



CIÊNCIA E TECNOLOGIA:
IMPLICAÇÕES NO ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO

FEPEG

F Ó R U M
ENSINO • PESQUISA • EXTENSÃO • GESTÃO

REALIZAÇÃO:



APOIO:



ISSN: 1806-549X

A TRANSFERÊNCIA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO AO MINISTÉRIO PÚBLICO NA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Autores: CLARA FERREIRA ALKIMIM, LUCAS EMANUEL SAMPAIO E BRITO, GUILHERME ROEDEL FERNANDEZ SILVA

Introdução

O ordenamento jurídico constitucional brasileiro, principalmente, a partir da Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), amolda-se a um Estado Social que abrange amplo rol de direitos como saúde, educação e assistência social. Todavia, a manutenção desses direitos pelo Estado demanda emprego de recursos econômicos os quais são obtidos, sobretudo, mediante tributos. Dito isso, pressupõe-se verdadeiro dever fundamental de o cidadão pagar tributos e, por conseguinte, a Administração Tributária deve ter entre suas finalidades o combate à elisão e evasão fiscal, tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito criminal.

Ocorre que a apuração de ilícitos tributários costuma requerer o acesso a dados bancários sigilosos do contribuinte para se averiguar se as informações prestadas à autoridade tributária condizem com a capacidade econômica evidenciada pelas operações financeiras realizadas. No entanto, o sigilo bancário possui proteção constitucional, pois é derivado dos direitos fundamentais à intimidade e ao sigilo de dados (art. 5º, X e XII da CRFB/1988). Nesse ínterim, a quebra do referido sigilo estaria subordinada à cláusula de reserva de jurisdição.

Com o advento da Lei Complementar nº 105/2001, houve a instituição da transferência do sigilo bancário ao Fisco, sem prévia autorização judicial, quando necessários os dados do contribuinte para o subsídio de processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso. Nada obstante, a legislação vai além e prevê que não constitui violação do dever de sigilo a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais.

Foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) impugnando os dispositivos da referida lei que maculariam a reserva de jurisdição para quebra de sigilo dos dados bancários com a transferência ao Fisco sem intermediação do Poder Judiciário. O STF rejeitou os pedidos e reconheceu a constitucionalidade das normas impugnadas, mas não foi discutida, especificamente, a possibilidade de o Fisco compartilhar os dados bancários do contribuinte, através de representação fiscal para fins penais, ao Ministério Público.

Sendo assim, após a interposição de recurso extraordinário pelo Ministério Público Federal, em 12 de abril de 2018, o STF reconheceu a repercussão geral da referida questão constitucional. Isso posto, é fundamental o estudo sobre o desenvolvimento jurisprudencial acerca do tema.

O presente trabalho tem por objetivo analisar os aspectos conceituais e fundamentação do direito ao sigilo de dados bancários, bem como as razões do posicionamento do STF sobre o compartilhamento de dados do contribuinte, para fins penais, obtidos pelo Fisco no legítimo direito de fiscalizar, sem prévia autorização judicial, ao Ministério Público.

Material e métodos

Utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois, partiu-se de uma análise geral para então se situar em um assunto mais específico. Já o método de procedimento foi o monográfico, visto que se trata de um tema e seu desmembramento. E, por último, as técnicas de pesquisa foram a bibliográfica, a documental e jurisprudencial.

Resultados e discussão

1. O sigilo aos dados bancários: conceito e fundamentação constitucional

Dispõe o artigo 5º, XII, da CRFB/88, que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Nesse sentido, a garantia de sigilo de dados foi introduzida pela CRFB/88 com o fito de se resguardar as informações fiscais e bancárias, seja de domínio de instituições financeiras ou da Receita Federal – ou outro órgão do Poder Público –, visto que constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica (MORAES, 2016).

O sigilo de dados bancário, o qual é entendido pelos tribunais superiores como proteção à vida privada, consiste no dever de as instituições financeiras protegerem dados acerca da movimentação de contas bancárias, independente se o indivíduo se trata de cliente atual ou se não há mais relação contratual com este (MENDES; BRANCO, 2017).

A mesma proteção garantida aos dados bancários é concedida aos dados fiscais, haja vista que o Poder Público obtém dados relativos à vida privada e aos negócios de todos os contribuintes, sejam pessoas físicas ou jurídicas, principalmente por meio das declarações anuais de imposto de renda à Receita Federal. Esses dados só poderão ser devassados em caráter excepcional, sendo necessária, ainda, a observância estrita dos limites legais. As informações prestadas ao Fisco possuem, portanto, caráter sigiloso, inadmitindo o acesso de terceiro, salvo autorização judicial devidamente motivada (MORAES, 2016).

Dessa forma, a expressão “salvo, no último caso” contida no artigo mencionado não é atinente apenas à violação do sigilo de comunicações telefônicas, mas também aos demais sigilos, que não estão protegidos de forma absoluta, visto que todos os direitos fundamentais podem ser objeto de sopesamento quando colidentes com outros, preponderando o de maior relevância (LIMA, 2017).

Em casos em que há dicotomia entre o interesse do indivíduo e da coletividade perante o conhecimento de informações relevantes à sociedade, os dados não podem ser submetidos ao livre arbítrio do indivíduo. A garantia de sigilo deve ceder ante à necessidade de transparência, precipuamente caso se preste a verificar a existência de malversação dos recursos públicos. A autorização judicial deve a determinação judicial se pautar na real necessidade de quebra do sigilo, amparada no status constitucional, sendo a medida adequada e imprescindível ao fim pretendido (MENDES; BRANCO, 2017).



CIÊNCIA E TECNOLOGIA:
IMPLICAÇÕES NO ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO

FEPEG

F Ó R U M
ENSINO • PESQUISA • EXTENSÃO • GESTÃO

REALIZAÇÃO:



APOIO:



ISSN: 1806-549X

Quando a exclusão da tutela constitucional for demandada por se envolver verbas públicas, dado o caráter probo e transparente que se exige da Administração Pública, faculta-se ao Ministério Público requisitar diretamente às instituições financeiras os dados que estejam em seu poder. O art. 129, VI, da CRFB/88 confere ao Ministério Público o poder de requisitar, mediante notificação, informações e documentos para instruir procedimentos administrativos de sua competência, sendo necessária regulamentação em lei complementar, já realizada pela LC nº 75/93 (TAVARES, 2012).

II. Entendimento do STF acerca do compartilhamento direto de dados bancários e fiscais com Ministério Público

O plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG concluiu que o acesso direto pelo Fisco dos dados bancários para fins probatórios em processo administrativo instaurado ou procedimento de fiscalização em curso 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 o dever de sigilo da esfera bancária para fiscal. Esse entendimento foi sedimentado no tema 225 do tribunal. (STF. RE 601.314/SP-RG. Tribunal Pleno. relator Ministro Edson Fachin. Julgado em 24/02/2016).

Ressalte-se, ainda, o seguinte fragmento do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no sobredito julgado "(...) entendo ser fora de dúvidas que um instrumento que imponha às instituições financeiras, e não ao contribuinte eventualmente interessado em se esquivar do pagamento, a obrigação de prestar as informações que podem levar a efetiva apuração do valor devido dos tributos, **é um mecanismo com aptidão de promover a finalidade de combater as mais diversas formas de fuga ilegítima da tributação e controlar o fluxo de capitais, inclusive, para fins penais** (grifo nosso)".

Nesse mesmo sentido se deu o julgamento das ADI nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859 que ensejou na declaração de constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001. Na oportunidade, enfatizou-se o dever fundamental de pagar tributos, que é juridicamente baseado tanto na feição Fiscal assumida pelo Estado, quanto no rol de direitos fundamentais que implicam o necessário financiamento (AQUINO FILHO, 2018).

Embora os referidos julgamentos não tivessem como objeto a possibilidade ou não de os dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pelo Fisco serem compartilhados com o Ministério Público para fins penais, sem a intervenção do Poder Judiciário, o STF, em razão da inteligência adotada no RE 601.314/SP-RG e nas ADI, já decidiu admitindo-o.

Aduziu, em razões, que o art. 198, 3º, I, do Código Tributário Nacional (CTN), não veda a divulgação de informações relativas a representações fiscais para fins penais e, por isso, sendo legítimo o meio de obtenção da prova material, bem como sua utilização no processo administrativo fiscal, essa prova será considerada lícita para fins penais, mormente quando há efetiva supressão de tributos (STF. ARE nº 953.058/SP. relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 30/05/2016).

Sendo assim, o STF, ao julgar a constitucionalidade dos dispositivos da LC 105/2001, inferiu que não há quebra de sigilo bancário e fiscal no compartilhamento de informação com o Fisco, mas sim, a transferência de sigilo. Ato contínuo, há decisões do tribunal no sentido de que, quando da representação fiscal para fins penais, ainda que sem o crivo judicial, será possível a utilização dos dados e a prova será lícita.

Nada obstante ao posicionamento do STF, turmas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram, a exemplo o RHC nº 72.074/MG, que a permissão de requisição direta de dados bancários sigilosos existe apenas no processo administrativo fiscal, não sendo possível transpor esse entendimento para a seara criminal (STJ. RHC 72.074/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. DJe de 19/10/2016). De igual forma, o Informativo nº 0543 desse tribunal indica que há nulidade de prova advinda de quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária sem autorização judicial, devendo tais dados serem desentranhados do processo, nos termos do art. 157 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, em sede de Ação Civil Pública, o STJ reconheceu que deve ser assegurado ao *Parquet* o acesso a informações não acobertadas por sigilo bancário, mas apenas o acesso a dados cadastrais de pessoas investigadas para a instrução dos procedimentos investigatórios de natureza penal e civil. (STJ. REsp nº 1.561.191. relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 19/04/2018).

Considerações finais

Portanto, houve a superação dos clássicos posicionamentos sobre a imposição do sigilo bancário e fiscal ao Ministério Público para fins de apuração de crimes contra a ordem tributária. Isso porque, a jurisprudência do STF informa que não há violação do direito à inviolabilidade do sigilo bancário e fiscal nesta hipótese, considerando que esse direito não deve ser meio ao acobertamento de atos ilícitos cometidos por particulares, em detrimento de verbas potencialmente públicas - se seguisse o correto trâmite tributário-, mas também considerando o art. 198, 3º, I, do CTN. Malgrado o STJ tenha entendimento diametralmente oposto, observa-se que o tribunal admite o acesso direto pelo Ministério Público dos dados cadastrais do contribuinte, inclusive para fins penais. Destaca-se, por fim, que o STF, ao permitir o compartilhamento direto ao *Parquet*, principia importante avanço no combate às fraudes tributárias, concedendo maior amplitude às investigações e à efetiva responsabilização dos agentes fraudadores.

Referências

AQUINO FILHO, Carlos Augusto Guarilha. Transferência de Sigilo Bancário para o Ministério Público na Representação Fiscal para Fins Penais. In: **Crimes Fiscais, Delitos Econômicos e Financeiros**. ISSN 978-85-85257-40-8. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília (DF): MPF, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília (DF) (Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29/09/2018 às 14h).

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 5. ed. Salvador (BA): Editora. JusPodivm, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo (SP): Saraiva, 2017.

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

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 601.314/SP-RG. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 24/02/2016.

_____. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: STF. ARE nº 953.058/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJe de 30/05/2016.

STJ. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 72.074/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas. Quinta Turma. DJe de 19/10/2016



CIÊNCIA E TECNOLOGIA:
IMPLICAÇÕES NO ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO

FEPEG

F Ó R U M
ENSINO • PESQUISA • EXTENSÃO • GESTÃO

REALIZAÇÃO:



APOIO:



ISSN: 1806-549X

_____. RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.561.191. relator Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 19/04/2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo (SP): Saraiva, 2012.