

A CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE SIGILO DOS DADOS FISCAIS E BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIIS

Clara Ferreira Alkimim¹

Wilson Medeiros Pereira²

RESUMO: Quando a materialidade dos crimes fiscais for apontada em procedimentos em que o Fisco obteve as informações diretamente com as instituições financeiras sem autorização judicial, nos termos da lei, questiona-se a licitude da utilização dessa notícia crime pelo Ministério Público para fins penais. Diante disso, o presente trabalho – utilizando-se do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento monográfico e das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental – objetivou analisar a constitucionalidade da transferência do sigilo dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo Fisco, no legítimo exercício de fiscalização, ao Ministério Público, para fins penais. Como objetivos específicos, buscou-se discutir os direitos fundamentais, a persecução penal brasileira e o desenvolvimento jurisprudencial sobre o tema. Observou-se que o desenvolvimento jurisprudencial brasileiro encontra-se favorável à transferência de sigilo bancário, contudo, não obsta a atuação do Poder Legislativo em sentido contrário.

Palavras chave: Direito à privacidade. Investigação financeira. Sigilo de dados.

ABSTRACT: When the materiality of tax crimes is pointed out in cases when the tax authority obtained the information directly from the financial institutions without a court order – as the legislation would require – there is a possibility of questioning the lawfulness of such direct forwarding of an investigation request to the Public Prosecutor's Office to start criminal prosecution measures. Using a deductive-monographic method and relying on bibliographic-documental research, this work aims to analyze the constitutionality of the forwarding of taxpayer's financial and fiscal data – obtained by the tax authorities on their ordinary overseeing duties – to the Public Prosecutor's Office for criminal investigation measures. In special, this work aims to discuss fundamental rights, the actual state of criminal prosecution in Brazil and the recent developments in jurisprudence regarding the topic. It was observed that the Brazilian jurisprudential development is favorable to the transfer of bank secrecy, however, does not

1. Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros.

2. Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Subseção Judiciária de Montes Claros-MG. Possui pós-graduação em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva- BH/MG, e em "Direito Econômico e Empresarial" pela UNIMONTES. Graduado em Ciências Contábeis (2004) e em Direito (2000) pela Universidade Estadual de Montes Claros. Professor do Curso de Direito da UNIMONTES

prevent the Legislative Power acting in the opposite direction.

Keywords: Right to privacy. Financial investigation. Data confidentiality.

INTRODUÇÃO

O direito à privacidade, tutelado entre os direitos fundamentais, implica na proteção da esfera íntima dos indivíduos para que possam usufruir da vida sem interferências do Estado ou de terceiros. Nada obstante, a privacidade encontra-se entre os principais direitos fundamentais infringidos durante diligências investigatórias, tanto no âmbito cível quanto criminal, gerando as denominadas provas ilícitas.

Em especial à persecução criminal dos ilícitos tributários, costumam ser utilizadas técnicas de investigação financeira que demandam o acesso a dados bancários ou fiscais – abrangidos pelo direito à privacidade – do investigado para apurar sua capacidade econômica e a compatibilidade desta com as transações que realizou ou as informações fiscais que prestou à Administração Tributária.

Esses ilícitos penais tributários (como sonegação fiscal, crimes aduaneiros, dentre outros), que são da atribuição constitucional do Ministério Público apurar e buscar a tutela jurisdicional visto ser o titular da ação penal pública, podem ser constatados no curso da apuração dos ilícitos civis e administrativos atinentes à matéria tributária pelo Fisco. Nessa hipótese, cabe ao responsável pela investigação cível ou administrativa encaminhar a notícia crime ao *parquet* para que este possa formar a convicção sobre a autoria e a materialidade delitiva do fato.

Ocorre que a Administração Tributária, consoante a previsão da Lei Complementar nº 105/2001, possui a prerrogativa de poder acessar os dados bancários do contribuinte no exercício do seu legítimo dever de fiscalização e a representação penal aos órgãos de persecução criminal pode acabar contendo dados atinentes à vida privada do contribuinte sobre os quais a lei não autorizou, expressamente, a utilização no âmbito criminal.

Isso posto, o presente trabalho tem por objetiva analisar a constitucionalidade do compartilhamento de dados bancários e fiscais do contribuinte com o Ministério Público, para fins penais, obtidos pelo Fisco no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem a intermediação do Poder Judiciário.

Trata-se de relevante pesquisa, pois a violação do direito fundamental à privacidade, além de configurar grave ofensa ao próprio Estado Democrático de Direito, conduz à produção de provas ilícitas que devem ser desentranhadas do processo por, presumidamente, serem prejudicial aos investigados, infringindo as garantias constitucionalmente protegidas.

O presente trabalho evidencia-se importante, também, em razão do reconhecimento da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, da análise da constitucionalidade da transferência dos sigilos bancário e fiscal da Administração Tributária ao Ministério Público, para fins penais, quando, evidentemente, poderia haver infração

à privacidade do investigado.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

No direito brasileiro, a proteção da vida privada e da intimidade encontra-se positivada na CRFB/1988, em seu art. 5º, inciso X, mas também, articula-se com outros dispositivos constitucionais que resguardam o domicílio, a comunicação e os dados pessoais (BRASIL, 1988).

Dessa forma, visando à tutela da privacidade (gênero), o texto constitucional traz instrumentos para permitir o indivíduo conduzir a própria vida da maneira que julgar mais conveniente, assegurando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (espécies) (NOVELINO, 2019).

Setores da doutrina e da jurisprudência alemã categorizam o direito à privacidade em três esferas: a) esfera íntima: que constitui o núcleo essencial e intangível do direito à intimidade ou privacidade; b) esfera privada: que diz respeito a aspectos não sigilosos ou restritos da vida familiar, profissional e comercial do indivíduo, portanto, passíveis de ponderação em relação a outros bens jurídicos e c) esfera social: onde se situam os direitos à imagem e à palavra (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Essa classificação tem sido criticada em vista da impossibilidade de se contemplar todas as situações que envolvem a vida privada, contudo, pode servir de referencial para a distinção de situações concretas, assim como para enquadrar o direito à privacidade no âmbito de proteção do direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

A CRFB/1988 inovou ao estabelecer a tutela ao sigilo de dados, dentre os quais se destaca, no contexto atual, os bancários e fiscais, estando aqueles a cargo de empresas privadas ou instituições financeiras estatais e estes últimos, em princípio, em poder da Receita Federal (TAVARES, 2017).

Quanto ao âmbito de proteção, em ambos os casos, não se efetua, em regra, diferença entre os diversos dados e informações armazenadas nos cadastros fiscais e bancários, de forma que a integralidade está tutelada. Isso porque, em eventual intervenção restritiva, se houver diferenciação entre as informações requisitadas, poder-se-ia, acidentalmente, acessar outras informações que dizem respeito à esfera da intimidade pessoal e familiar (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

De acordo com Lima (2018), os sigilos bancário e fiscal são um dever jurídico imposto às instituições financeiras e às entidades atuantes no sistema financeiro nacional para que estas não divulguem informações sobre as manifestações financeiras de seus clientes.

Essa obrigação, além de derivar do texto constitucional, foi regulamentada pela Lei Complementar nº 105/2001, que prevê: “art. 1º. As instituições financeiras a conservarão do sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados” (BRASIL, 2001).

Ademais, também em âmbito infraconstitucional, o Código Tributário Nacional veda “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” (art. 198) (BRASIL, 1966).

Geralmente, cabe somente ao titular do direito a decisão sobre divulgação de suas informações pessoais, mas o direito à privacidade poderá sofrer intervenções restritivas, que, consoante Novelino (2019), serão legítimas quando adequadas à fomentação de outros princípios constitucionais, necessárias ante a inexistência de outro meio similarmente eficaz e proporcional na realização de princípios que, no caso concreto, possuem maiores razões que o direito à privacidade.

A quebra do sigilo de dados bancários e fiscais pode ser utilizada como meio de obtenção de prova, funcionando como ferramenta adequada à revelação de informações essenciais à elucidação da autoria e materialidade delitiva por meio dos registros dos serviços disponibilizados pelas instituições financeiras (LIMA, 2018).

Para tanto, são hipóteses legais em que tais informações podem ser validamente acessadas nos fins de investigação ou instrução processual penal: a) fornecimento voluntário pelo titular do direito; b) se autorizada pela autoridade judiciária competente; c) em Comissões Parlamentares de Inquérito; d) por requisição do Ministério Público sobre informações de órgãos públicos; e e) pela Administração tributária, nos termos da lei (LIMA, 2018).

Dentre elas, destacam-se as limitações ao direito de privacidade dos dados fiscais e bancários previstas na Lei Complementar nº 105/2001, em seus arts. 5º e 6º, segundo as quais haveria possibilidade de 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 (BRASIL, 2001).

Em decorrência dessa permissão legal, iniciaram-se debates sobre a legalidade de eventuais provas em processo penal advindas de Representação Fiscal para Fins Penais na qual contenha informações pessoais do contribuinte obtidas na forma da Lei Complementar nº 105/2001.

Questionamentos sobre a constitucionalidade do acesso direto pelo Fisco aos dados bancários e fiscais do contribuinte, previsto em lei, mas também, da possibilidade de utilização pelo Ministério Público desses dados a partir de Representação Fiscal para Fins Penais foram levados ao Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral da matéria.

Nos próximos tópicos serão abordadas as discussões advindas de ambas as hipóteses e suas consequências no processo, enfocando-se na apreciação da constitucionalidade da transferência do sigilo dos dados fiscais e bancários do contribuinte ao Ministério Público para fins penais.

2. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS NO

ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O constitucionalismo é expressão da ideologia liberal que surgiu como uma doutrina de limitação do poder do Estado para a tutela dos direitos fundamentais. Assim, a instituição de uma Constituição com as diretrizes e as bases escolhidas pelo Poder Constituinte implica na consagração do texto constitucional como parâmetro de observância obrigatória por todos aqueles a ele subordinado, fazendo surgir, então, o denominado controle de constitucionalidade. A declaração de inconstitucionalidade constata a desconformidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição, aplicando-se à conduta omissiva do legislador – que dará ensejo ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão –, mas também ao ato jurídico (*lato sensu*) privado ou público – para qual caberá ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo –, em razão de incompatibilidades no que tange ao agente, forma, conteúdo ou fim (TAVARES, 2017).

No Brasil, o controle pode ser preventivo – durante a elaboração do ato ou norma – ou repressivo, destacando-se que neste último confere-se ao Poder Judiciário o poder de decisão, seja de maneira incidental pelos magistrados no exercício de sua jurisdição, seja ou principal pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, por meio de controle concentrado e pela via recursal.

Em regra, as decisões em controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, não vinculando, entretanto, o plenário do Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo³, sendo que a desvinculação deste último (não somente no controle concentrado, mas em todas as manifestações do Poder Judiciário) decorre da independência atribuída a cada um dos poderes constituídos em razão do princípio da separação dos poderes⁴ (TAVARES, 2017).

Lado outro, quanto ao estabelecimento do processo penal, nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um poder estatal capaz de sobrepor aos ímpetos individualistas dos homens para realizar a aplicação do direito. Diante disso, a repressão dos atos criminosos se dava através do regime de autotutela, cujas principais características são a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015).

À medida que o Estado se consolidava, gradativamente, absorveu o poder de analisar as pretensões e resolver os conflitos através de juízes estatais que, por provocação das partes e as substituindo, exerceriam a jurisdição. Para tanto, o processo surgiu como “instrumento por meio

3. Exemplo disso foi a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983, no ano de 2016, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a realização de vaquejadas por se tratar de evento em que são realizados atos de crueldade contra os animais, violando, portanto o art. 225, §1º, VII, da CRFB/1988 (BRASIL, 2016a). Contudo, logo após, o Poder Legislativo promulgou emenda constitucional adicionando o §7º ao art. 225 da CRFB/1988 a fim de ressaltar que as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais (assim como as vaquejadas), registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, não ofendem a CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca da solução” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2015, p. 44).

Há que se destacar que, assim como nas demais áreas processuais, em razão do Estado Democrático de Direito, a existência do direito processual penal necessita ser compreendida a partir da leitura constitucional, visto que, com a recepção dos direitos naturais pelas constituições democráticas, o Estado tem o dever de atribuir eficácia a esses direitos fundamentais (LOPES JUNIOR, 2017).

Segundo Lopes Junior (2017), no processo penal existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, isto é, além de ser um instrumento a serviço do poder punitivo estatal, o direito processual penal desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido, sendo o meio pelo qual, também, se legitima a imposição da pena.

Logo, a desvirtuação do processo retira a credibilidade do próprio fim almejado, o qual, seja por excesso de punição ou de defesa, produzirá resultado jurídico anômalo distinto da finalidade da justiça.

Nesse íterim, a CRFB/1988 elencou diversos princípios processuais penais, sob rol não taxativo, traçando diretrizes a serem observadas pelos órgãos de persecução penal, tais como, presunção de não culpabilidade, contraditório, ampla defesa, publicidade, devido processo legal, inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros (BRASIL, 1988).

Em especial ao princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a CRFB/1988 limitou o direito fundamental à prova e a busca da verdade real, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI, porquanto:

[...] em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço. Mesmo que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos. (...) Deveras, seria de todo contraditório que, em um processo criminal, destinado à apuração da prática de um ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direitos, comprometendo a legitimidade de todo o sistema punitivo, pois ele mesmo estaria se utilizando do ilícito penal (LIMA, 2018, p. 629).

Em relação aos direitos e garantias individuais, a proibição de provas ilícitas objetiva, de forma imediata, a tutela do direito à intimidade, à privacidade, à imagem e à inviolabilidade de

4. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

domicílio, os quais, geralmente, são os mais atingidos durante as diligências investigatórias (PACELLI, 2017).

As provas obtidas por meios ilegais, consoante Lima (2018), funcionam como um gênero, do qual são espécies: a) as provas ilícitas, que são aquelas obtidas mediante violação direta ou indireta das normas materiais de direito penal ou de direito constitucional e b) as provas ilegítimas, compreendidas aquelas obtidas ou produzidas em desacordo com normas processuais.

Portanto, caso a produção da prova no processo penal viole o direito de privacidade do investigado ou do réu, dever-se-ia declarar a ilicitude da prova e desentranhá-la dos autos.

3. ESTUDO DE DIREITO COMPARADO ACERCA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL NA PERSECUÇÃO PENAL

A globalização e a revolução tecnológica, ao contribuir para o desenvolvimento do comércio internacional de bens e serviços, acabaram por propiciar o crescimento dos ilícitos que utilizam de estruturas econômicas empresariais e do sistema financeiro - sobretudo as organizações criminosas e os grupos terroristas -, cujos proventos passaram a dispor de complexas operações de lavagem de dinheiro para dificultarem, sobremaneira, a repressão estatal (MARTINS, 2018).

Nesse cenário, a investigação financeira ganha especial importância no esforço internacional de combate à lavagem de dinheiro, à recuperação de ativos e ao financiamento do terrorismo e das organizações criminosas.

Desde o ano de 1919, a *Internal Revenue Service's Criminal Investigation Division* e os demais órgãos de persecução penal empregam técnicas de investigação financeira nos Estados Unidos da América para apurar evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Exemplo disso foi, nos anos 1930, a análise financeira aplicada em investigações envolvendo falsificação de bebidas e na emergente máfia americana, que resultou na prisão, por sonegação fiscal, do gângster Al Capone, de Chicago (MARTINS, 2018).

Por sua vez, os grandes casos de corrupção no Brasil, desvendados na última década, desde o Caso Mensalão até o Caso Lava Jato, valeram-se, também, do sistemático emprego de dados financeiros. Posteriormente, na edição da lei nº 12.850/2013, ao tratar da investigação criminal e dos meios de obtenção de provas relacionadas às organizações criminosas, foi elencado de maneira expressa, o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, observando-se a legislação específica (BRASIL, 2013; MARTINS, 2018).

Como visto, em razão de ser uma técnica especial de investigação financeira, o afastamento dos sigilos bancário e fiscal demanda autorização judicial, em regra. Porém, quando os dados foram legalmente obtidos pelo Fisco e remetidos aos órgãos de persecução penal como *notitia criminis*, a exigência do prévio crivo do Poder Judiciário poderia ser entendida como um garantismo exacerbado.

Nesse sentido, o direito norte-americano, tradicionalmente visto como zeloso das garantias individuais, dentre as quais o direito à privacidade⁵, consolidou, ao menos desde no julgamento do caso *United States v. Miller*, 425 U.S. 435 (1976), que o acesso a dados bancários pelas autoridades de persecução penal norte-americanas pressupõe simplesmente a existência de um procedimento legal, não sendo exigida maior autorização judicial. Veja-se:

*There is no legitimate 'expectation of privacy' in the contents of the original checks and deposit slips, since the checks are not confidential communications but negotiable instruments to be used in commercial transactions, and all the documents obtained contain only information voluntarily conveyed to the banks and exposed to their employees in the ordinary course of business. **The Fourth Amendment does not prohibit the obtaining of information revealed to a third party and conveyed by him to Government authorities.** The Act's recordkeeping requirements do not alter these considerations so as to create a protectable Fourth Amendment interest of a bank depositor in the bank's records of his account [...] **Access to bank records under the Act is to be controlled by "existing legal process."** That does not mean that greater judicial scrutiny, equivalent to that required for a search warrant, is necessary when a subpoena is used to obtain a depositor's bank records (USA, 1976) (grifo não original).*

Em 2016, durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, começou a se alinhar a essa posição menos burocrática para a investigação criminal. Observe-se o excerto do voto da Ministra Carmen Lúcia: “não há como se dar cobro às finalidades do Estado, especialmente da Administração Fazendária, e **até ao Direito Penal**, nos casos em que precisa haver investigação e penalização, se não houver acesso a esses dados, que, de toda sorte, já são de conhecimento das instituições financeiras que nem Estado são” (grifo não original) (BRASIL, 2016b).

5. A previsão constitucional norte-americana equivalente ao direito fundamental à privacidade é a Emenda nº IV a qual prevê: “O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas” (tradução livre) (USA, 1789).

Não há 'expectativa de privacidade' legítima no conteúdo dos cheques e comprovantes de depósito originais, uma vez que os cheques não são comunicações confidenciais, mas instrumentos negociáveis para serem usados em transações comerciais, e todos os documentos obtidos contêm apenas informações voluntariamente transmitidas aos bancos e expostos aos seus funcionários no curso normal dos negócios. **A Quarta Emenda não proíbe a obtenção de informações reveladas a terceiros e transmitidas por ele às autoridades governamentais.** Os requisitos de manutenção de registros da lei não alteram essas considerações para criar um interesse protegido da Quarta Emenda de um depositante bancário nos registros bancários de sua conta [...] **O acesso aos registros bancários nos termos da lei deve ser controlado pelo "processo legal existente". Isso não significa que um maior escrutínio judicial, equivalente ao exigido para um mandado, seja necessário quando uma intimação é usada para obter os registros bancários de um depositante** (tradução livre).

Corroborando essa posição, na mesma oportunidade, o Ministro Roberto Barroso verificou que o afastamento do sigilo bancário e fiscal se trata de meio adequado a “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 não original) (BRASIL, 2016b).

Sobre o tema, importante destacar que o Brasil assumiu compromissos internacionais, perante o G20⁷ e o *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*⁸, obrigando-se a cumprir os padrões internacionais de transparência e de troca de informações bancárias, estabelecidos com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias, assim como combater práticas criminosas (BRASIL, 2016b).

Entretanto, conforme notícia publicada no portal Valor Econômico, em 9 de novembro de 2013, segundo levantamento realizado pelo grupo internacional *Tax Justice Network*, com base em dados de 2011 do Banco Mundial, o Brasil só perde para a Rússia no ranking mundial da sonegação fiscal (BRASIL, 2016b).

A constitucionalidade da utilização direta pelo Ministério Público dos dados bancários e fiscais recebidos através de representação fiscal para fins penais, elaborada pelo Fisco no legítimo exercício de fiscalização, não havia, ainda, sido objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal no Brasil, havendo apenas breves menções nas decisões das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.390, 2.386, 2.397, 2.589 e do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, pela constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001.

Tendo em vista a relevância da matéria constitucional, após a interposição do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP pelo Ministério Público Federal, que visava combater decisão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região julgando ilícita a prova obtida diretamente pelo *parquet* com a Receita, o Supremo Tribunal Federal, em 12 de abril de 2018, reconheceu a repercussão geral da referida questão constitucional, cujo desenvolvimento jurisprudencial será visto nos próximos tópicos.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE SIGILO DOS DADOS FISCAIS E BANCÁRIOS DO CONTRIBUINTE AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS

Assim como visto anteriormente, o advento das Leis Complementares nº 104/2001 e 105/2001, fez surgir debates acerca da proteção dos sigilos bancário e fiscal questionando a utilização dos dados obtidos pelo Fisco, na forma dessas leis, tanto no âmbito cível quanto no

7. G20 é um grupo internacional formado pelas 19 maiores economias do mundo e a União Européia criado no final da década de 1990, após crises financeiras pelas quais passavam algumas potências econômicas, visando-se o fortalecimento da economia internacional.

8. O Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários é um órgão criado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE). Ressalte-se que o Brasil não integra a OCDE, sendo apenas membro do Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários.

criminal.

Primeiramente, discutia-se na doutrina e tribunais brasileiros, se o acesso direto pela Administração Tributária aos dados bancários do contribuinte, para fins de investigação dos ilícitos tributários, infringiria o direito fundamental à privacidade, colocando-se à prova a própria constitucionalidade das sobreditas leis.

Sobre o tema, em 2011, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, o Ministro Ayres Brito delimitou o direito à intimidade esclarecendo que as informações do indivíduo protegidas por tal garantia constitucional são aquelas relacionadas à esfera do “ser”, vinculada à sua personalidade, e não aquela do “ter”. Ademais, o Ministro Dias Toffoli destacou que o acesso pelo Fisco não se trata de quebra de sigilo bancário, que é crime, mas sim de transferência do sigilo (BRASIL, 2011a).

Nessa oportunidade, os supracitados Ministros foram votos vencidos, mas, em 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu em repercussão geral (RE n 601.314/SP-RG, tema 225), conjuntamente às Ações Direta de Inconstitucionalidade nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.589, pela constitucionalidade dos questionados dispositivos das Leis Complementares nº 104/2001 e 105/2001, legitimando o acesso aos dados bancários pela Receita Federal sem a necessidade de haver intervenção do Poder Judiciário.

Além de se destacar o compromisso internacional feito pelo Brasil, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários em cumprir os padrões internacionais de transparência na de troca de informações bancárias e buscar combater práticas criminosas, ressaltou-se a importância do zelo pela ordem tributária após a CRFB/1988. Veja-se:

[...] A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. **Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição *sine qua non* para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa.** (BRASIL, 2016b).

Depreende-se, pois, que para a manutenção dos objetivos da República Federativa do

Brasil e para a consecução dos direitos fundamentais, é mister que haja meios para o combate à sonegação fiscal, sendo esta uma das principais razões pela qual o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional o acesso dos dados bancários do contribuinte diretamente pelo Fisco.

Ademais, conforme o que foi decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.390/DF, os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) não implicariam em quebra de sigilo bancário, mas sim transfeririam o dever de sigilo à Administração Tributária, visto que não há autorização para exposição ou circulação dos dados, estando resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da CRFB/1988 (BRASIL, 2016b).

De igual forma, o art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, ao inserir o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, configuraria a transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública, confluindo com outros comandos legais sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos (BRASIL, 2016b).

Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou, também, legítima a previsão do art. 3º, §3º da Lei Complementar nº 105/2001 que confere à Advocacia-Geral da União o direito de acesso às informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte (BRASIL, 2016b).

Entretanto, conforme adiantado nos capítulos anteriores, nesse julgamento, houve apenas breves menções acerca da possibilidade de remessa dos dados obtidos legitimamente pelo Fisco ao Ministério Público, para fins penais, mas a matéria que já vinha sendo discutida pelos juristas brasileiros.

Sobre esse tema, em 21 de dezembro 2007, foi publicada a Nota Técnica nº 179/DENOR/CGU/AGU, aprovada pelo então Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, aduzindo a possibilidade jurídica da irrestrita transferência de matéria amparada pelo sigilo fiscal ao Ministério Público Federal, independentemente de prévia autorização judicial (SARAIVAFILHO, 2014).

Isso porque, nos termos do art. 198, §1º, inciso II, e §2º, do CTN/1966, com redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001, e do art. 8º, inciso VIII e §2º da Lei Complementar nº 75/1993, e diante da presunção da constitucionalidade das leis, não haveria razões para se opor reserva de sigilo fiscal ao Ministério Público em relação aos dados fiscais dos contribuintes (SARAIVAFILHO, 2014).

Corroborando tal entendimento, Macedo (2008) afirmou que, muito embora a Lei Complementar nº 105/2001 não tenha previsto a possibilidade de o Ministério Público ter acesso direto aos dados bancários, estabeleceu o dever legal de o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários informar o *parquet* a ocorrência de crime de ação pública, **juntando à comunicação dos fatos os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos** (grifo não original).

Ademais, aduzia que o Ministério Público é dotado de prerrogativas para a quebra dos sigilos bancário e fiscal, principalmente na defesa do patrimônio durante o curso de sua investigação no inquérito civil, não podendo sua função constitucional estar subordinada a decisão do Poder Judiciário (MACEDO, 2008).

Em específico à investigação financeira envolvendo recursos públicos, tal qual visto no primeiro capítulo, a jurisprudência brasileira é pacífica no sentido de autorizar a requisição direta do Ministério Público às instituições financeiras, porque as contas bancárias dos entes públicos, em regra, não são protegidas pelo direito à privacidade e, por conseguinte, inoponível o sigilo bancário, ainda que contenha transações financeiras com particulares, não configurando violação reflexa da privacidade destes⁹.

Em 2016, foi criado o Projeto de Lei nº 6.064 com o intuito de alterar o Decreto nº 70.235/1972 que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, para extinguir o voto de qualidade no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, contudo, foi arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2016c).

Ocorre que esse projeto de lei foi desarquivado, na Sessão Plenária de 13 de fevereiro de 2019, oportunidade na qual foi apresentada Emenda Aglutinativa para inserir um dispositivo alterando o art. 83 da Lei nº 9.430/1996 que versa sobre a representação fiscal para fins penais (BRASIL, 2016c).

A proposta de Emenda Aglutinativa dispõe que a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao *parquet* após a decisão terminativa, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente, sob pena de responsabilização civil e criminal (BRASIL, 2016c).

No mais, a proposta estabelece a expressa necessidade de obtenção de autorização judicial para a Receita Federal compartilhar os dados com o Ministério Público nas hipóteses de indícios dos crimes contra a ordem tributária, relacionados ao controle aduaneiro ou contra a

Não são nulas as provas obtidas por meio de requisição do Ministério Público de informações bancárias de titularidade de Prefeitura para fins de apurar supostos crimes praticados por agentes públicos contra a Administração Pública. É lícita a requisição pelo Ministério Público de informações bancárias de contas de titularidade da Prefeitura, com o fim de proteger o patrimônio público, não se podendo falar em quebra ilegal de sigilo bancário. O sigilo de informações necessário à preservação da intimidade é relativizado quando há interesse da sociedade em conhecer o destino dos recursos públicos. **Diante da existência de indícios da prática de ilícitos penais envolvendo verbas públicas, cabe ao MP, no exercício de seus poderes investigatórios** (art. 129, VIII, da CF/88), requisitar os registros de operações financeiras relativos aos recursos movimentados a partir de conta corrente de titularidade da Prefeitura. Essa requisição compreende, por extensão, o acesso aos registros das operações bancárias sucessivas, ainda que realizadas por particulares, e objetiva garantir o acesso ao real destino desses recursos públicos. (Informativo nº 572 STJ) (BRASIL, 2015). (Informativo nº 879 STF) (BRASIL, 2017) (grifo não original).

Art. 83-A. Havendo indícios de crimes diversos dos referidos no artigo anterior, o auditor-fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverá reportá-los ao Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, que adotará procedimento especial interno, em comissão competente, para analisar a materialidade das evidências indicadas pelo referido auditor, respondendo civil e criminalmente as autoridades envolvidas pelo não cumprimento do disposto neste artigo. Parágrafo único. **Confirmados os indícios tratados no caput, o Secretário Especial da Receita Federal do Brasil, mediante autorização judicial, deverá reportá-las às autoridades competentes para fins de investigação penal.**

Art. 83-B Nas hipóteses dos artigos 83 e 83-A, as autoridades competentes para o envio da representação fiscal para fins penais deverão assegurar o sigilo dos dados compartilhados, dentre outros: I - Nome da pessoa física ou jurídica;

Previdência Social¹⁰ (BRASIL, 2016c).

O projeto de lei encontra-se para deliberação em Sessão Ordinária do Plenário da Câmara dos Deputados, contudo, em, 18 de setembro de 2019, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal emitiu a Nota Técnica PGR/ 2ª CCR Nº 14/2019 sugerindo a rejeição da proposta de alteração do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, alegando sua inconstitucionalidade e cerceamento do combate à sonegação fiscal e à lavagem de dinheiro (MPF, 2019).

Considerando que os sigilos bancário e fiscal são corolários do direito à privacidade, o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais brasileiros mantinham posicionamento de que, salvo os casos específicos autorizados em lei, deveriam ser opostos aos órgãos de persecução penal, mas no próximo tópico como ocorreu o desenvolvimento jurisprudencial dos tribunais superiores brasileiros.

5. O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 12 de abril de 2018, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP julgou, por unanimidade, constitucional a questão do compartilhamento direto de dados entre Ministério Público e Receita e, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (Tema nº 990), vencido o Ministro Edson Fachin, sem a manifestação da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2018a).

O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público Federal buscando-se atacar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região que julgou ilícita a prova remetida pelo Fisco ao *parquet* sem autorização judicial¹¹. Tinha como fundamentos a afronta aos arts. 5º, incisos X e XII, art. 145, §1º e 129, inciso VI, todos da CRFB/1988, bem como a alegação de que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido a licitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público para fins penais em repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, em conjunto com as ADI nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.589 (BRASIL, 2018a).

Na oportunidade, o Ministro Relator Dias Toffoli admitiu que o Supremo Tribunal Federal, em virtude da inteligência estabelecida no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, já

II - Número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física (CPF) ou número de inscrição no Cadastro de Pessoa Jurídica (CNPJ); e III - Tipificação legal do suposto ilícito objeto da representação fiscal para fins penais (BRASIL, 2016c) (grifo não original).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. NULIDADE DO COMPARTILHAMENTO PARA A ESFERA PENAL DE DADOS ACOBERTADOS POR SIGILO BANCÁRIO OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO JUÍZO COMPETENTE. NULIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. RECURSO PREJUDICADO. 1. Conforme precedentes do C. STJ e da Quarta Seção deste Regional, a quebra do sigilo bancário para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, está sujeita à prévia autorização judicial. 2. Hipótese em que a prova da materialidade encontra-se em procedimento administrativo no bojo do qual a Receita Federal, com fundamento no art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, obteve dados acobertados por sigilo mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial. 3. **Reconhecida a ilicitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o**

havia decidido, de forma esparsa, permitindo o compartilhamento de dados para fins de persecução penal, ressaltando que, com fundamento no art. 198, §3º, inciso I, do CTN, não seria vedada a divulgação de informação para representação fiscal com fins penais, sobretudo quando se observa a efetiva supressão de tributos¹² (BRASIL, 2018a).

Porém, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal havia somente tangenciado o tema no julgamento que assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, destacou-se a relevância de, acaso se reafirmar a jurisprudência, “debater sobre os limites objetivos que os órgãos administrativos de fiscalização fazendária deverão observar ao transferir automaticamente para o Ministério Público informações sobre movimentação bancária e fiscal dos contribuintes em geral, sem comprometer a higidez constitucional” (BRASIL, 2018a).

O Ministro Edson Fachin, na ocasião, foi voto vencido por considerar que o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado, suficientemente, sobre o tema, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, julgando legítima a prestação de informações para combater as mais diversas formas de evasão ilícita da tributação e controlar o fluxo de capitais, inclusive para fins penais¹³ (BRASIL, 2018a).

Nada obstante a essa tendência do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, no informativo de jurisprudência nº 0482/2011, havia se posicionado contrariamente à possibilidade de o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, nos seguintes termos:

A Turma reiterou o entendimento de que **o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais de intimidade da vida privada dos cidadãos. Somente quando precedida da devida autorização judicial, tal medida é válida.** Assim, a Turma concedeu a ordem para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de

Ministério Público Federal, para fins penais, e estando a materialidade delitiva demonstrada exclusivamente com base em tais elementos (ou provas deles derivadas), tem-se que a ação penal padece de nulidade desde o início quanto à apuração do crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90. 4. Prejudicado o recurso defensivo. (BRASIL, 2017b) (grifo não original).

De igual maneira a esse entendimento, o Ministro Relator citou os seguintes julgados: nº 973.685/SP, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 24/3/17; ARE nº 998.818, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 4/10/16; e ARE nº 939.055/ES, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 18/4/16 (BRASIL, 2018a).

Destacou, também, que ambas as turmas do tribunal confirmam que a matéria em comento está devidamente incluída em sede de repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP-RG, citando como exemplos o ARE 841344 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 12/02/2017; ARE 107607 AgR, Ministra Relatora Rosa Weber, DJe 07/11/2017, dentre outros (BRASIL, 2018a).

convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão contaminados pela ilicitude ora reconhecida. (BRASIL, 2011b) (grifo não original).

Ocorre que, após o reconhecimento da repercussão geral, em sentido diverso, o tribunal superior se manifestou, conforme os informativos de jurisprudência nºs 0623/2018 e 0634/2018, pela possibilidade de utilização dos dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal, em regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal, considerando lícito, inclusive, o compartilhamento com a Polícia, ao término do procedimento administrativo fiscal, quando verificada a prática, em tese de infração penal. Veja-se:

[...] Cinge-se a controvérsia sobre a possibilidade de compartilhamento de dados obtidos legitimamente pelo fisco com o órgão ministerial e com a polícia, sem prévia autorização judicial, para uso em ação penal. **Primeiramente, necessário frisar ser prescindível a autorização judicial para a requisição de informações bancárias pela receita federal, como meio de concretizar seus mecanismos fiscalizatórios na seara tributária, ante a constitucionalidade da disciplina contida no art. 6º da lei complementar n. 105/2001, reconhecida pela suprema corte no julgamento do RE n. 601.314/SP, sob a sistemática da repercussão geral.** A seu turno, o entendimento já consagrado neste tribunal, é no sentido de que a quebra do sigilo bancário, para fins penais, exige autorização judicial mediante decisão devidamente fundamentada. Contudo, **em recente orientação firmada pela quinta turma deste tribunal, no julgamento do recurso em habeas corpus n. 75.532/SP assentou-se que o envio dos dados sigilosos pela Receita Federal à Polícia ou ao Ministério Público, quando do esgotamento da via administrativa e constituição definitiva de crédito tributário, decorre de mera obrigação legal de comunicar às autoridades competentes acerca de possível ilícito cometido, não representando assim ofensa ao princípio da reserva de jurisdição o uso de tais elementos compartilhados para fins penais.** Com efeito, constitui obrigação dos órgãos de fiscalização tributária, prevista no art. 83 da lei n. 9.430/96 (redação dada pela lei n. 12.350/2010) comunicar o ministério público, quando do encerramento do procedimento administrativo sobre exigência de crédito tributário, eventual prática de crime. E mais, não configura quebra do dever de sigilo *'a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa'* (inc. IV do § 3º do art. 1º da Lei Complementar n. 105/2001). Como se vê, os citados dispositivos

expressamente albergam o dever de remessa de dados bancários indicativos de eventual ilícito penal ao ministério público, a partir do término do procedimento administrativo tributário, como forma de permitir a investigação e persecução penal. Desse modo, **a ação penal fundada em tais elementos não pode ser tomada como ofensiva à reserva de jurisdição, pois amparada em exceção categórica da legislação**. Vale dizer, sendo legítimo os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se igualmente lícita sua utilização para fins da persecução criminal, a partir da comunicação obrigatória promovida pela receita federal no cumprimento de seu dever legal, quando do término da fase administrativa (BRASIL, 2018b) (Informativo nº 0634/2018) (grifo não original).

Ademais, no informativo nº 0623/2018 do Superior Tribunal de Justiça, frisou-se que “há reiteradas decisões do STF, afirmando que deve ser estendida a compreensão fixada no julgamento do RE 601.314-SP à esfera criminal, sendo legítimos [...] os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo Administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal” (BRASIL, 2018b).

O Recurso Extraordinário nº 1.055.941 teve seu julgamento de mérito finalizado em 28 de novembro de 2019, oportunidade na qual o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, apreciando o tema 990 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, sendo votos vencidos os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello que negaram provimento ao recurso (BRASIL, 2019).

Posteriormente, em 04 de dezembro de 2019, o sobredito tribunal, por maioria, deixando vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, fixa a seguinte tese formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes julgando a constitucionalidade da transferência de sigilo dos dados fiscais e bancários do contribuinte ao Ministério Público para fins penais:

1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios (BRASIL, 2019).

Assim, o Supremo Tribunal Federal encerra, por ora, no âmbito do Poder Judiciário a problemática acerca da constitucionalidade da transferência de sigilo dos dados fiscais e bancários aos órgãos de persecução penal, restando a possibilidade de o Poder Legislativo aprovar o Projeto de Lei nº 6.064 exigindo a autorização judicial para tal compartilhamento de dados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A princípio, o encaminhamento de representação fiscal para fins penais contendo dados relativos às informações bancárias e fiscais do contribuinte, obtidas pela Administração Tributária no legítimo exercício de fiscalização, era tratado pela jurisprudência brasileira como quebra dos sigilos bancário e fiscal, devendo estar sujeita à prévia autorização judicial, em razão do princípio da reserva de jurisdição.

Dessa forma, quando a prova da materialidade do crime utilizada pelo Ministério Público encontrava-se fundada em procedimento administrativo em que a Fisco obteve os dados bancários e fiscais do contribuinte, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial, o Poder Judiciário brasileiro constatava a ilicitude da prova obtida, e, por conseguinte, desentranhavam-na dos autos.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP, entendeu que não há quebra de sigilo bancário no compartilhamento com o Ministério Público de dados do contribuinte, para fins penais, obtidos pelo Fisco, sem o crivo do Poder Judiciário.

Em vez disso, há a transferência do sigilo, pois o membro do Ministério Público deve zelar pela subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. Ademais, o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes por parte da Administração Tributária é meio idôneo a alcançar os fins pretendidos, sendo instrumento que subsidia 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.

Diante do exposto, observa-se que o desenvolvimento jurisprudencial indica a superação dos clássicos posicionamentos sobre a imposição do sigilo bancário e fiscal ao Ministério Público para fins de apuração dos crimes contra a ordem tributária, relacionados ao controle aduaneiro ou contra a Previdência Social, sendo importante avanço no combate às fraudes tributárias visto conceder maior amplitude às investigações.

Essa tendência dos tribunais brasileiros alinha-se ao da jurisprudência internacional, a exemplo da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, embora tradicional na tutela dos direitos fundamentais, entende desnecessária uma maior autorização judicial quando os dados

foram obtidos legitimamente obedecendo-se um procedimento legal.

Por fim, há que se ressaltar que as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, inclusive em controle de constitucionalidade, difuso ou abstrato, - tal qual o Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP - como visto, não vinculam o Poder Legislativo o qual poderá exercer sua função legislativa livremente, inclusive, estabelecendo regras diametralmente opostas às julgadas pelos tribunais. Assim, nada obsta que o Projeto de Lei nº 6.064/2016 exija a autorização judicial prévia para o encaminhamento da representação fiscal para fins penais ao Ministério Público.

REFERÊNCIAS

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: 30 de jul. de 2019 às 14h.

BRASIL. **Lei Complementar nº 105 de 2001**. Brasília (DF). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm Acesso em: 30 de jul. de 2019 às 14h.

BRASIL. **Lei nº 12. 850 de 2013**. Brasília (DF). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm Acesso em 22 de set. de 2019 às 23h.

BRASIL. **Lei nº. 5.172 de 1966 (Código Tributário Nacional)**. Brasília (DF). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l5172.htm Acesso em: 30 de jul. de 2019 às 14h.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.064 de 2016**. (2016c) Brasília (DF). Disponível em: [HTTPS://WWW.CAMARA.LEG.BR/PROPOSICOESWEB/FICHADETRAMITACAO?IDP=2110223/](https://www.camara.leg.br/proposicoesweb/fichadetramitacao?idp=2110223). Acesso em 22 de set. de 2019 às 23h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 308.493-CE**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 20 de out. de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 160.646-SP**, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 1º de set de 2011 (2011b).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 422.473/SP**. Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, por unanimidade, julgado em 20 de mar. de 2018 (2018b).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983**. Relator Ministro Marco Aurélio. Plenário. DJe 10 de out. de 2016 (2016a). Disponível em: [HTTP://PORTAL.STF.JUS.BR/PROCESSOS/DETALHE.ASP?INCIDENTE=4425243/](http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243) Acesso em 28 de set. de 2019 às 17h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.859**. Ministro Relator Dias Toffoli. Data de Julgamento 24 de fev de 2016 (2016b).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 133.118/CE**, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma. Julgado em 26 de set. de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP**. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. Data de Julgamento 12 de abr. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 389.808/PR**. Relator Ministro Marco Aurélio, Dje de 10 de maio de 2011 (2011a).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP**. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. Data de Julgamento 12 de abr. de 2018 (2018a).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. e ampl. ISBN 97-85-392-0277-5. São Paulo (SP): Malheiros Editores LTDA, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACEDO, Amílcar Fagundes Freitas. Sigilo bancário e fiscal: possibilidade de o Ministério Público determinar a quebra dos sigilos bancário e fiscal independentemente de autorização judicial. *In: Revista Jurídica Tributária*, Porto Alegre, ano 1, n. 3, p. 179-198, out./dez., 2008.

MARTINS, Tiago Misael de Jesus. Investigação Financeira. *In: Crimes Fiscais, Delitos Econômicos e Financeiros*. ISBN 978-85-85257-40-8. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. Brasília (DF): MPF, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Nota técnica nº PGR/ 2ª CCR Nº 14/2019**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Brasília (DF): MPF, 2019. Disponível em: [HTTP://WWW.MPF.MP.BR/PGR/DOCUMENTOS/NOTA_TECNICA_14_2ACCR_PL_606_4_AUDITORES.PDF/](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota_tecnica_14_2accr_pl_606_4_audidores.pdf). Acesso em 23 de set. de 2019 às 20h.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev., ampl. e atual. Salvador (BA): Editora Juspodivm, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. ISBN 978-85-970-1025-1. São Paulo (SP): Atlas, 2017.

SARAIVA FILHO, Oswald Othon de Pontes. Sigilo Fiscal em face do Ministério Público. *In: Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 12, n. 69, p. 9-47, maio/jun., 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Constitution of the United States (1789)**. Disponível em: [HTTPS://WWW.SENATE.GOV/CIVICS/CONSTITUTION_ITEM/CONSTITUTION.HTM/](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm) Acesso em: 07 de set. de 2019 às 14h.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). *United States's Supreme Court. United States v. Miller, 425 U.S. 435*. Julgamento em: 12 de jan. de 1976. Decidido em: 21 de abr. de 1976. Disponível em: [HTTPS://SUPREME.JUSTIA.COM/CASES/FEDERAL/US/425/435/](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/425/435/) Acesso em: 07 de set. de 2019 às 14h.