como salienta Barroso, a atuação do Parlamento, desde suas origens, compreende funções de tríplice natureza: legislativa, representativa e fiscalizadora¹¹². Um dos instrumentos de controle à disposição do Legislativo são as CPIs, as quais figuram como órgãos colegiados destinados à averiguação de fatos determinados, observados os preceitos constitucionais, legais e regimentais.

¹⁰⁹ ESTORILIO, Jairo Amodio. **Investigação Criminal nos Delitos Empresariais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 58.

¹¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 263.

¹¹¹ Artigos 49, X e 58, §3º, CF.

¹¹² BARROSO, Luis Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e Suas Competências: Política, Direito e Devido Processo Legal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez./jan./fev., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 09 de maio de 2017.

Apesar da falta de consenso quanto à sua origem, tem-se que as CPIs surgiram na Inglaterra, no ano de 1689¹¹³. No Brasil, a investigação parlamentar se fez presente desde a Constituição de 1934 (art. 36)¹¹⁴. A partir de então – excluindo-se apenas a Constituição de 1937, editada no período do Estado Novo –, todas os demais diplomas constitucionais previram a possibilidade de instauração dessas comissões.

A Constituição de 1946, em seu art. 53, tratou das CPIs, autorizando a sua criação para apuração de *atos determinados*¹¹⁵. Na mesma linha seguiram a Constituição de 1967 (art. 39)¹¹⁶ e a Emenda 1969 (art. 37)¹¹⁷. A Constituição de 1988, a seu turno, além de admitir a criação das comissões legislativas de inquérito, conferiu a elas *poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias*¹¹⁸.

A atribuição destes poderes, à primeira, vista pode causar estranheza, já que a Constituição consagrou, no âmbito do processo penal, a separação entre as funções de investigar e julgar. No entanto, essa passagem não deve ser tomada em sua literalidade, pois isso seria, no dizer de Barroso (2008, p. 11), “interpretar a vontade do constituinte contra os princípios que ele próprio elegeu”.

Assim, “o que se pretendeu com a inovação foi dar caráter obrigatório às determinações da comissão, ensejando providências como a condução coercitiva em caso de não comparecimento e impondo às testemunhas o dever de dizer a verdade”. Essa obrigatoriedade,

¹¹³ BELLOQUE, Juliana. op. cit., p. 143.

¹¹⁴ Art. 36. A Câmara dos Deputados criará Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros.

Parágrafo único - Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal indicadas no Regimento Interno.

¹¹⁵ Art. 53. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão Comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros.

¹¹⁶ Art. 39. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão Comissões de Inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros.

¹¹⁷ Art. 37. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, em conjunto ou separadamente, criarão comissões de inquérito sobre fato determinado e por prazo certo, mediante requerimento de um terço de seus membros.

¹¹⁸ Art. 58, §3º. As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

contudo, não outorga “autoexecutoriedade à comissão, que, em qualquer caso, haverá de servir-se do Judiciário”¹¹⁹.

Os pressupostos para a instalação das comissões são: (1) requerimento qualificado: deve haver voto de um terço dos membros da casa legislativa; (2) fato determinado: tal exigência visa evitar a apuração de alegações abstratas e irregularidades genéricas sem relação com o interesse público; (3) prazo certo: as CPIs são essencialmente temporárias; (4) competência: a competência das CPIs é determinada em virtude da matéria investigada, sempre guardando relação com a competência do órgão legislativo; e (5) correlação entre objeto e investigação: impossibilidade de alteração do objeto investigado, de modo a garantir a efetividade da investigação e do princípio constitucional do contraditório¹²⁰.

Ademais, a atuação das CPIs encontra respaldo nas Leis de números 1.579/52 e 10.001/00¹²¹. A primeira traz disposições gerais acerca das Comissões Parlamentares de Inquérito e a segunda a respeito da prioridade nos procedimentos a serem adotados pelo Ministério Público e por outros órgãos a respeito das conclusões das comissões parlamentares de inquérito.

A investigação das comissões, entretanto, é criticada por segmentos doutrinários e jurisprudenciais. Destaca-se a esse respeito parte do voto do Ministro Nelson Jobim na ACO 730/RJ, na qual se discutia a possibilidade de CPI estadual determinar a quebra de sigilo bancário:

As CPIs foram criadas pelos parlamentos e introduzidas nas Constituições para auxiliar o processo legislativo. Elas eram exatamente instaladas para examinar

¹¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. op. cit.

¹²⁰ VILARES, Fernanda Regina. **A Reserva de Jurisdição no Processo Penal**: Dos reflexos no inquérito parlamentar. 2010. 239 f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

¹²¹ O Procurador-Geral da República ingressou com a ADIn 5.351/DF, pleiteando a declaração da inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos: Art. 2º. A autoridade a quem for encaminhada a resolução informará ao remetente, no prazo de trinta dias, as providências adotadas ou a justificativa pela omissão.

Parágrafo único. A autoridade que presidir processo ou procedimento, administrativo ou judicial, instaurado em decorrência de conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito, comunicará, semestralmente, a fase em que se encontra, até a sua conclusão.

Art. 3º. O processo ou procedimento referido no art. 2º terá prioridade sobre qualquer outro, exceto sobre aquele relativo a pedido de *habeas corpus*, *habeas data* e mandado de segurança.

Art. 4º. O descumprimento das normas desta Lei sujeita a autoridade a sanções administrativas, civis e penais.

questões conjunturais e, daí, produzir legislações que pudessem leva-las ao maior conhecimento da temática legislativa.

Depois, progressivamente, quando a mídia e, principalmente a televisão, ingressaram com um elemento importante no processo eleitoral, essas CPIs se caracterizaram tipicamente não-investigatórias de auxílios legislativos, mas investigatórias no sentido de condutas. Transformaram-se em natureza policialesca. [...] E aí foi percebido pelos parlamentares federais que tinha-se, com a introdução das CPIs, um instrumento de propaganda extraordinária.

2.2.4 Investigação preliminar e a Secretaria da Receita Federal

A Secretaria da Receita Federal é o órgão responsável pela administração dos tributos cuja competência lhe foi outorgada pela Constituição Federal. Como explica Estorilio (2009, p. 67), esta Secretaria, no exercício das atividades que lhe incumbem, “acaba identificando condutas que constituem crimes contra a ordem tributária, motivo pelo qual atua como investigadora na apuração da autoria e arrecadação de substrato para uma eventual denúncia”.

Nesse cenário insere-se a figura da representação fiscal para fins penais¹²², prevista no art. 83, da Lei nº 9.430/96, nos seguintes termos:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, [...] será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Em decorrência da previsão de encaminhamento da representação ao MP apenas depois de proferida a decisão final sobre a exigência do crédito tributário, o Ministério Público Federal propôs, em 11 de março de 1997, a ADI 1571, alegando, em apertada síntese, que o art. 83 acima transcrito violaria o art. 129, I, da CF pois condicionaria a atuação ministerial no bojo de um crime cuja ação penal é pública incondicionada.

No mês de dezembro de 2003, os ministros do STF julgaram improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, pois a norma contida na Lei nº 9.430/96 traz uma limitação temporal, ou mesmo uma condição, aos órgãos fazendários e não ao Ministério Público. Reafirmou-se

¹²² A Portaria nº 2.439/2010 da Receita Federal do Brasil estabelece os 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.

nesse julgamento a natureza jurídica de notícia crime das representações fiscais para fins penais.

2.2.5 Investigação preliminar e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF foi criado em 1988 pela Lei nº 9.613, a qual traz disposições acerca da prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Integrando a estrutura do Ministério da Fazenda, o COAF se apresenta como um órgão multidisciplinar, de deliberação coletiva, e que tem por escopo a regulação e fiscalização de setores econômicos, visando impedir que estes sejam utilizados para branqueamento de capitais e o financiamento ao terrorismo¹²³.

A criação de um órgão detentor de tais incumbências não é inovação do sistema jurídico brasileiro. Na Argentina, por exemplo, há a chamada *Comisión Mixta de Control de las operatorias relacionadas con el lavado de dinero del narcotráfico*, que, tal como o COAF, se presta a examinar operações de natureza financeira que podem estar relacionadas com atividades ilícitas. Há, de igual modo, na Espanha, a *Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetárias*, o *Traitement du Renseignement Et Action Contre Les Circuits Financiers Clandestins – Tracfin*, na França e o *Financial Crimes Enforcement Network – FinCEN*, nos Estados Unidos¹²⁴.

O plenário do COAF é composto por um presidente e por um representante de onze diferentes órgãos e entidades do poder executivo federal¹²⁵, a saber: Banco Central do Brasil – BACEN, Comissão de Valores Mobiliários – CVM, Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, Secretaria da Receita Federal –

¹²³ A criação do COAF pode ser entendida como decorrente das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil quando da ratificação de tratados e convenções internacionais de repressão, entre outros, à lavagem de capitais e ao terrorismo. Inicialmente, tem-se como marco a Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, incorporada ao ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Somam-se ao citado diploma internacional, no ano 2000, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e, no ano de 2003, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), internalizadas no sistema jurídico brasileiro, respectivamente, pelos Decretos de números 5.015/04 e 5.687/06.

¹²⁴ Item 132, da Exposição de Motivos da Lei nº 9.613/98.

¹²⁵ Arts. 2º, incisos I a XI, do Decreto nº 2.799, de outubro de 1998 (Estatuto do COAF) e 16, da Lei nº 9.613/98.

SRF, Agência Brasileira de Inteligência – ABIN, Controladoria-Geral da União – CGU, Ministério das Relações Exteriores – MRE (Itamaraty), Ministério da Previdência Social, Ministério da Justiça e Departamento de Polícia Federal.

O caráter regulatório do COAF se verifica nas hipóteses cujas pessoas obrigadas informar as operações não detêm órgão regulador de suas atividades. Nestes casos, os entes serão controlados pelo COAF, que fixará unicamente diretrizes relativas à prevenção e combate à lavagem de dinheiro, não cabendo ao conselho, portanto, a regulação da atividade econômica em sua totalidade.

Por outro lado, a função precípua do COAF é operar como unidade de inteligência financeira, concentrando informações acerca de operações e movimentações econômicas e aplicando, quando cabíveis, sanções de natureza administrativa¹²⁶.

As informações chegam ao conhecimento do COAF, em regra, por três vias: (1) comunicação de operação obrigatória, (2) comunicação de operação suspeita e (3) comunicações de qualquer do povo, anônimas ou não. Destaca-se, no que se refere às duas primeiras modalidades, a noção de suspeição. No primeiro caso, considera-se a operação *objetivamente suspeita*. Dito de outra forma, serão consideradas suspeitas as operações que se adequem a determinados valores ou situações previamente entendidas pelo órgão regulador como suspeitas. Não há, aqui, qualquer margem discricionária para atuação dos agentes.

As comunicações de operação suspeita, por outro lado, podem ser entendidas como aquelas *subjetivamente suspeitas*, na medida em que não há parâmetro que dite se tal ou qual relação negocial é suspeita. Assim, a suspeição é estabelecida dadas as particularidades do caso concreto, após a avaliação das características do negócio firmado.

O principal insumo para as atividades do COAF são as comunicações enviadas por entidades de diferentes segmentos econômicos, as *pessoas obrigadas*¹²⁷, como bancos, seguradoras, corretoras de valores, imobiliárias, lotéricas, empresas de *factoring*, joalherias, administradoras de cartões de crédito, etc. Todos estes entes são obrigados por lei a informar

¹²⁶ Art. 12, da Lei n 9.613/98.

¹²⁷ Art. 9º, da Lei nº 9.613/98.

operações que fogem aos padrões normais do setor, mediante critérios previamente fixados (operações objetivamente suspeitas)¹²⁸. Cita-se, por exemplo, os saques e pagamentos volumosos em espécie. A suspeição, todavia, não obsta a realização da operação. Contudo, ela deve ser comunicada ao Conselho para que tais dados sejam processados e se conclua ou não pela possibilidade de a transação relacionar-se com atividades ilícitas.

Após o recebimento e análise das sobreditas comunicações e de outras fontes de informação¹²⁹, o COAF elabora o Relatório de Inteligência Financeira – RIF. Este relatório pode ser *espontâneo (de ofício)*, se confeccionado a partir das comunicações dos segmentos obrigados ou *de intercâmbio*, se elaborado para atender solicitações de autoridades nacionais ou demandas de outras unidades de inteligência financeira¹³⁰.

Para que se elabore o relatório de intercâmbio são necessários os seguintes requisitos¹³¹: (1) a solicitação de informação deve ter sido apresentada por autoridade responsável pela investigação do crime de lavagem de dinheiro e do crime antecedente, qualquer que seja, (2) deve haver procedimento investigatório formalmente instaurado, cujo número deve constar do requerimento, (3) as informações sobre fundados indícios da existência do (s) crime (s) em apuração, bem como a indicação do respectivo tipo penal devem estar bem delineadas e (4) deve-se individualizar os investigados, mediante indicação da correspondente inscrição no CPF e/ou CNPJ.

Ademais, pode-se afirmar, na atual conjuntura, que, para além da regulação e fiscalização dos setores econômicos, o COAF se mostra como verdadeiro órgão de investigação penal, muito em razão da especialidade técnica deste ente – que, via de regra, é maior do que a vislumbrada nos órgãos investigativos “tradicionais”.

¹²⁸ SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 595-596.

¹²⁹ Base de dados SIDIS (base de inquéritos), Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ, Declaração de Operações Imobiliárias - DOI, Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos – SIAPE, Sistema de Informações Rurais – SIR, Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS, Cadastro Nacional de Empresas – CNE, Análise das Informações de Comércio Exterior - Alice Web, Base de Grandes Devedores da União, Bases do TSE, Declaração de Porte de Valores – e-DPV, dentre outras.

¹³⁰ COAF. Relatório de Inteligência Financeira – RIF. Disponível em <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/a-inteligencia-financeira/relatorio-de-inteligencia-financeira-rif>> Acesso em: 22/04/2017.

¹³¹ *Ibidem*.

Esta nova conformação da investigação criminal, paralela às atividades da Polícia e do Ministério Público, é questionada por renomados estudiosos do processo penal. Aponta-se, por exemplo, o “esmaecimento da fronteira que separa as funções de prevenção e repressão de infrações penais, deslocando-se o Processo Penal para a primeira” e a “tendência de intervenção preventiva das agências que integram o poder punitivo, em detrimento da tradicional postura reativa”¹³².

Nesta perspectiva, a investigação, tomada, até então, como um fenômeno retrospectivo, passa a se mostrar de forma constante, pondo em xeque princípios extremamente caros ao Processo Penal Constitucional, como a presunção de inocência. Esta questão é apenas uma dentre tantas outras que desafiam os operadores do Direito na tentativa de compatibilizar o direito penal econômico com os valores constitucionais e com as normas penais e processuais penais.

É de se salientar, ainda, que o conteúdo do RIF é de natureza sigilosa e, por esta razão, sujeita-se à proteção constitucional, na forma do inciso X, do art. 5º. Assim, sustenta-se que o destinatário do RIF fica responsável pela manutenção da discricção das informações nele constantes.

A afirmação de que o receptor do relatório de inteligência deve preservar a confidencialidade daquelas informações, entretanto, não é tão incontroversa como pode parecer. Ao contrário, discute-se se os relatórios podem ser compartilhados e, em caso positivo, quem pode a eles ter acesso e quais as condições a serem preenchidas para a sua obtenção.

O debate se intensifica principalmente quando se questiona a possibilidade ou não desses relatórios serem utilizados para fins de persecução penal. Este ponto será enfrentado especificamente no subitem 2.2.7 deste capítulo.

¹³² MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal Aplicado à Criminalidade Econômico Financeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 114, 2015. p. 279-320.

2.2.6 A Súmula Vinculante 24 e suas implicações na persecução penal dos crimes tributários

No ano de 2009, entrou em pauta no Supremo Tribunal Federal a votação da Proposta de Súmula Vinculante nº 29. Após intensos debates, a maioria dos ministros optou por uma dentre duas redações de enunciado propostas, qual seja: “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”.

Antes de mais nada, é preciso que se diga que a súmula vinculante 24 trata de tipicidade. A adoção desta premissa, além de resultar da análise lógica da redação sumular, ajuda a solucionar parte das dúvidas que circundam a investigação penal dos crimes tributários. Dizer que *não se tipifica* corresponde a dizer que *não há crime* antes da constituição definitiva do crédito tributário.

A bem da verdade, a formulação daquele enunciado veio apenas confirmar o que pretendeu o legislador ao inserir no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.137/90 os verbos-núcleo “suprimir” e “reduzir”. Ora, considerando-se que atualmente o Estado dispõe de órgãos específicos para apurar o regular cumprimento das obrigações tributárias – as Secretarias de Fazenda –, não há que se cogitar do início da persecução penal, mesmo em caráter preliminar, sem que haja sequer certeza de que houve evasão total ou parcial dos valores de tributo a serem recolhidos.

Questiona-se, então, qual seria a natureza jurídica do esgotamento da via administrativa. Seria condição de procedibilidade? Questão prejudicial? Elementar normativa? Condição de punibilidade?

Depreende-se da análise de alguns julgados do STF que a própria Corte Suprema já considerou o lançamento definitivo como condição de punibilidade¹³³ e como elemento normativo do tipo.

¹³³ Vide **HC 102.477/SP**, de relatoria do Min. Gilmar Mendes: “Em princípio, atesto que a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia condição objetiva de punibilidade. Em outras palavras, não se pode afirmar a existência, nem tampouco fixar o montante da obrigação tributária até que haja o efeito preclusivo da

Nada obstante, como já sublinhado anteriormente, a questão em pauta é afeta à tipicidade. Com efeito, se não há constituição definitiva do crédito tributário não há crime e, por conseguinte, não há que se falar em condição de punibilidade. Como ensina Malan (2010), a condição de punibilidade é “estranha aos elementos integrantes do tipo penal e independente do dolo do agente, ao passo que o artigo em análise fala expressamente em ‘suprimir ou reduzir tributo’”.

Também não é correto afirmar que o lançamento definitivo é condição de procedibilidade, já que os crimes tipificados no artigo 1º são de ação penal pública incondicionada¹³⁴.

Igualmente, a decisão final no âmbito do processo administrativo fiscal não se afigura como questão prejudicial, pois para que esta seja arguida é imprescindível a instauração do processo criminal, o qual não será iniciado sem que haja prova da materialidade delitiva – atestada pelo lançamento definitivo.

Pode-se afirmar, portanto, que a constituição definitiva do crédito tributário é elemento normativo dos tipos penais elencados no art. 1º da Lei nº 8.137/90, cuja ausência implica, inevitavelmente, na atipicidade da conduta¹³⁵. Por via de consequência, em não havendo conduta típica não será possível o ajuizamento de ação penal condenatória e nem mesmo a instauração de inquérito policial ou outro procedimento investigatório de natureza criminal, já que “a falta de tipicidade da conduta do agente acarreta falta de justa causa para a persecução e inflige constrangimento ilegal ao cidadão contribuinte, passível de tutela pela via do habeas corpus”¹³⁶.

decisão final administrativa”; **HC 122.755/PE**: “Ressalto que os autos informam que o processo administrativo fiscal foi concluído no ano de 1.998 [...]. Com efeito, tem-se como preenchida a condição objetiva de punibilidade, não havendo espaço para acolhimento da preliminar defensiva”; **HC 105.197/PB**: “É o que me basta para concluir pela patente ilegalidade em desfavor dos pacientes. Afinal, nos casos de crime material contra a ordem tributária (incisos I a IV do art. 1º da Lei 8.137/1990), é indispensável para a instauração da persecução penal a devida comprovação da condição objetiva de punibilidade. Pelo que, à falta dessa efetiva comprovação, há de se proclamar a ocorrência de um vício processual que se me afigura insanável. Vício processual, portanto, que não é passível de convalidação”.

¹³⁴ Art. 15, da Lei nº 8.137/90 c/c art. 100, do Código Penal.

¹³⁵ WUNDERLICH, Alexandre. Desde os Reclamos da Doutrina até o Leading Case do STF: HC 81.611/DF e o exaurimento da esfera administrativa nos crimes tributários. Revista dos Tribunais. **Caderno de Ciências Penais**. v. 8, p. 123, jan., 2008.

¹³⁶ MALAN, Diogo Rudge. op. cit..

Em suma, é possível listar algumas das principais consequências advindas da redação típica do art. 1º da Lei 8.137/90 e da Súmula Vinculante 24:

(1) Impossibilidade de instauração de inquérito policial ou qualquer outro procedimento investigatório criminal antes da constituição definitiva do crédito tributário: Trata-se da regra geral, a qual pode ser afastada nas hipóteses em que se apuram crimes conexos aos contra a ordem tributária e que independem de processo administrativo fiscal¹³⁷, ou mesmo para viabilizar o exercício da fiscalização tributária, nas hipóteses em que o contribuinte se nega a fornecer os livros e documentos fiscais;

(2) Impossibilidade de oferecimento da denúncia antes da inscrição do débito em dívida ativa;

(3) A desconstituição do crédito tributário implica diretamente na persecução penal: Tome-se como exemplo as hipóteses de desconstituição por revisão do lançamento tributário, bem como as de sua invalidação por vício do ato, ou mesmo os casos de anistia, extinção ou pagamento do débito tributário;

(4) A data da inscrição em dívida ativa corresponde ao termo inicial para contagem do prazo prescricional;

(5) A decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário obsta a persecução penal dos delitos fiscais:

(6) Inexistência de “suspensão da pretensão punitiva” antes da constituição definitiva do crédito tributário: Caso o contribuinte parcele o débito assim que for notificado pelos órgãos fazendários para pagar, este não será automaticamente inscrito em dívida ativa, o que ocorrerá apenas se não houver o adimplemento das parcelas do acordo.

Ademais, cumpre salientar que os delitos previstos no artigo 2º da mencionada lei especial, por serem considerados crimes formais, prescindem da constituição definitiva do crédito tributário para fins de investigação e propositura da ação penal¹³⁸.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 107362**, rel. Min. Teori Zavascki, segunda turma, julgado em 10/02/2015, processo eletrônico DJe-039 divulg. 27-02-2015 public. 02-03-2015.

¹³⁸ Nesse sentido STJ - **REsp: 1177354 MT** 2010/0014388-7, Rel. Min. Laurita Vaz, julg. Em 15/10/2013, quinta turma, public. DJe 25/10/2013 e STF - **RHC: 90532 CE**, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, public. DJe-208 divulg. 05/11/2009 public. 06/11/2009 ement vol-02381-03 pp- 00728.

2.2.7 O uso dos relatórios de inteligência financeira na investigação dos delitos fiscais

Conforme sinalizado quando da análise da investigação desenvolvida pelo COAF, tanto o encaminhamento, mas, principalmente, o uso dos relatórios de inteligência na investigação criminal como base para o requerimento de quebra de sigilo bancário e/ou fiscal e até mesmo como suporte único para a propositura de ação penal, são contestáveis.

O tema não é tratado de maneira aprofundada pela doutrina, mas o Judiciário, com destaque, aqui, para os precedentes do Superior Tribunal de Justiça, tem se deparado com casos concretos que exigiram o exame mais detido da questão.

Quanto à possibilidade de requerimento de quebra de sigilo unicamente com base em relatório do COAF, nota-se clara mudança no entendimento do STJ. Inicialmente, o Tribunal entendia não ser possível que se pleiteasse o afastamento dos segredos bancário e fiscal dos investigados sem que antes fossem adotadas outras providências investigativas que pudessem justificar a imprescindibilidade da ingerência estatal nos direitos fundamentais dos indivíduos. A realização de diligências prévias, então, impediria que as medidas excepcionais fossem utilizadas como instrumentos de busca generalizada¹³⁹.

Tal entendimento permaneceu até o ano de 2016, quando então o STJ passou a sustentar a validade do requerimento de quebra de sigilo baseado apenas nos RIFs encaminhados pelo COAF. Defendeu-se, inclusive, a possibilidade de determinação, após o resultado da quebra, de outras medidas ocultas de investigação, como, por exemplo, a busca e apreensão¹⁴⁰.

Por via de consequência, também não é considerada nula pelo STJ a decisão que defere a quebra de sigilo bancário e fiscal unicamente com base em relatório do COAF¹⁴¹.

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 191.378/DF**, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, sexta turma, julgado em 15/09/2011, DJe 05/12/2011.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 349.945/PE**, rel. Min. Nefi Cordeiro, rel. p/ acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 06/12/2016, DJe 02/02/2017.

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 42.121/RJ**, rel. Min. Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 15/09/2016, DJe 26/09/2016.

A radical mudança no entendimento do STJ é ilustrada também no RHC 45.207/PA, no bojo do qual a sexta turma do Tribunal assentou que “não há nulidade em denúncia oferecida pelo Ministério Público cujo supedâneo foi relatório do COAF, que, minuciosamente, identificou a ocorrência de crimes vários e a autoria de diversas pessoas”¹⁴².

Não seria sequer necessária a instauração de inquérito policial, já que o mesmo é dispensável nos casos em que o Ministério Público detém elementos informativos suficientes para dar início à ação penal¹⁴³.

Convém ressaltar, ainda, que o STJ tem entendido que não há violação aos sigilos bancário e fiscal em solicitações feitas pelo MP ao COAF, sem prévia autorização judicial, sobre eventuais movimentações bancárias atípicas envolvendo sujeitos alvos de investigação ministerial¹⁴⁴.

Para o Tribunal, não haveria constrangimento ilegal em dita solicitação, pois o MP teria acesso aos relatórios (de intercâmbio) e não aos dados que o COAF se baseou para confeccioná-los¹⁴⁵. O mesmo entendimento se aplica se for a Polícia quem tiver solicitado as informações¹⁴⁶.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 45.207/PA**, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, rel. p/ acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 26/08/2014, DJe 03/02/2015.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 43.356/PA**, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, rel. p/ acórdão Min. Rogerio Schietti Cruz, sexta turma, julgado em 26/08/2014, DJe 03/02/2015

¹⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 52.677/SP**, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 27/04/2017, DJe 05/05/2017.

¹⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 49.982/GO**, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 09/03/2017, DJe 15/03/2017.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 73.331/DF**, rel. Min. Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016.

3 QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NA APURAÇÃO DOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

3.1 Natureza jurídica das medidas

Fixados os principais contornos jurídicos dos sigilos bancário e fiscal, bem como as peculiaridades da persecução penal dos delitos tributários, necessário se faz o exame específico das medidas excepcionais de afastamento da confidencialidade das informações de caráter financeiro e fiscal dos contribuintes, para fins de investigação criminal.

Quando se fala em quebra de sigilo bancário e fiscal, há que se indagar, primeiramente, acerca da natureza jurídica destas figuras, de modo a identificá-las no sistema jurídico vigente.

Como leciona Belloque (2003, p. 86), o sigilo financeiro consiste *medida de coação porque importa em restrição a direito fundamental. Como todas as medidas dessa natureza, será lícita – e, então, processualmente admissível e valorável – quando a sua realização obedecer aos pressupostos e requisitos exigidos pela Constituição e pela lei.*

3.1.1 Os sigilos bancário e fiscal como meios de obtenção de provas

O Código de Processo Penal Brasileiro não faz a distinção entre *meios de prova* e *meios de obtenção de prova*, como fez, por exemplo, o legislador italiano¹⁴⁷ e o português¹⁴⁸. De modo geral, a doutrina processual penal também não se atém a esta diferenciação¹⁴⁹.

Contudo, como ensina Lopes Júnior (2016, p. 197-198), os meios de obtenção de prova “são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova”. Não são “propriamente a ‘prova’, senão meios de obtenção”.

¹⁴⁷ O Título III, do Livro III, do Código de Processo Penal italiano disciplina os “*mezzi di ricerca della prova*”, que são “*le ispezioni, Le perquisizioni, i sequestri e le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*” (BELLOQUE, 2003, p. 88).

¹⁴⁸ Os meios de obtenção de provas são tratados, no direito português, no Título III, do Livro III, do Código de Processo Penal, sendo estes: i) o exame de pessoas, coisas e lugares, ii) as revistas e buscas, iii) as apreensões e iv) as escutas telefônicas (BELLOQUE, 2003, p. 89).

¹⁴⁹ Dentre os que exploram a distinção pode-se citar Gustavo Badaró, Aury Lopes Júnior, Antonio Magalhães Gomes Filho, Diogo Rudge Malan, Geraldo Prado, Antonio Eduardo Ramires Santoro e Juliana Belloque.

De maneira semelhante, Badaró (2015, p. 383) explica que

enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática [...], os meios de obtenção de provas [...] são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes, sim, aptos a convencer o julgador [...]. Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução histórica dos fatos.

Estes instrumentos são também chamados de *meios de pesquisa*, *meios de investigação*¹⁵⁰ ou, ainda, *meios ocultos* de prova.

Os meios de prova referem-se, via de regra, à atividade endoprocessual, a qual se desenvolve perante o juiz, com a participação direta das partes, no intuito de obter elementos de prova aptos a serem valorados pelo julgador. São, ainda, procedimentos realizados em estrita observância ao princípio constitucional do contraditório¹⁵¹. Já os meios ocultos são aqueles que visam a colheita de fontes de prova, as quais, por si só, são inaptas a interferir no convencimento do juiz, São mecanismos essencialmente extraprocessuais, realizados sem a observância do contraditório, na presença de outros agentes, que não o juiz, v.g. policiais¹⁵² e quase sempre implicam na vulneração de algum direito fundamental¹⁵³.

É importante destacar, por oportuno, a equivocidade de conferir ao material obtido em decorrência da quebra de sigilo bancário e/ou fiscal como mera prova documental, pois, em última análise, toda a informação trazida no bojo da persecução penal será documentada.

Por esta razão é que o professor Antonio Santoro chama a atenção para o fato de que “o que caracteriza o meio de prova é seu procedimento, não seu resultado. O rito probatório

¹⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (Org.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 309; MALAN, Diogo Rudge. op. cit., p. 219.

¹⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 309.

¹⁵² Ibidem, p. 309.

¹⁵³ BADARÓ, Gustavo. op. cit., p. 383.

caracterizador do meio de prova vai desde o requerimento de produção, passando pela sua admissão e produção, até sua valoração”¹⁵⁴.

Além disso, são aqui pertinentes as observações feitas por Diogo Malan ao tratar dos meios ocultos de prova no ordenamento jurídico brasileiro, tendo pontuado as seguintes características¹⁵⁵:

(i) grave déficit legislativo: há métodos *atípicos*, ou seja, sem procedimento probatório regulamentado em lei (v.g. interceptação ambiental domiciliar de conversas entre pessoas presentes), sem haver sequer meio de investigação *típico* cujo procedimento lhes possa ser aplicado, por analogia; *(ii) procedimento técnico-operacional oculto*: há grave omissão legislativa quanto ao procedimento técnico-operacional específico a ser adotado na efetivação da medida, que remanesce alheio ao conhecimento e controle do Juiz e das partes processuais (v.g. busca e apreensão de mensagens de correio eletrônico (*e-mails*) armazenadas em servidor); *(iii) quebra da cadeia de custódia*: como inexistem regulamentos e procedimentos administrativos acerca da *cadeia de custódia* há frequente ilicitude probatória, decorrente da *adulteração* ou *perda* das fontes materiais de prova obtidas (artigo 159, § 6º do Código de Processo Penal).

Por todo o exposto, nota-se que a distinção entre meios de prova e meios de obtenção de provas não se dá por mero classificacionismo, mas porque ambos, de fato, são institutos distintos e merecem análise e tratamento compatível com suas peculiaridades.

3.2 Hipóteses de cabimento

A quebra de sigilo bancário é cabível quando se tratar de investigação criminal ou civil, instrução processual, apuração legislativa, fiscalização financeira, investigação fiscal e favorecimento da defesa processual da União.

O afastamento do sigilo fiscal, de igual modo, pode ser decretado quando se estiver diante de investigação criminal ou civil.

¹⁵⁴ SANTORO, Antonio E. R. **Controle Epistêmico Sobre a Interceptação das Comunicações Telefônicas e de Dados: Uma Subversão dos Papéis dos Atores do Sistema Penal**. I Encontro de Internacionalização do CONPEDI. 1ed. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v. 15, p. 113-136.

¹⁵⁵ MALAN, Diogo Rudge. Notas sobre a investigação e prova da criminalidade econômico-financeira organizada. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 2, p. 213-238, 2016.

3.3 Pressupostos e requisitos para o requerimento e a decretação das medidas

Para que a decretação da quebra dos sigilos bancário e fiscal esteja em conformidade com o sistema jurídico vigente, há que se observar se estão presentes, de forma cumulativa, alguns pressupostos e requisitos.

Os pressupostos são de ordem formal ou material¹⁵⁶. O pressuposto formal corresponde à previsão legal expressa das medidas. Quanto a esta determinação não se observa maiores discussões. A possibilidade de mitigação do sigilo das informações de natureza financeira e fiscal está contida, respectivamente, no §4º, do art. 1º, da LC nº 105/01 e no art. 198, do CTN.

Antonio Scarance Fernandes esclarece, ainda, que a previsão legislativa para a obtenção de informações sigilosas dos investigados deve preencher alguns requisitos¹⁵⁷: (1) explicitar as hipóteses de cabimento do acesso aos dados; (2) arrolamento das pessoas ou entidades que têm direito de acesso aos dados; e (3) previsão dos órgãos competentes para autorizar o acesso.

O pressuposto material, por sua vez, diz respeito à chamada *justificação teleológica*¹⁵⁸ ou, dito de outra forma, representa a finalidade almejada com a quebra de sigilo. Desse modo, as medidas excepcionais de afastamento de sigilo devem visar atingir fins legítimos, assim considerados aqueles que estiverem em harmonia com a Carta constitucional.

Fixados os pressupostos, há que se determinar quais as formalidades necessárias ao afastamento da confidencialidade financeira e fiscal. Trata-se, portanto, dos requisitos a serem preenchidos quando do requerimento e da decretação da quebra.

¹⁵⁶ MALAN, Diogo Rudge. Considerações sobre os crimes contra a Ordem Tributária. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, v. 865, p. 450-481, 2007.

¹⁵⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. O Sigilo e a Prova Criminal. **Revista dos Tribunais**. **Caderno de Ciências Penais**. v. 4, p. 153, jan., 2006.

¹⁵⁸ MALAN, Diogo Rudge. op. cit.

A Lei Complementar nº 105/2001, em seu art. 1º, §4º, traz como requisito para o afastamento do sigilo bancário a *necessidade* da medida:

§ 4º. A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes [...].

Para a doutrina e a jurisprudência, entretanto, diversas são as condições a serem preenchidas de modo a autorizar a quebra de sigilo financeiro. No dizer de Malan (2007), por exemplo, os requisitos são de natureza extrínseca e intrínseca¹⁵⁹. As condições extrínsecas compreendem a reserva legal e a motivação do ato que excepciona o sigilo. Já a formalidade intrínseca abarca as noções de idoneidade, necessidade e proporcionalidade da medida.

Ao tratar desse tema, Márcia Haydée Porto de Carvalho aponta, basicamente, dois requisitos: o respeito à forma legal e o respeito aos direitos fundamentais, em especial o de acesso à justiça, do devido processo legal e da presunção de inocência¹⁶⁰. Somam-se a estas condições a existência de investigação para apuração da suposta conduta delituosa, a prática de atos investigativos antes do requerimento da quebra – de modo a contemplar o caráter excepcional da medida – e a existência de justa causa para decretação do afastamento do sigilo¹⁶¹.

Em suma, é possível apontar os seguintes requisitos para o pedido e o deferimento das citadas medidas excepcionais: (1) Existência de processo ou investigação criminal formal, (2) indícios de autoria, (3) individualização do investigado e do objeto de investigação, (4) obediência ao devido processo legal substantivo, devendo-se considerar, especialmente: (4.1) O princípio do promotor natural, nas investigações a cargo do MP e (4.2) O princípio do juiz natural, (5) fundamentação da decisão, que não pode ser apenas formal, ao contrário, deve mencionar de maneira satisfatória os motivos da quebra e a necessidade da medida para o fim pretendido. A simples menção ao “interesse público” ou a mera indicação de dispositivo legal que autoriza a medida não são suficientes, (6) prova da materialidade, (7) imprescindibilidade da prova: este requisito só pode ser preenchido se outros atos de investigação forem

¹⁵⁹ MALAN, Diogo Rudge. op. cit.

¹⁶⁰ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. op. cit., p. 130-145.

¹⁶¹ BELLOQUE, Juliana. op. cit., p. 98 e ss.

anteriormente praticados. Do contrário, não há como afirmar a necessidade da quebra de sigilo.

3.4 Legitimidade para requerer

Na atual conjuntura, são legitimados a requer a quebra de sigilo bancário o Delegado de Polícia e o membro do Ministério Público¹⁶².

3.5 Competência para afastar os sigilos

3.5.1 Autoridade judiciária

A competência da autoridade judiciária para determinar o afastamento, seja do sigilo bancário, seja do sigilo fiscal, é inconteste. A principal discussão que se põe, todavia, é se tais medidas são ou não sujeitas à reserva jurisdicional.

Uma parte da doutrina entende que tais medidas não precisam ser determinadas única e exclusivamente pela autoridade judiciária. Este é o posicionamento, por exemplo, de Márcia Haydée de Carvalho¹⁶³. O STF, de igual modo, não reconhece a aplicação da cláusula de reserva jurisdicional à hipótese.

De outro giro, há quem entenda que a quebra de sigilo só pode se dar por expressa autorização da autoridade judiciária competente.

3.5.2 Autoridade tributária

Dentre as diversas polêmicas causadas e/ou intensificadas no meio jurídico a partir da promulgação da Lei Complementar 105 de 2001, está aquela relativa à faculdade conferida à

¹⁶² A alínea “a”, do inciso XVIII, do art. 6º, da Lei Orgânica do Ministério Público (LC nº 75/93) assim dispõe: “Compete ao Ministério Público da União (...) XVIII – representar a) ao órgão judicial competente para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins”.

¹⁶³ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. op. cit., p. 158.

fiscalização tributária para, no bojo do processo administrativo fiscal, acessar, sem prévia autorização judicial, os dados bancários dos contribuintes. Tal permissão consta do artigo 6º, da LC nº 105/01.

Inicialmente, convém ressaltar que o mencionado artigo não foi o primeiro a tratar do acesso a informações bancárias dos contribuintes por parte das autoridades fiscais, no exercício da fiscalização tributária. Já em 1964, a Lei nº 4.595 apresentava, em seu artigo 38, autorização para o acesso aos dados bancários por parte do Fisco¹⁶⁴.

Posteriormente, em 1990, adveio a Lei nº 8.021, dispondo sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, que, em seu art. 8º, trouxe semelhante autorização¹⁶⁵.

De igual modo, a Lei nº 9.311/96, que instituiu a CPMF, em seu artigo 11, com redação dada pela Lei nº 10.174/01, previu a possibilidade de requisição e exame de dados bancários dos contribuintes pela Secretaria da Receita Federal¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados se não reservadamente.

¹⁶⁵ Art. 8º. Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

¹⁶⁶ Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.

Finalmente, a Lei Complementar nº 105/01, à semelhança dos dispositivos legais acima mencionados, autorizou o acesso aos dados bancários dos contribuintes sem prévia autorização judicial¹⁶⁷.

O STF, recentemente, foi instado a se pronunciar sobre o assunto, quando do julgamento conjunto do RE 60.1314/SP e das ADIs 2390/DF, 2386/DF, 2397/DF, e 2859/DF, todas de relatoria do ministro Dias Toffoli.

Na oportunidade, restou assentado, por maioria de votos, que a Receita Federal pode acessar diretamente os dados bancários dos contribuintes e que tal acesso não importa em quebra de sigilo, mas em sua transferência.

3.5.3 Comissões Parlamentares de Inquérito

Conforme pontuado quando da análise da investigação preliminar a cargo das comissões parlamentares de inquérito¹⁶⁸, vozes autorizadas da doutrina sustentam que mesmo em face do contido no §3º, do art. 58, da CF, as CPIs devem submeter à análise do Poder Judiciário o pedido de afastamento daqueles sigilos, pois “a norma atributiva de poderes de investigação

¹⁶⁷ Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

(...)

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

¹⁶⁸ Cf. Capítulo 2.2.3 *Investigação preliminar e as Comissões Parlamentares de Inquérito*.

de autoridade judicial tem caráter material, e não processual. Institui o poder de exigir, mas não o de executar”¹⁶⁹. Esse entendimento, contudo, não é o que prevalece.

A possibilidade de mitigação do segredo das informações de natureza fiscal e bancária dos investigados sem prévia autorização judicial é amplamente reconhecida na jurisprudência do STF, que vê no art. 58, §3º, da CF o fundamento para a extensão da obrigatoriedade de fundamentação (art. 93, IX, da CF) ao ato da CPI que determina a quebra de sigilo¹⁷⁰.

De maneira geral, os requisitos apontados pelo Supremo para o afastamento dos sigilos bancário e fiscal pelas CPIs são: (1) fundamentação contemporânea à medida, (2) indicação precisa do objeto da ordem expedida, (3) indicação da “causa provável” justificadora: este requisito é corolário do primeiro e se faz presente em diversos julgados da Corte Suprema. A exigência de tal indicação é imprescindível, sob pena de nulidade, (4) demonstração da necessidade da medida excepcional, (5) observação irrestrita do quórum mínimo de 1/3 dos membros, e (6) apuração de fato determinado e por prazo certo.

Tais condições devem ser rigidamente observadas sob pena de o ato emanado da CPI consistir em *devassa indiscriminada, instrumento de busca generalizado*, ou ainda *devassa exploratória*, a qual tem por objeto a “busca de ilícitos insuspeitados”.

3.5.4 A (im) possibilidade de afastamento dos sigilos diretamente pelo Ministério Público

Talvez um dos pontos mais controvertidos deste estudo diga respeito à possibilidade ou não de acesso, por parte do Ministério Público, aos dados fiscais e bancários dos contribuintes no bojo da investigação criminal.

É possível identificar entre os doutrinadores duas posições claramente opostas: de um lado, há quem sustente a prerrogativa do Parquet de acessar os referidos dados sem a

¹⁶⁹ BARROSO, Luis Roberto. op. cit., p. 17.

¹⁷⁰ MS nº 24.217-5: “assim como os atos judiciais são nulos se destituídos de fundamentação (CF, art. 93, IX), assim também os das referidas comissões, a quem o §3º do art. 58 da Constituição confere ‘os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias’”.

necessidade de autorização judicial e, de outro, os que sustentam pugnam pela impossibilidade.

Dentre aqueles que defendem a primeira posição está Luiz Fernando Bellinetti¹⁷¹, que aduz que

em face da nova feição dada à instituição do Ministério Público pela Carta Constitucional de 1988, que o incumbiu da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como, entre outras atribuições, da promoção do inquérito civil e ação civil pública visando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos [...] evidentemente era necessário que tivesse o Ministério Público amplos meios investigativos ao seu dispor, inclusive o poder de quebra do sigilo bancário [...].

A segunda corrente, indiscutivelmente majoritária e amparada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, posiciona-se contrariamente à possibilidade de acesso direto do MP aos dados bancários e fiscais dos investigados.

Para Arnoldo Wald (2010),

É impróprio dar poderes ao Ministério Público e às autoridades administrativas para que, arbitrariamente, possam exigir das instituições financeiras informações sobre as movimentações bancárias dos cidadãos. Os poderes atribuídos ao Ministério Público pelo art. 129 da CF (LGL\1988\3) devem ser interpretados juntamente com o art. 5º, LIV, da CF/1988 (LGL\1988\3), que prevê a obrigatoriedade do devido processo legal.

O autor também ressalta que

além disso, o art. 26, II, da Lei 8.625/93, contém autorização genérica que não afasta a exceção da proibição de violação de sigilo. O § 2.º desse mesmo artigo define uma hipótese de responsabilidade do membro do Ministério Público, não de autorização de quebra de sigilo. O acesso a informações bancárias, cobertas pelo sigilo, pode e deve ser obtido pelo Ministério Público através do Poder Judiciário¹⁷².

Covello e Covas (1999), na mesma linha, defendem que

o Ministério Público, ou qualquer outra autoridade que não a judiciária, não pode e nem poderá quebrar o sigilo bancário, porque este direito, enquanto reflexo da garantia constitucional à intimidade, somente admite excepcionalização diante de

¹⁷¹ BELLINETTI, Luiz Fernando. op. cit.

¹⁷² WALD, Arnoldo. op. cit.

interesse público de maior relevância, detidamente apreciado através do devido processo legal. Não havendo relevante motivo que justifique a tutela jurisdicional para a quebra do sigilo, permanece o indivíduo seguro na intimidade da sua existência. Essa é a garantia constitucional.

Tal entendimento é partilhado por Juliana Belloque (2003) e Hugo de Brito Machado (2015).

3.6 Procedimento

De acordo com o § 4º, do art. 1º, da LC nº 105/01, a quebra de sigilo bancário pode ser determinada em qualquer momento da persecução penal, seja em sede de inquérito policial, seja no âmbito do processo criminal.

Apesar da menção expressa da legislação especial ao “inquérito policial”, para tratar do cabimento da medida excepcional na investigação preliminar, há quem sustente que este meio de obtenção de (fontes ou elementos de) prova é cabível também no bojo de outras peças de informação. Este é o entendimento, por exemplo, da promotora de justiça Márcia Haydée de Carvalho (2014, p. 152), que afirma ser a quebra de sigilo bancário cabível “em inquérito ou outra peça de informação e para qualquer infração penal, seja crime ou contravenção”¹⁷³.

Além disso, Juliana Belloque (2003, p. 86) explica que o provimento tem “duas etapas claramente identificáveis”: (1) primeiro afasta-se o direito fundamental ao sigilo financeiro e (2) depois determina-se o apossamento dos papéis nos quais estão consignados os dados sigilosos. Na sequência, os documentos são introduzidos nos autos através do meio de prova documental. Note-se, portanto, que a quebra de sigilo financeiro não caracteriza um meio de prova, pois visa a colheita de fontes e/ou elementos de prova.

3.7 Medida cabível contra a quebra ilegal dos sigilos bancário e fiscal

Caso haja a quebra ilegal do sigilo bancário e/ou fiscal no decorrer da investigação criminal preliminar, o instrumento jurídico cabível para impugnação de tais medidas será o

¹⁷³ CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. op. cit., p. 152.

habeas corpus, pois, como bem explica Juliana Belloque, o risco de uma futura condenação – baseada na quebra ilegal do sigilo – justifica o seu cabimento¹⁷⁴. Assim, o *habeas corpus* pode ser intentado visando (1) a rejeição da denúncia lastreada nessa prova, (2) o trancamento de ação penal já iniciada ou (3) o desentranhamento da prova ilícita¹⁷⁵, a depender do caso concreto.

A ilicitude da quebra de sigilo restará verificada sempre que as providências forem decretadas em desconformidade com os pressupostos e requisitos examinados nos tópicos antecedentes.

O *habeas corpus* se mostra como ação autônoma de impugnação, podendo ser impetrado sempre que houver ameaça ou restrição à liberdade ambulatorial dos indivíduos¹⁷⁶. Há, ainda, a chamada funcionalidade impugnativa colateral do *habeas corpus* (*colateral attack*), que se presta a evitar o constrangimento ilegal de forma ampla, tanto na fase investigatória quanto judicial¹⁷⁷.

¹⁷⁴ BELLOQUE, Juliana. op. cit., p. 176.

¹⁷⁵ BELLOQUE, Juliana. op. cit., p. 175-176

¹⁷⁶ Art. 5º, LXVIII, CF e arts. 7.6 e 27.2, da CADH.

¹⁷⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. op. cit., p. 396

4 CONCLUSÃO

Apesar de não constar expressamente na Constituição Federal, a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que o segredo das informações de natureza bancária e fiscal dos indivíduos é tutelado constitucionalmente pelos incisos X e XII do art. 5º. A proteção a estes dados, em última análise, visa assegurar o direito de privacidade dos indivíduos.

Não obstante o avassalador avanço tecnológico, a crescente complexidade social e o desenvolvimento e aperfeiçoamento da criminalidade econômica, não se pode admitir que se tome o sigilo bancário e fiscal como figuras avessas à atual conjuntura social, política e econômica. É preciso considerar que a proteção a estes sigilos envolve, simultaneamente, interesses públicos e privados.

Com efeito, a análise não deve ficar circunscrita à clássica – e questionada – separação entre interesse público e interesse privado.

A quebra dos sigilos bancário e fiscal envolve a difícil harmonização entre direitos fundamentais e a efetividade das investigações criminais. Essa efetividade, contudo, não representa um fim em si mesma, devendo observar os princípios e regras constitucionais.

Isso implica em considerar que tais providências não são alheias ao Estado democrático de Direito, devendo, portanto, com ele se compatibilizar. O caráter de excepcionalidade do qual a medida deve se revestir impede que a mesma seja tomada, por exemplo, como primeira alternativa ao combate da criminalidade econômica.

A propósito da persecução criminal preliminar dos crimes tributários, convém ressaltar que se tem reconhecido a legitimidade investigatória a outras entidades que não apenas a Polícia Judiciária. Têm papel de destaque na apuração dos delitos fiscais, também, o Ministério Público, as Comissões Parlamentares de Inquérito, as Secretarias de Fazenda e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

Destacam-se, ainda, as recentes decisões proferidas no âmbito dos Tribunais Superiores acerca da quebra de sigilo e, especificamente, da utilização dos relatórios de inteligência financeira – RIF. Conforme pontuado no decorrer deste trabalho, o STJ passou a reputar legítimo tanto o requerimento de quebra de sigilo bancário unicamente com base em relatório do COAF, quanto a solicitação pelo Ministério Público e pela Polícia àquele Conselho de informações sobre movimentações financeiras atípicas dos sujeitos investigados. O STJ tem admitido, inclusive, a propositura de ação penal com escopo nos RIFs.

Outro ponto importante diz respeito aos requisitos para o requerimento e a decretação de tais providências deve observar os seguintes requisitos: (1) Existência de processo ou investigação criminal formal, (2) indícios de autoria, (3) individualização do investigado e do objeto de investigação, (4) obediência ao devido processo legal substantivo, devendo-se considerar, especialmente: (4.1) O princípio do promotor natural, nas investigações a cargo do MP e (4.2) O princípio do juiz natural, (5) fundamentação da decisão, que não pode ser apenas formal, ao contrário, deve mencionar de maneira satisfatória os motivos da quebra e a necessidade da medida para o fim pretendido. A simples menção ao “interesse público” ou a mera indicação de dispositivo legal que autoriza a medida não são suficientes, (6) prova da materialidade, (7) imprescindibilidade da prova: este requisito só pode ser preenchido se outros atos de investigação forem anteriormente praticados. Do contrário, não há como afirmar a necessidade da quebra de sigilo.

Caso não haja o respeito aos requisitos acima elencados, a quebra de sigilo será considerada ilegal e impugnável através de *habeas corpus* visando (1) a rejeição da denúncia lastreada nessa prova, (2) o trancamento de ação penal já iniciada ou (3) o desentranhamento da prova ilícita, a depender do caso concreto.

Com efeito, a simples menção aos interesses público, social e da justiça não é suficiente para autorizar a mitigação dos segredos constitucionalmente assegurados como corolários da proteção à intimidade e à vida privada.

Ademais, os operadores do direito não devem requerer ou mesmo decretar o afastamento dos sigilos se não tiverem preenchidos todos os requisitos necessários, mesmo

que haja intensa pressão popular em sentido contrário. Deve-se se ter em mente, aqui, o caráter contra fático do Direito.

O corriqueiro argumento de que a proteção aos sigilos bancário e fiscal chancela a atuação dos criminosos do colarinho branco é um atestado da ausência de credibilidade no ordenamento jurídico pátrio, fazendo com que se busque e se justifique o uso de medidas excepcionais de forma cotidiana e *contra legem*.

Por fim, a investigação criminal deve ser tomada tanto como fase preparatória para a ação penal, mediante a apuração de autoria e materialidade, quanto como mecanismo para evitar acusações infundadas, devendo, em quaisquer das hipóteses, ser realizada dentro dos limites e contornos estabelecidos pela Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário: Crimes Contra a Ordem Tributária e Contra a Previdência Social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 114.

BARROSO, Luis Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e Suas Competências: Política, Direito e Devido Processo Legal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez./jan./fev., 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 09 de maio de 2017.

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Limitações Legais ao Sigilo Bancário**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor. vol. 18. p. 141-161. abr.-jun., 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 1. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105-106.

BRAGA, Aureo Rogério Gil; VELASQUES, Renato Vinhas Velasques. **Crimes Contra a Ordem Tributária: Medidas acautelatórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de; PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. rev., atual. e ampl. 4ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 982.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Sigilo Bancário no Brasil: Limites, competência e condições para a sua quebra**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan.-fev.-mar. 2013.

COVELLO, Sergio Carlos. **O Sigilo Bancário**: com particular enfoque na sua esfera civil. São Paulo: Leud, 1991.

_____. O Sigilo Bancário como Proteção à Intimidade. Revista dos Tribunais. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 3. p. 89-90. set.-dez., 1998.

_____; COVAS, Silvânio. **A Ilegitimidade do Ministério Público para Requisitar Diretamente Informações Sigilosas às Instituições Financeiras**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 5. p. 145. mai., 1999.

DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. vol. 13, p. 13-52, jul./set., 2001.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **O Código Civil na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

_____. A tutela da privacidade no código civil de 2002. **Anima – Revista eletrônica do curso de direito da OPET**. v. 1. n. 1., p. 89-100. Disponível em: <http://www.animaopet.com.br/primeira_edicao/artigo_Danilo_Doneda_a_tutela.pdf> Acesso em 19/05/2017.

ESTORILIO, Jairo Amodio. **Investigação Criminal nos Delitos Empresariais**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. O Sigilo e a Prova Criminal. Revista dos Tribunais. **Caderno de Ciências Penais**. v. 4, p. 153, jan., 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. v. 14, p. 13, out., 2001.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal**: à luz da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001.2. ed. 4ª tir. Curitiba: Juruá, 2004.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro), In: YARSHELL, Flávio Luiz, MORAES, Maurício Zanoide (Org.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 303-318.

HAEBERLIN, Martin; TEIXEIRA, Eduardo Didonet. **A Proteção da Privacidade: Aplicação na quebra do sigilo bancário e fiscal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HARADA, Kiyoshi; MUSUMECCI FILHO, Leonardo; POLIDO, Gustavo Moreno. **Crimes Contra a Ordem Tributária.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MALAN, Diogo Rudge. Considerações sobre os Crimes Contra a Ordem Tributária. *Revista dos Tribunais*. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal.** v. 8, p. 227-269, out., 2010.

_____. Processo Penal Aplicado à Criminalidade Econômico Financeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** vol. 114, 2015. p. 279-320.

_____. Considerações sobre os crimes contra a Ordem Tributária. **Revista dos Tribunais.** *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 865, p. 450-481, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 505-506.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico:** ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 263-303.

RODOTÀ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância:** A privacidade hoje. MORAES, Maria Celina Bodin de. (Org., sel. e apres.). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 595-596.

SANTORO, Antonio E. R. **Controle Epistêmico Sobre a Interceptação das Comunicações Telefônicas e de Dados: Uma Subversão dos Papéis dos Atores do Sistema Penal.** I Encontro de Internacionalização do CONPEDI. 1ed. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015, v. 15, p. 113-136.

SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. 4. ed. ampl. incluindo novo capítulo sobre princípios fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 706-707.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

VILARES, Fernanda Regina. **A Reserva de Jurisdição no Processo Penal**: Dos reflexos no inquérito parlamentar. 2010. 239 f. Dissertação de Mestrado (Mestre em Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

WALD, Arnold. O Sigilo Bancário e os Direitos Fundamentais. **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**. vol. 7, p. 837-858, dez., 2010.

WINTER, Lorena Bachmaier. Investigación Penal y Protección de La Privacidad: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **Doutrinas Essenciais de Direito Internacional**. v. 3, p. 375-398, fev., 2012.

WUNDERLICH, Alexandre. Desde os Reclamos da Doutrina até o Leading Case do STF: HC 81.611/DF e o exaurimento da esfera administrativa nos crimes tributários. Revista dos Tribunais. **Caderno de Ciências Penais**. v. 8, p. 123, jan., 2008.