



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001: O DIREITO À PRIVACIDADE E A
REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Marcela Becker Atherino

Rio de Janeiro
2018

MARCELA BECKER ATHERINO

LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001: O DIREITO À PRIVACIDADE E A
REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001: O DIREITO À PRIVACIDADE E A REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Marcela Becker Atherino

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – dentre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, o direito à privacidade ganha destaque como uma das facetas de proteção dos direitos da personalidade. Os dados fiscais e bancários dos contribuintes encontram-se protegidos pelo direito ao sigilo, principalmente para garantir essa à privacidade dos cidadãos. Em razão da importância desse direito, a intervenção do Estado somente poderá ocorrer com autorização da autoridade judiciária competente, diante da chamada reserva de jurisdição. Todavia, não há como entender esse direito ao sigilo como uma barreira intransponível de forma a acobertar atos ilícitos. É necessário que haja uma ponderação com outros direitos e deveres constitucionais, de forma a evitar abusos. Nesse sentido, temos deveres constitucionais, como o de pagar tributos, que não podem ser desconsiderados na hora de se sopesar as garantias constitucionais envolvidas nos casos concretos. Nesta linha de intelecção que o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, que permite o acesso da Receita, em sede de processo administrativo fiscal, aos dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial. Posteriormente, a análise se deu no âmbito do processo penal. Isso porque os crimes tributários têm como pressuposto a existência de uma obrigação tributária subjacente e, diante de indícios de crime, cabe à Receita apresentar representação fiscal para fins penais perante o Ministério Público. A análise do caso girou em torno da configuração ou não de quebra de sigilo bancário e fiscal em casos como esses e se há a possibilidade de uso de prova emprestada de processo administrativo ou procedimento fiscal no processo penal.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Direito Processual Penal. Direito Tributário. Ministério Público. Investigação Penal. Constituição Federal. Lei Complementar nº 105/2001.

Sumário – Introdução. 1. A intervenção restritiva do Estado na esfera de privacidade dos cidadãos. 2. A constitucionalidade da requisição pela Receita de informações sobre a movimentações financeiras dos contribuintes. 3. Utilização pelo Ministério Público, em sede de processo penal, dos dados obtidos pela Receita Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo enfoca a recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, na qual foi tratada a possibilidade do fisco ter acesso direto, sem autorização judicial, aos dados fiscais e bancários

dos contribuinte, e o uso desses dados como prova indiciária, instruindo uma eventual denúncia proposta pelo Ministério Público.

O tema é extremamente delicado, principalmente por envolver direitos e deveres fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, sobretudo o direito à privacidade e o dever de pagar tributos.

Nesse sentido, o direito constitucional não pode negligenciar o tema de deveres fundamentais, do qual se extrai o dever de pagar tributos, de modo a garantir de forma absoluta a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos. O direito ao sigilo bancário e fiscal não pode servir como barreira de forma a proteger e, mais ainda, incentivar a prática de ilícitos, como a sonegação fiscal.

Todavia, é imprescindível que haja uma ponderação por parte tanto do legislador ordinário quanto dos operadores do direito, de modo a evitar abusos nos casos concretos.

Diante dos conflitos que rodeiam o tema, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01,

Posteriormente surgiu o questionamento se esses dados poderiam ser enviados ao Ministério Público, sob a forma de representação fiscal para fins penais, caso a Receita entendesse haver indícios da prática de crimes tributários.

Para melhor compreender as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, inicia-se o primeiro capítulo abordando o direito constitucional à privacidade, com suas diversas esferas e as situações nas quais seria possível relativizar o sigilo das informações dos cidadãos.

Segue-se fazendo uma análise da decisão do STF sobre constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01, e se estaríamos diante de uma hipótese de quebra de sigilo bancário sem a observância da reserva constitucional de jurisdição.

O terceiro capítulo tratará do caso concreto analisado pelo STF, em dezembro do 2017, que trata exatamente da possibilidade do uso dessas informações em sede de processo penal pelo Ministério Público, trazendo as discussões acerca do tema.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua tese.

1. A INTERVENÇÃO RESTRITIVA DO ESTADO NA ESFERA DE PRIVACIDADE DOS CIDADÃOS

O propósito de todos os direitos fundamentais é a existência humana. Em vista disso, o constituinte de 1988 entendeu que a Constituição da República Federativa do Brasil¹ seria o local adequado no ordenamento jurídico para positivizar as normas que protegem esses direitos decorrentes, principalmente, da dignidade da pessoa humana.

Dentre todos os direitos fundamentais expressamente disciplinados pela CRFB/88² está o direito à privacidade, que é gênero, do qual fazem parte a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

Segundo Marcelo Novelino³, a doutrina divide o direito à privacidade em esferas, a depender do grau e da área da personalidade protegida e afetada. Assim, de acordo com essa teoria das esferas, temos a esfera da publicidade, a esfera íntima e a esfera privada.

A esfera da publicidade abarca os fatos que pertencem ao domínio público, assim entendidos como aqueles praticados em locais públicos ou mesmo aquelas informações passíveis de serem lícitamente obtidas por qualquer um do povo.

A esfera íntima, por sua vez, abrange o modo de ser de cada indivíduo. É a reunião de informações pessoais e confidenciais que cada pessoa pretende manter em segredo, longe do conhecimento alheio. Se comparada com a esfera da publicidade, a esfera íntima merece maior proteção, visto que é a mais próxima das experiências definidoras da identidade do indivíduo.⁴

Por fim, a esfera privada engloba as relações das pessoas com o meio social em que vivem. É exatamente neste contexto que se enquadram as informações bancárias e fiscais dos indivíduos e o sigilo sobre esses dados, o que será tratado a seguir.

A CRFB/88⁵ confere proteção ao conteúdo das informações de extratos bancários e declarações fiscais dos cidadãos.⁶ Cuida-se de obrigação imposta principalmente aos Bancos, no sentido de manter a confidencialidade de dados e negócios realizados pelos seus clientes,

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

²Ibid.

³NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013, p.489.

⁴Ibid.

⁵BRASIL. op. cit., nota 1.

⁶Ibid.

seja no tocante a abertura e fechamento de contas, seja com relação a uma simples movimentação bancária.

A respeito do enquadramento constitucional dessa proteção, ela decorre do artigo 5º, X, da CRFB/88⁷, que trata do direito à privacidade, de acordo com entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal.⁸

Em que pese a garantia constitucional ao sigilo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, concordam que existe a possibilidade de intervenções restritivas a esse direito de personalidade, que não deve ser considerado absoluto ou ilimitado. Não se pode interpretar o direito à privacidade como uma verdadeira muralha, de forma a esgotar deveres constitucionais ou proteger atividades que não se coadunam com o ordenamento jurídico pátrio.

Decerto, existe uma grande tensão entre o direito do indivíduo em manter a sua privacidade e o direito de toda a coletividade, mormente relacionado à segurança e interesse público, além dos deveres fundamentais decorrentes de uma responsabilidade comunitária, como, por exemplo, o de pagar tributos. Diante disso, é necessário que existam mecanismos que facilitem a intervenção restritiva do Estado na esfera de privacidade dos cidadãos diante de indícios de atividades ilícitas.

Para que tal intervenção possa ser considerada legítima, é necessário que se façam ponderações de forma a analisar se medida interventiva é adequada ao caso concreto, além de ser necessária, tendo em vista não haver outro meio eficaz e menos gravoso que garanta o mesmo resultado. Por fim, deve-se demonstrar que existem princípios constitucionais mais fortes, se comparados à privacidade do indivíduo, sempre à luz do caso concreto em análise.

Isto posto, a intervenção do Estado na seara privada dos indivíduos, no tocante às suas informações bancárias e fiscais, se dá por meio da chamada quebra de sigilo bancário.

A quebra de sigilo bancário exige base jurídica idônea, cuja aferição depende de decisão motivada e devidamente fundamentada, isto é, só pode ser decretada por autoridade judicial competente, uma vez que se submete à chamada reserva de jurisdição. Nas palavras do Ministro Celso de Mello⁹:

⁷Ibid.

⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 84.758*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84758&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 17 out. 2017.

⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n° 23452*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

Malgrado esse entendimento, em 1995, o STF, no julgamento do MS 21.729/DF¹⁰, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, admitiu a possibilidade de o Ministério Público requisitar diretamente aos bancos informações acerca de transações subsidiadas com o dinheiro público¹¹, no uso de seus poderes investigativos conferidos pela Constituição da República no artigo 129, VI e VIII¹².

No julgamento, o princípio da publicidade foi invocado para concluir que não cabe às instituições financeiras recusarem o acesso do Ministério Público aos dados de beneficiários de empréstimos, mormente pelo fato destes terem sido subsidiados pelo erário federal¹³, não há que se falar em direito ao sigilo bancário quando os valores tratados são valores públicos.

Alguns anos depois, em 2010, no julgamento do RE 389.808/PR¹⁴, também de relatoria do Ministro Marco Aurélio, ficou decidido pela maioria dos Ministros que a Receita Federal não poderia ter acesso direto aos dados bancários dos contribuintes. O recurso tratava especificamente da previsão trazida no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001¹⁵, que expressamente admite que as autoridades fiscais, em sede de processo administrativo ou de procedimento fiscal em curso, acessem diretamente documentos, livros e registros de instituições financeiras. Trata-se da chamada requisição de informações sobre movimentação financeira.

Os argumentos trazidos pelo relator giraram em torno da ideia de que a vida privada pressupõe segurança e estabilidade e, conseqüentemente, a inviolabilidade é a regra. A mitigação do sigilo apenas pode vir por meio de ordem judicial devidamente fundamentada

¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS nº 21729*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745244/mandado-de-seguranca-ms-21729-df>>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹¹BRASIL. op. cit., nota 9.

¹²BRASIL. op. cit., nota 1.

¹³Ibid.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 389808*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14805768/recurso-extraordinario-re-389808-pr-stf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁵BRASIL. *Lei Complementar nº 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

pela autoridade competente, sendo ainda a última opção diante da ineficácia de outros meios menos gravosos.¹⁶

Todavia, em sentido diametralmente oposto, a Ministra Carmen Lúcia sustentou que a hipótese não seria de quebra de sigilo bancário, mas de uma espécie de transferência de sigilo entre órgãos que atuariam em cooperação. Para a Ministra, os dados se manteriam sob proteção, mesmo que transferidos de um órgão para outro, não sendo correto falar em quebra de sigilo e não se mostrando necessária autorização judicial para tanto.¹⁷

Deve-se ressaltar que a questão foi analisada em sede de controle difuso de constitucionalidade e, na época, três Ações Diretas de Inconstitucionalidade encontravam-se pendentes de julgamento, o que levou o Supremo a se posicionar definitivamente sobre o assunto, como será a seguir analisado.

2. A CONSTITUCIONALIDADE DA REQUISICÃO PELA RECEITA DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÕES FINANCEIRAS DOS CONTRIBUÍNTES

Em 2016, o STF manifestou-se novamente sobre o tema, confrontando o direito ao sigilo bancário do cidadão, considerado uma das expressões do direito da personalidade, e o dever de pagar tributos, de forma a garantir a satisfação das necessidades de toda a coletividade. A decisão foi proferida no julgamento da ADI 2390¹⁸ e do RE 601.314, com repercussão geral.¹⁹

A tese firmada pela Suprema Corte no tocante ao artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01 foi a seguinte²⁰:

O artigo 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 Ministros consideraram que a proteção constitucional à vida privada deve ser analisada à luz da cidadania e de ideias básicas de organização social, não sendo razoável que se interprete o sigilo bancário como uma forma de proteção de ilícitos tributários que tem

¹⁶ _____. op. cit., nota 13.

¹⁷ Ibid.

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2390*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

¹⁹ _____. Supremo Tribunal Federal. *RE 601314*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2689108>>. Acesso em 20 mar. 2018.

²⁰BRASIL. op. cit., nota 18.

como base de sua incriminação o dever fundamental de pagar tributos, extraído do sistema tributário constitucional.

Nessa linha de intelecção, todo e qualquer direito fundamental é relativo. Direito fundamental absoluto é um contrassenso, razão pela qual a proteção à privacidade deve ser ponderada diante do aparente conflito com outros princípios também garantidos pela Constituição.

No julgamento do RE, o relator Ministro Edson Fachin reconhece que a proteção aos dados bancários é necessária, mas não absoluta, já que não diz respeito à esfera íntima dos cidadãos, mas sim à esfera privada. Nas palavras do Ministro²¹:

Resta evidente que pode o legislador definir não apenas o sigilo, mas os seus limites, ou seja, a medida do razoável nesta interação de valores, destinada a permitir que terceiros, devidamente identificados e em condições especificadas, possam acessar os dados bancários para tutelar este ou aquele direito constitucionalmente relevante e que, por isso, legitimamente contrapõem-se ao rigor do segredo absoluto pretendido.

Ademais, o Ministro retoma o entendimento firmado pelo STF em 2010²², o qual a quebra de sigilo só poderia ser admitida caso houvesse decisão emanada pelo juiz competente em processo judicial, para afirmar que, diante da legislação atual, não é possível que este entendimento se mantenha. Isso porque, é a lei que deve trazer os exatos contornos de como as garantias previstas na Constituição devem ser interpretadas e aplicadas.

Sendo assim, a partir de 2001, com a Lei Complementar nº 105/01²³, o legislador ordinário, ao trazer expressamente a possibilidade da Receita requisitar das instituições financeiras, sem autorização judicial, informações bancárias dos contribuintes, o fez de forma minuciosa e objetiva, fixando, inclusive, as hipóteses excepcionais que estariam sujeitas à reserva de jurisdição.

Além disso, a lei, em seu artigo 1^o²⁴, reafirmou a proteção ao sigilo bancário, sendo cautelosa ao assinalar as hipóteses que não estariam sujeitas à reserva de jurisdição, como no caso do artigo 6^o²⁵, que é taxativo e razoável ao permitir que a Receita requirite diretamente informações, casos elas sejam consideradas indispensáveis ao andamento do processo administrativo fiscal em curso.

²¹Ibid.

²²BRASIL. op. cit., nota 13.

²³BRASIL. op. cit., nota 14.

²⁴Ibid.

²⁵Ibid.

Diante do texto legal, os Ministros concordaram²⁶ com a tese trazida em 2001 pela Ministra Carmen Lúcia²⁷, no sentido de que o repasse feito pelos bancos ao Fisco, diante da requisição de informações sobre movimentação financeira, não seria hipótese de quebra de sigilo, mas, tão somente, uma transferência de sigilo de um órgão para outro, dado que as informações continuariam sobre proteção, permanecendo sigilosas em relação a terceiros.

Assim, aqueles dados que estavam protegidos pelo sigilo bancário, continuarão em sigilo e, por isso, essa transmissão em nada violaria a intimidade do contribuinte.

Outro argumento utilizado²⁸, de forma a corroborar para o entendimento de que o artigo 6º²⁹ é constitucional, foi o de que a prática de cooperação entre órgãos é comum em diversos outros países e, muitas vezes, imprescindível para o combate de atividades ligadas à lavagem de dinheiro, evasão de divisas, organizações criminosas e diversos outros crimes, principalmente os tributários, nos quais tudo é feito às escuras:³⁰

Nesse sentido, é digno de nota que o G20, em conjunto com a OCDE, tenham estabelecido um Fórum Global, em abril de 2009, com a missão de acabar com a “era do segredo bancário”. Desde então, a República brasileira aderiu a diversos tratados internacionais em matéria tributária voltados para trocas, automáticas ou a pedido, de informações fiscais entre mais de cem países signatários, notadamente a “Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal”; e a “Convenção para Troca Automática de Informação Financeira em Matéria Tributária” (Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters).

Assim, concluiu-se que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01³¹ não viola a CRFB/88³², estando de acordo com diversos tratados internacionais de direito tributário aderidos pelo Brasil nos últimos anos.

Por fim, é necessário que se destaque que as Receitas dos Estados-Membros e os Municípios também podem requisitar as informações diretamente das instituições financeiras. Todavia, no âmbito federal já há o Decreto Federal nº 3724/2001³³ trazendo parâmetros e regulamentando como a requisição se dará.

Logo, é imprescindível, para que as receitas estaduais e municipais possam requisitar essas informações, que elas regulamentem a matéria de forma análoga ao Decreto Federal.

²⁶ BRASIL. op. cit., nota 19.

²⁷ BRASIL. op. cit., nota 14.

²⁸ Ibid

²⁹ Ibid.

³⁰ BRASIL. op. cit., nota 18.

³¹ BRASIL. op. cit., nota 14.

³² BRASIL. op. cit., nota 1.

³³ BRASIL. *Decreto Federal nº 3724*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

Vale destacar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes do julgamento proferido pelo STF, já aceitava a possibilidade de a autoridade fiscal solicitar diretamente, sem necessidade de prévia autorização judicial, das instituições financeiras, informações sobre os contribuintes em âmbito de processo administrativo fiscal.³⁴

3. UTILIZAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM PROCESSO CRIMINAL, DOS DADOS OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL

Diante da confirmação da constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001³⁵, restou uma nova questão a ser decidida: havendo indícios de prática de crimes contra a ordem tributária, poderia o Fisco representar ao Ministério Público? O Ministério Público, frente à notícia criminis, poderia instruir possível denúncia com os dados obtidos pelo fisco sem autorização judicial?

O STF, em dezembro de 2017, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.057.667³⁶, foi instado a se manifestar sobre essas questões.

A discussão é ponderosa, pois se trata de decidir sobre viabilidade do uso de prova emprestada do processo administrativo fiscal em processo penal, quando esta prova foi obtida sem ordem judicial.

Prova emprestada é aquela prova de um fato que é transportada de um processo para outro sob forma de prova documental. No processo originário ela pode ser produzida por documentos, testemunhas, confissão ou mesmo perícia. Nos ensinamentos de Daniel Amorim³⁷:

O empréstimo de provas não encontra limitação pela natureza do processo ou mesmo pela Justiça na qual a prova foi produzida. É possível o empréstimo entre processos em trâmite em diferentes Justiças, com também é admissível o empréstimo de provas colhidas em processo criminal para o processo cível, não havendo nesse caso a necessidade de se aguardar o trânsito em julgado do processo penal.

³⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1134665*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6205885/recurso-especial-resp-1134665-sp-2009-0067034-4>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

³¹BRASIL. op. cit., nota 13.

³⁶_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag no RE 1057667*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281057667%2ENUME%2E+OU+1057667%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc49t98w>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

³⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, p.671.

Diante de uma interpretação apriorísticas e gramatical da norma constitucional do artigo 5º, XII, da CRFB³⁸, a conclusão não seria outra senão pela necessidade de ordem judicial diante de qualquer violação ou restrição dos sigilos em sede de processo penal. Nesse caso, a prova emprestada que caracterizasse uma quebra de sigilo fiscal ou bancário sem autorização judicial, em que pese pudesse ser usada em procedimento administrativo, não poderia ser utilizada em processo penal sem autorização da autoridade judicial competente. A conclusão seria pela ilicitude dessa prova emprestada obtida sem a devida autorização, devido a violação de norma de direito substancial, fundamental e constitucionalmente garantido.

Foi com esse entendimento que o RE 1.057.667³⁹ chegou ao STF. No caso em análise, a Receita Federal do Brasil havia verificado uma movimentação financeira desproporcional, se comparada com os rendimentos declarados, na conta de um contribuinte. Após apuração, havia indícios de que a conta bancária seria utilizada para atividades financeiras da empresa do contribuinte, caracterizando verdadeira confusão patrimonial entre pessoas física e jurídica e crime tributário tipificado na Lei 8137/90⁴⁰.

Diante disso, o fisco intimou o contribuinte e seus sócios, em sede de processo administrativo fiscal, para que apresentassem os extratos bancários de todas as contas-correntes da empresa, de forma a justificar a desproporção entre os valores, garantindo o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal.

Frente à inercia da defesa, que não apresentou nenhum extrato, foi expedida pela Receita Federal requisição de informações sobre movimentação financeira ao banco e, diante das informações fornecidas por este, novamente o contribuinte foi intimado a esclarecer a origem daqueles recursos.

Mais uma vez sem esclarecimentos, a Receita, concluindo que no caso havia indícios de prática de crimes contra a ordem tributária, encaminhou representação fiscal para fins penais ao Ministério Público Federal, acompanhada de todas as informações obtidas em sede de processo administrativo fiscal. Diante da notícia criminis, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face do contribuinte.

O juiz de primeiro grau entendeu que houve quebra de sigilo bancário pela Receita Federal sem autorização judicial e absolveu sumariamente o acusado, o que foi confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Isso porque o entendimento que predominou foi

³⁸BRASIL. op. cit., nota 1.

³⁹Ibid.

⁴⁰BRASIL. *Lei 8137*, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 10 mar de 2018.

no sentido de que toda a prova dos autos era ilícita, razão pela qual não seria apta a auxiliar na formação do convencimento do magistrado.⁴¹

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial perante o STJ, que, embora tenha reafirmado a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01⁴², invalidou a prova produzida desde a sua origem, concordando com o entendimento adotado pelo Tribunal *a quo*,⁴³ no sentido de que, diante da ausência de autorização judicial, aquela prova emprestada não poderia instruir a denúncia, visto que caracterizaria verdadeira quebra de sigilo bancário.⁴⁴

Sem embargo, o STF, em sentido totalmente oposto, no Recurso Extraordinário interposto contra a decisão, concluiu que é possível a utilização de dados obtidos pela Receita Federal, em regular procedimento administrativo, para fins de instrução penal.⁴⁵

A conclusão da Suprema Corte levou em consideração, principalmente, o poder geral de requisição do Ministério Público, com amparo no artigo 129, VI e VIII da CRFB/88⁴⁶, e disciplinada no artigo 8º, VIII da Lei Complementar nº 75/93⁴⁷ e no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 7492/86.⁴⁸

Os crimes tributários têm como pressuposto a existência de uma obrigação tributária subjacente. Ressalta-se que o Direito Tributário se baseia em uma série de presunções e não há obstáculo para a utilização dessas presunções para fins penais. Por se tratarem de presunções relativas, deve ser garantido ao contribuinte, em sede de processo administrativo fiscal, o contraditório e a ampla defesa, oportunizando a produção de provas que refutem a presunção, sem que isso seja considerada violação ao princípio da presunção de inocência.⁴⁹

⁴¹NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 7 ed. rev., atual. e ampl. V. 7. São Paulo: RT, 2013, p. 565.

⁴²BRASIL. op. cit., nota 14.

⁴³_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 393824*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sigilo+e+bancario+e+fisco+e+ministerio+publico&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵BRASIL. op. cit., nota 18.

⁴⁶_____. op. cit., nota 1.

⁴⁷_____. *Lei Complementar nº 75*, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 6 jun. 2018.

⁴⁸_____. *Lei nº 7492*, de 16 junho de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17492.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁴⁹_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 121125*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342376/habeas-corpus-hc-121125-pr-stf/inteiro-teor-159437820>>. Acesso em 17 out. 2017.

Nessa linha de intelecção, é inadmissível que o sigilo bancário seja considerado absoluto de forma a servir como uma muralha de proteção para a prática de atos ilícitos, que, por sua vez, violam frontalmente outras garantias constitucionais.

Vale destacar que o STF não permitiu que o Ministério Público ou mesmo o Fisco determinassem a quebra de sigilo do contribuinte. O que se estabeleceu foi a possibilidade de que houvesse a transferência, ou seja, a cooperação entre os órgãos para apuração de delitos, devendo as informações permanecerem em sigilo.

Sendo assim, se legítimos os meios de obtenção da prova utilizada em sede administrativa fiscal, como foram no caso analisado pela Suprema Corte, com devido respeito ao contraditório e a ampla defesa, a utilização da prova emprestada para fins de persecução penal não encontraria nenhum óbice, mostrando-se plenamente razoável.

Por fim, vale ressaltar que, não há como se negar que, diante de eventual abuso, caberá sempre controle repressivo pelo judiciário, de forma a garantir o devido processo legal.

CONCLUSÃO

A requisição de informações financeiras feita pelo Fisco objetivando acesso aos dados bancários de contribuinte, tal como se apresenta hoje, não é considerada como quebra de sigilo bancário. Essa atuação da Receita é regulada pelo artigo 6º da Lei Complementar nº105/2001, considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, é possível que as Receitas, não só da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em sede de processo administrativo fiscal instaurado de acordo com a lei, tenham acesso aos dados sem necessidade de autorização judicial.

Trata-se de questão delicada, visto que envolve de um lado o direito à privacidade, em especial, o direito ao sigilo bancário, e de outro o dever constitucional de pagar tributos, que gera consequências diretas para toda a comunidade.

Os direitos fundamentais dos indivíduos, garantidos pela CRFB/88, não podem ser usados como uma barreira de forma a esconder e proteger atos ilícitos, capazes de prejudicar toda a coletividade. Assim, o STF conclui que a hipótese do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 seria de cooperação entre órgãos, caracterizando uma verdadeira transferência de sigilo. Isso porque as informações se mantêm sigilosas, não chegando ao conhecimento de terceiros.

Ao ter acesso a tais informações e concluindo haver indícios de sonegação fiscal ou outro crime, cabe ao fisco apresentar representação fiscal para fins penais ao Ministério Público, que, por sua vez, poderá instaurar procedimento de investigação criminal ou denunciar, utilizando-se de tais informações.

Essa atuação do Ministério Público é considerada idônea, tendo em vista a manifestação do STF no sentido de que essas informações, mesmo obtidas sem autorização judicial, não são, a princípio consideradas provas ilícitas.

Assim, diante do poder geral de requisição do Ministério Público e respeitado o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em processo administrativo fiscal no qual as provas foram obtidas, não há óbice para o fisco apresente representação fiscal para fins penais, tampouco para que o Ministério Público se utilize de tais informações para instruir futura denúncia em face do contribuinte investigado.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 de set. de 2017.

_____. *Decreto Federal nº 3724*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm>. Acesso em: 22 de mar. de 2018.

_____. *Lei Complementar nº 105*, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm>. Acesso em: 16 de set. de 2017.

_____. *Lei Complementar nº 75*, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 6 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 601.314/SP*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2689108>>. Acesso em: 06 de set. de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 121125*. Relator: Ministro Gilmar Mendes Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342376/habeas-corpus-hc-121125-pr-stf/inteiro-teor-159437820>> Acesso em: 17 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag no RE 1057667*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%281057667%2EENUME%2E+OU+1057667%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc49t98w>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2390*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI2390.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 601314*. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2689108>>. Acesso em 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 389808*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14805768/recurso-extraordinario-re-389808-pr-stf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1134665*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6205885/recurso-especial-resp-1134665-sp-2009-0067034-4>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 393824*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=sigilo+e+bancario+e+fisco+e+ministerium+publico&b=ACOR&p=true&l=10&i=4>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 84.758*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/PORTAL/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=84758&classe=HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 17 out. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais*. v.1 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TÁVORA, Nestor; ROQUE, Fábio. *Código De Processo Penal Para Concursos*. 6. ed. rev. e atual. Bahia: Juspodvum, 2015.