

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CONSULTORIA JURÍDICA DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO ADMINISTRATIVO

MPRJ nº 2018.00299105

I

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir do Ofício/GAESF/GAB nº 44/2018 do Grupo de Atuação Especializada no Combate à Sonegação Fiscal e aos Ilícitos Contra a Ordem Tributária – GAESF, no qual formula consulta relativa ao posicionamento da Chefia Institucional acerca do acesso, por via administrativa, de dados fiscais de envolvidos em investigações de natureza civil ou criminal conduzidas pelos órgãos de execução do *Parquet* estadual.

A presente consulta encontra justificativa na dificuldade relatada pelo GAESF em obter, da Secretaria Estadual de Fazenda, informações fiscais relevantes e imprescindíveis ao bom desempenho de suas funções. Segundo informa o requerente, o posicionamento da Secretaria Estadual de Fazenda, em não permitir ao Ministério Público o acesso aos referidos dados fiscais, vem prejudicando o auxílio prestado aos *órgãos* de execução, especificamente no que diz respeito à prevenção e à repressão de ilícitos penais e civis praticados em detrimento da ordem tributária estadual¹, além de causar limitações *ao pleno funcionamento* do Comitê Interinstitucional de Recuperação de Ativos – CIRA/RJ, criado pelo Decreto Estadual nº 45.550, de 25 de janeiro de 2016.

Para subsidiar a consulta formulada, os nobres subscritores acostaram aos autos cópias dos seguintes documentos: (i) Resolução GPGJ nº 2.100/2017, que cria o grupo de atuação especializada no combate à sonegação fiscal e aos ilícitos contra a ordem tributária – GAESF (fls. 5-7); (ii) Decreto nº 45.550/2016, que cria o comitê interinstitucional de recuperação de ativos do Estado do Rio de Janeiro (fls. 8-11); (iii) Resolução Conjunta SEFAZ/PGJ nº 114/2011, que fixa normas de cooperação técnica entre o Ministério Público e a Secretaria de Fazenda no combate aos crimes contra a ordem tributária (fls. 12-15); (iv) decisões da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento do Rio de Janeiro, em que se opina pela liberação de informações, ao Ministério Público, de benefícios fiscais concedidos a contribuintes (fls. 16-18); (v) Parecer PGFN/CAT nº 2029/2013, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, emitido em 31 de outubro de 2013, em que informa sobre a impossibilidade de responder a consulta do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro sobre o acesso, por via administrativa, de dados bancários e fiscais, tendo em vista a dependência de parecer conclusivo da Advocacia-Geral da União sobre a extensão da Nota Técnica nº 179/DENOR/CGU/AGU/2007, ou seja, se a não oposição

¹ Resolução GPGJ nº 2.100, de 17 de fevereiro de 2017.

do sigilo fiscal pelas autoridades da Administração Pública abarca todos os ramos do Ministério Público (fls. 19-22); (vi) Parecer Conclusivo nº 28/2016-EAO/DPP/PGU/AGU, da Advocacia-Geral da União, que versa sobre a dispensa de autorização judicial para o acesso de dados fiscais pelo Ministério Público (fls. 23-55).

Considerando a natureza do objeto a ser analisado, os autos vieram a esta Consultoria Jurídica por força do despacho de fl. 56.

II

O presente expediente visa a estabelecer uma diretriz institucional que subsidie a atuação dos órgãos com atribuição no combate à sonegação fiscal e aos ilícitos contra a ordem tributária. Assim, ocorre em razão da resistência de alguns setores em permitir o acesso direto, pelo Ministério Público, a dados completos sobre incentivos e isenções fiscais de investigados, sem necessidade de autorização judicial.

A análise ora realizada estará calcada em três pilares fundamentais: (I) o entendimento do fisco; (II) o acesso a dados fiscais como medida de transferência de sigilo; e (III) tendências da jurisprudência.

II.1. O Entendimento do Fisco

O esforço em se estabelecer uma diretriz institucional acerca da temática advém do atual posicionamento da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, por meio da sua Procuradoria da Dívida Ativa, embasado no Parecer PGE/PG-5/MVCB nº 001/2018, de 26 de fevereiro de 2018, cuja cópia ora é acostada aos autos, no qual é apontada a impossibilidade de o Ministério Público ter acesso direto e amplo a informações sigilosas constantes dos bancos de dados fazendários, assim como o deferimento de requisições de entrega direta de informações econômico-fiscais de contribuintes, sem intermediação judicial.

Considerando o teor dos fundamentos elencados no referido parecer, a Procuradoria-Geral da Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro concluiu ser imperioso a reformulação da Resolução Conjunta SEFAZ/PGJ nº 114/2011, especificamente dos dispositivos que garantem ao Ministério Público acesso amplo ao banco de dados da Secretaria de Estado de Fazenda.

Os fundamentos tratados no referido parecer levam em consideração, especialmente, que o acesso amplo e direto às informações fiscais por parte do Ministério Público fere a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Esse posicionamento, por sua vez, vem alicerçado em duas vertentes: (i) o eventual entendimento prevalecente no âmbito da União a respeito do tema; e (ii) os esclarecimentos sobre às hipóteses em que se pode admitir, ou não, a transferência de informações acobertadas pelo sigilo fiscal da Administração Tributária ao Ministério Público para fins de instrução de processos penais, cíveis e administrativos.

No tocante ao enfrentamento da temática no âmbito da União, não obstante o reconhecimento de divergências a esse respeito, foram destacados dois pareceres

e uma nota técnica da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: (i) o Parecer PGFN/CAT nº 2.458/2012, no qual se consolidou a prevalência da “Nota Técnica nº 179/DENOR/CGU/AGU de 2007”, aprovada pelo Advogado-Geral da União, no sentido de que o Ministério Público Federal pode requisitar diretamente informações protegidas pelo sigilo fiscal; (ii) o segundo parecer, Parecer PGFN/CAT/ nº 593/2008, em que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional recomendou a oitiva da Advocacia-Geral da União para definir a extensão do conteúdo da Nota Técnica nº 179/2007, o qual ainda não tinha sido respondido pela AGU; e (iii) a Nota Técnica PGFN/CAT nº 1.455/2014, na qual se requereu a revisão da Nota Técnica nº 179/2007, tendo em vista o mais recente parecer da AGU, que destacou o entendimento sobre a impossibilidade de atendimento de requisições diretas de informações protegidas por sigilo fiscal ao Ministério Público da União e aos Ministérios Públicos dos Estados, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas.

Quanto à transferência direta de informações acobertadas pelo sigilo fiscal da Administração, os argumentos apresentados no parecer estadual, em síntese, apontam para os seguintes fatores: (i) tanto a Lei Complementar nº 75/1993 quanto a Lei Complementar Estadual nº 106/2003 estabelecem que o Ministério Público deve representar ao órgão judicial competente para obter informações protegidas por sigilo; (ii) nos termos do Código Tributário Nacional, o Ministério Público não é órgão integrante da Administração Tributária do Estado do Rio de Janeiro, para fins de transferência direta de informações com as Fazendas Públicas; (iii) não é possível a transferência direta de informações para fins de instrução de processos criminais, salvo diante da existência de representação fiscal para fins penais, de inscrição na dívida ativa e parcelamento ou moratória, nos termos do art. 198, §3º, do Código Tributário Nacional e nas infrações penais dos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária), tendo ocorrido, ou não, representação fiscal; (iv) para fins de instrução de processos administrativos, as informações somente poderão ser fornecidas ao Ministério Público mediante autorização judicial, sob pena de o agente público responder penal, administrativa e civilmente pelo fornecimento de informações indevidas, ressalvada a apuração de ilícito de natureza administrativa, se comprovada a instauração regular do processo administrativo, com o objetivo específico de investigar servidor do Ministério Público, por prática de infração administrativa junto ao órgão; e (v) a impossibilidade de transferência de informações sigilosas para a apuração da prática de ilícitos de natureza cível e para o auxílio na arrecadação de recursos do erário.

Em que pesem os argumentos apresentados pela Procuradoria-Geral do Estado para impedir o acesso direto do Ministério Público ao banco de dados da Fazenda Estadual, o certo é que os fundamentos lá destacados *já foram* enfrentados em outras oportunidades. A própria Coordenadoria-Geral de Defesa da Probidade, da Advocacia-Geral da União, no Parecer nº 28/2016 – EAO/DPP/PGU/AGU (fls. 23-55), aponta os fundamentos jurídicos e legais que permitem aduzir que os dados fiscais podem ser transferidos diretamente ao Ministério Público, sem restringir o direito à privacidade das pessoas, *verbis*:

Acesso pelo Ministério Público da União e dos Estados aos dados fiscais mantidos pela Receita Federal do Brasil. Entendimento jurisprudencial majoritário de que se depende, em regra, de autorização judicial. Prejuízo ao combate à corrupção e à recuperação de ativos, diante da dificuldade e da demora na obtenção desses dados. Art. 129 da CF, art. 8º da LC nº 75/93, e art. 198, §1º, II, do CTB, permitem que os dados fiscais sejam transferidos eletronicamente para o Ministério Público, sem afetar o direito à privacidade das pessoas, principalmente para proteção de Direitos Humanos violados pela corrupção. *Nota Técnica DENOR/CGU/AGU nº 179/2007*, aprovada pelo Senhor Advogado-Geral da União, permite que o Ministério Público acesse diretamente dados fiscais, contudo, interpretada restritivamente, por não abranger expressamente o Ministério Público dos Estados. Posteriormente, o *Parecer AGU/SF/01/2014*, com o *de acordo do Consultor-Geral da União*, conclui que nenhum ramo do Ministério Público poderia acessar diretamente dados fiscais, tendo em vista a jurisprudência dos Tribunais Superiores (este parecer não foi ainda apreciado pelo Advogado-Geral da União). Não obstante, há decisões dos Tribunais favoráveis ao acesso direto do Ministério Público, embora minoritárias. Recentemente julgado do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2.390/DF, indica que essa jurisprudência minoritária pode se tornar prevalente daqui em diante, uma vez que foi reconhecida a possibilidade de transferir dados bancários para autoridades da RFB, bem como transferir dados fiscais para autoridades administrativas, o que não configuraria quebra de sigilo, mas sim transferência de sigilo, sem que haja violação à privacidade das pessoas. Ausência de coisa julgada material no STJ sobre a proibição do Ministério Público acessar diretamente dados fiscais. Direito comparado: em diversos outros países democráticos, é permitido esse tipo de acesso pelo Ministério Público, não sendo cabível concluir que esses países democráticos estariam violando direitos fundamentais, ao contrário, esta possibilidade existe justamente para proteger direitos fundamentais atacados em razão de atos de corrupção. Postulação de reanálise da aprovação conferida ao Parecer nº AGU/SF/01/2014, a fim de reconhecer que a Nota Técnica DENOR/CGU/AGU nº 179/2007, de 27 de dezembro de 2007, já prevê o direito/dever dos Ministérios Públicos dos Estados e da União acessarem de forma eletrônica dados fiscais da Receita Federal, conforme se depreende, também, da *Nota Técnica nº 200 DENOR/CGU/AGU, de 2008*. Proposta semelhante do Consultor da União, Dr. Rui Magalhães Piscitelli, com base nos respeitáveis trabalhos dos órgãos integrantes da Ação nº 11, de 2016, da ENCCLA, no sentido de que o entendimento restritivo não deve prevalecer, sobretudo, no âmbito administrativo.

Releva destacar que a atual recalcitrância da Fazenda Estadual, corroborada pela Procuradoria-Geral do Estado, em não disponibilizar diretamente ao Ministério Público dados fiscais de envolvidos em investigações de natureza civil ou criminal, ocorre em paralelo à crise financeira, de segurança e, principalmente, moral que o Estado do Rio de Janeiro atravessa. Note-se que o parecer da PGE indica a mudança de posicionamento em um momento em que se discute a falta de transparência nas relações envolvendo candidatos, futuros governantes, e os financiadores de campanhas eleitorais. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente, em parte, o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650² para declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. Em relação às pessoas físicas, as contribuições permanecem disciplinadas pela legislação em vigor.

A receita Estadual, por sua Procuradoria, indica, ainda, que o Ministério Público não pode ter acesso a dados fiscais sigilosos em desconformidade dos requisitos previstos no art. 198 do Código Tributário Nacional, preceito que tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

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

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

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

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

§3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

² STF, Pleno, ADI nº 4.650/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/09/2015, DJe de 24/02/2016.

II.II. O Acesso a Dados Fiscais como Medida de Transferência de Sigilo

Conforme se depreende do §2º do art. 198 do CTN, é obrigatório o compartilhamento de informações no âmbito da Administração Pública, sendo descabido o argumento de sigilo no que tange aos dados a respeito das renúncias fiscais e na constituição e extinção dos créditos tributários. O Ministério Público integra a Administração Pública, não a iniciativa privada; sua atuação, na persecução penal de ilícitos fiscais, consubstancia importante estímulo à respectiva quitação; e não há quebra de sigilo, mas mera transferência de dados sigilosos.

Em outra oportunidade, observamos³ que, conforme o disposto no art. 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/1993, “[n]enhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido”, preceito que é subsidiariamente aplicável ao Ministério Público Estadual (art. 80 da Lei nº 8.625/1993). Portanto, nenhum agente público pode opor ao Ministério Público a exceção legal de sigilo, ainda que as informações requisitadas estejam cobertas por esta garantia. Nesse caso, transfere-se ao membro do Ministério Público o ônus de zelar pela manutenção do sigilo das informações recebidas. Como se percebe, adotou-se uma posição ambivalente em relação ao sigilo, que polariza as estruturas de poder, no âmbito das quais a informação pode circular, e o público privado, ao qual se opõe o sigilo.

Na lição de Miguel Reale⁴, “é compreensível que, em se tratando de órgãos ou entidades de Direito Público, não titulares de direitos pessoais, assista ao Ministério Público o poder de suspensão de sigilo, nenhuma autoridade podendo contrapor-se à sua determinação”.

Os contornos linguísticos dos referidos comandos da Lei Complementar nº 75/1993 e da Lei nº 8.625/1993 devem ser compreendidos em conformidade com o nosso *acquis* histórico e com os objetivos a serem alcançados na sua aplicação.

A linguagem, em sua essência, é flexível.⁵ Na medida em que o uso da linguagem em geral está suscetível à influência de valores de ordem social e cultural, é possível se falar em uma “etnografia da comunicação”, o que desaconselha seja a análise da linguagem situada num plano puramente abstrato. A constatação de que a linguagem é um fenômeno essencialmente social e que a concretização do processo de comunicação pressupõe a sua contextualização tornam de difícil aceitação a tese da total separação entre esses dois fatores. Não é por outra razão que a análise do contexto, com especial realce às regras socioculturais, mostra-se imprescindível à identificação do sentido dos enunciados linguísticos utilizados⁶. O texto é um “retículo cultural” e seus elementos estruturais estão sujeitos a “revoluções e mutações constantes”⁷.

³ Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 557-560.

⁴ Incompetência do Ministério Público para Quebra do Sigilo Bancário. In: *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 123.

⁵ Cf. MARMOR, Andrei. *Social Conventions: From Language to Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. p. 102.

⁶ Cf. MERTZ, Elisabeth. *The language of Law school: learning to “think like a lawyer”*. New York: Oxford University Press, 2007. p. 45; e SOLAN, Lawrence M. *The Clinton Scandal: Some Legal Lessons for Linguistics*, in: COTTERILL, Janet. *Language in the legal process*. New York, Palgrave Macmillan, 2002. p.180 (186).

⁷ Cf. BITTAR. *Hermenêutica e Constituição...*, p.239 (244).

Com os olhos voltados à tríade “*Texten, Theorien und Praxis*”, que não pode ser ignorada em qualquer análise linguística, máxime quando destinada à comunicação normativa,⁸ não nos parece possível encampar o argumento simplista de que a relação entre texto e realidade refletiria, tão somente, uma espécie de interação entre o “teórico” e o “pragmático” ou mesmo que a linguagem projetaria, no contexto, uma representação de significados pré-concebidos, estruturados na individualidade do emitente da informação e que nem sempre acompanhariam as vicissitudes culturais. Teoria e prática não mantêm, entre si, uma mera relação de antecedente e consequente; interagem e se relacionam,⁹ daí decorrendo uma influência recíproca que não pode ser minimizada. A alegação de que a linguagem não pode se sujeitar a um “*reduccionismo cultural*” desconsidera que ela, em si, é um produto cultural, que direciona o surgimento das convenções que possibilitarão a conexão entre significantes e significados. No plano linguístico, a pragmática encontra-se estritamente relacionada à semântica, já que a funcionalidade dos significantes linguísticos é necessariamente dependente do seu significado e modo de exteriorização.¹⁰ A semântica absorve os sistemas de significado, a pragmática, os processos de comunicação.¹¹

A linguagem convencional, em verdade, está integrada a um processo de comunicação no qual os participantes se engajam em circunstâncias concretas de modo a satisfazer objetivos específicos. Esse processo tanto pode redundar na mera reprodução, como na reconstrução da realidade de acordo com a visão particular do participante. São justamente os recursos oferecidos pela linguagem que lhe dão sustentação, daí a conhecida sentença de Wittgenstein:¹² “os limites de minha linguagem significa os limites do meu mundo.” A linguagem não é espelho da realidade, mas fator de interação com a realidade. Não é, igualmente, realidade empírica suscetível de puro conhecimento, mas instrumento de apreensão da experiência social.

A existência de comandos que vedam a oponibilidade do sigilo ao Ministério Público deve ter a sua força expansiva potencializada, em especial no nosso atual momento histórico. A realização de escolhas trágicas, recorrente em países de modernidade tardia como o Brasil, é sensivelmente potencializada com a malversação e o desvio de recursos públicos, o que o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, busca evitar ou, no mínimo, remediar.

O art. 26, §2º, da Lei nº 8.625/1993, ao dispor que “[o] membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo”, veicula norma mais ampla que o art. 8º, §2º, da Lei Complementar nº 75/1993, não fazendo referência à autoridade, o que permite concluir que o Ministério Público Estadual poderá ter acesso a qualquer informação coberta pelo sigilo legal, ainda que oriunda de particular.

⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 32. Jg. Heft 22-23, 2005. p.685 (685).

⁹ Cf. VILLAR PALASI, José Luis. *La Interpretación y los Apotegmas Jurídico-Lógicos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1975. p.94.

¹⁰ Cf. LEVINSON, Sanford. *Pragmatics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1983. p. 1 e ss.; WROBLEWSKI, Jerzi. *Cognition of Norms and Cognition through norms*, in DI BERNARDO, Giuliano. *Normative structures of the social world*. Amsterdam: Rodopi, 1988. Volume 11, p. 223 (223).

¹¹ Cf. ECO, Umberto. *I Limiti dell'Interpretazione*. 4ª ed. Milano: Bompiani, 2004. p. 260.

¹² Tratado Lógico-Filosófico (*Tractatus Lógico-Philosophicus*). 3ª ed. Trad. de LOURENÇO, M. S. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 114.

Disposição similar já era contemplada no art. 210, §4º, da Lei nº 8.069/1990, *verbis*:

O representante do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, nas hipóteses legais de sigilo.

Tais normas, no entanto, não excepcionam as hipóteses em que o próprio texto constitucional exija a intervenção do Poder Judiciário para o acesso às informações sigilosas.

Após afirmar que a ação civil pública é meio adequado ao ressarcimento dos danos decorrentes da má gestão do Erário, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o poder de requisição do Ministério Público e, apesar de ressaltar que o órgão público destinatário poderá negar certidão ou informação “nos casos em que a lei impuser sigilo” (art. 8º, §2º, da Lei nº 7.347/1985), decidiu que “a relação de devedores do ICMS não se enquadra dentre as hipóteses em que se requer sigilo¹³”.

No plano do sigilo fiscal e do alcance do poder requisitório do Ministério Público, merece referência a sistemática inaugurada pela Lei nº 9.430/1996, cujo art. 3º dispõe que “a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente”. Esse comando legal, que não teve sua constitucionalidade afastada pelo Supremo Tribunal Federal, permite sejam estabelecidas duas premissas: 1ª) a prática de um ilícito penal não se situa na esfera de intimidade do indivíduo; e 2ª) o acesso aos dados fiscais não está, sempre, condicionado à prévia autorização judicial, sendo possível que a lei disponha sobre outras formas de acesso, em especial quando as informações não digam respeito, única e exclusivamente, à esfera íntima. Afinal, não seria coerente que, a cada ilícito penal tributário, a autoridade fazendária dependesse de prévia autorização judicial para cumprir a lei.

A sistemática instituída pela Lei nº 9.430/1996 terminou por ser encampada pela Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu alterações no Código Tributário Nacional, conferindo a nova redação do art. 198, conforme visto acima.

Como se percebe, as informações constantes das representações fiscais para fins penais foram expressamente excluídas da abrangência do sigilo bancário.

Cumprir observar que o sigilo fiscal contemplado no *caput* do art. 198 do Código Tributário Nacional somente diz respeito à “situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”. Informações meramente cadastrais, que apontem para a inserção do indivíduo no plano social (*v. g.*: filiação e endereço dos sócios de uma sociedade empresária), sequer estão cobertas pelo sigilo fiscal.

¹³ STJ, 1ª T., REsp nº 162.377/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 13/03/2001, DJU de 25/06/2001, p. 106.

As informações fiscais, a exemplo das informações bancárias, estão incluídas sob a epígrafe dos dados, o que, em linha de princípio, exigiria tratamento jurídico similar, qual seja, a necessidade de autorização judicial para o seu repasse ao Ministério Público. Afinal, como já afirmamos, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido que a própria Instituição realize um juízo de ponderação. Isso, no entanto, não impede que o legislador democraticamente legitimado o realize. Desse modo, é perfeitamente possível que a lei indique as informações que não são alcançadas pela garantia do sigilo, como é o caso do art. 198 do Código Tributário Nacional. Não é demais lembrar que a própria *ratio* da lei é a de afastar a garantia do sigilo nas hipóteses em que seja divisada a prática de ilícito. Tanto isso é verdade que a garantia do sigilo não obsta o atendimento a solicitações de órgãos administrativos para a apuração de infrações tributárias (art. 198, §1º, do CTN).

Ora, se as representações fiscais destinadas ao Ministério Público e as informações solicitadas por órgãos administrativos para a apuração de infrações disciplinares não estão cobertas pelo sigilo fiscal, como sustentar que essa garantia possa ser oposta à Instituição, comprometendo a própria persecução de ilícitos penais ou de improbidade administrativa? É a mera assinatura da autoridade administrativa, aposta na representação fiscal, que retira o caráter sigiloso da informação? Ou será que toda informação fiscal de relevo para a investigação penal deixa de se enquadrar no âmbito de incidência do sigilo?

Ainda que inexistisse a regra do art. 80 da Lei nº 8.625/1993, que permite a extensão, ao Ministério Público dos Estados, das prerrogativas asseguradas aos membros do Ministério Público da União, jamais seria possível que um órgão público dispensasse tratamento diferenciado às Instituições (v. g.: a Secretaria da Receita Federal, embora franqueie o acesso ao Ministério Público da União, impõe restrições aos congêneres estaduais). A explicação é simples: o federalismo brasileiro é estruturado sob a concepção de simetria, somente aceitando as distinções de tratamento encampadas no próprio texto constitucional. Essa impossibilidade, aliás, foi expressamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal ao afirmar que às Comissões Parlamentares de Inquérito estaduais era assegurado o mesmo poder de quebra do sigilo bancário assegurado às Comissões federais, isso apesar da omissão da Lei Complementar nº 105/2001, que somente se refere às últimas¹⁴. Nessa perspectiva, tanto o Ministério Público estadual como o congêneres federal têm suas atribuições e estrutura básica definidas na Constituição, não sendo dado aos órgãos administrativos discriminá-los na interpretação da lei.

A técnica da ponderação exige que os interesses envolvidos influam livremente no juízo valorativo do intérprete, não sendo possível conferir posições de primazia absoluta *in abstracto*. Além disso, é necessário prestigiar os juízos de ponderação realizados pelo legislador democraticamente legitimado.

O interesse público, em muitos casos, devidamente amparados pela ordem jurídica, sobrepõe-se ao interesse individual, exigindo adequada e rigorosa apuração de fatos que atentam contra a estabilidade das relações jurídicas e a segurança social.

¹⁴ STF, Pleno, ACO nº 730/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 22/09/2004, DJ de 11/11/2005.

In casu, a partir de um exercício de ponderação dos interesses em tela, questiona-se: o fornecimento de informações concernentes a dados fiscais causa maior lesividade à sua privacidade do que a paralisação de serviços públicos relevantes? Em situações como esta, o interesse público há de prosperar, não só em razão do seu maior peso e dimensão, como também em virtude da insignificante lesão à privacidade das pessoas investigadas.

II.III. Tendências da Jurisprudência

O Supremo Tribunal Federal vem consolidando sua jurisprudência no sentido de que os órgãos da administração tributária podem quebrar o sigilo fiscal de contribuintes, sem autorização judicial, visando à consecução do interesse público.

Em fevereiro de 2016, a Corte Suprema decidiu, no bojo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, bem como no RE nº 601.314, com repercussão geral reconhecida, que o art. 6º da LC nº 105/2001, guarda consonância com a Constituição Federal. Apesar dessas ações diretas de inconstitucionalidade versarem sobre sigilo bancário, *é nítida a analogia* com o sigilo fiscal, conforme excerto abaixo:

(...) Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, §1º, da Constituição Federal.

(...)

O Tribunal tem considerado que a cadeia de produção da prova é legítima, portanto, a representação fiscal para fins penais pode ser instruída com os elementos colhidos junto às instituições financeiras.

Ora, o próprio art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, no ponto em que inseriu o §1º, inciso II, e o §2º no art. 198 do CTN, não determinou a quebra de sigilo, mas a transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico, que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.

Em julgados recentes, que opuseram o fisco às instituições bancárias, o STF vem mantendo esse mesmo posicionamento, *verbis*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL

ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI Nº 10.174/01.

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo. 2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. 3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo. 4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. 5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei nº 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional. 6. Fixação de tese em relação ao item a do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: O art. 6º da Lei Complementar nº 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. 7. Fixação de tese em relação ao item b do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: A Lei nº 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN. 8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(STF. 1ª Turma. *Decisão Monocrática. Recurso Extraordinário nº 1.057.667*, Rel. Min. Roberto Barroso. j. 03.08.2017, Dj 08.08.2017)

EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL PARA INSTRUÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE nº 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que autoriza o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial. 2. O acórdão recorrido entendeu que os dados obtidos pela Receita Federal mediante requisição direta às instituições bancárias não poderiam ser utilizados no processo penal. Entendimento que contraria a orientação majoritária da Corte, no sentido de que é possível a utilização das informações obtidas pelo fisco, por meio de regular procedimento administrativo fiscal, para fins de instrução processual penal. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(STF. 1ª Turma. AG.Reg. no Recurso Extraordinário nº 1.057.667 – SE, Rel. Min. Roberto Barroso. j. 12.12.2017, Dj 23.02.2018)

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região também não destoava do posicionamento do STF. No *Habeas Corpus* nº 0020412-68.2016.4.03.0000/SP, o relator, Desembargador Paulo Fontes, realizou uma analogia com o tratamento dado aos agentes da Receita Federal em matéria de sigilo bancário.

De acordo com o nobre julgador,

Se a Receita Federal, com atribuições relevantes, mas certamente não mais que aquelas desempenhadas pelo *Parquet*, pode requisitar diretamente dados bancários, por que não poderia fazê-lo o próprio Ministério Público?

Além disso, a decisão afirma que os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro aconselham firmemente a flexibilização do sigilo bancário como forma de aprimorar o combate à criminalidade organizada. Como exemplo, temos a Recomendação nº 9 do Grupo de Ação Financeira (GAFI), organização encarregada do combate à lavagem de dinheiro em âmbito mundial.

O voto ainda destaca que a nova ordem constitucional põe os membros do Ministério Público “ao abrigo de injunções políticas e outras formas de pressão que poderiam macular uma atuação isenta e voltada à consecução do interesse público”,

equiparável ao que ocorre com os magistrados. Também ressaltou que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a possibilidade de o Ministério Público investigar crimes de forma direta, o chamado “poder investigatório do Ministério Público em matéria penal”.

Saliente-se, ainda, que os limites do acesso pelo Poder Público a informações ou dados relacionados aos cidadãos é tema que tem ensejado diversos debates e divergências doutrinárias, sobretudo ao colocar em lados opostos os valores referentes à preservação da intimidade da pessoa e a imprescindibilidade de se garantir maior efetividade na defesa do interesse público.

A linha evolutiva do posicionamento da doutrina aponta para o fato de que o acesso direto a dados fiscais, por parte de órgãos públicos, aí inserido o Ministério Público, não afeta em nada o direito à privacidade, uma vez que não há quebra de sigilo nesses casos, mas sim transferência de sigilo e dever de manutenção.

Na atual conjuntura social, a Administração Pública tem como uma de suas mais relevantes atribuições a de efetivar e promover políticas públicas, em especial aquelas que concorrem para a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes. Na promoção das políticas públicas, o Estado assume o papel de promotor e executor, enquanto a pessoa, individual ou coletiva, assume o *status* de beneficiário ou destinatário dessas políticas. Assim, é fundamental que sejam aprimorados os mecanismos de controle sobre os gastos públicos, a fim de evitar lesões ao erário e, conseqüentemente, o descumprimento dos fins institucionais a que o Estado se destina.

Portanto, a possibilidade de acesso direto, pelo Ministério Público, aos dados fiscais concorre para a satisfação do interesse público e não oferece qualquer mácula ao interesse particular, pois o sigilo é preservado. Além disso, permite uma atuação mais eficiente na defesa do erário.

III

Considerando o exposto, esta Consultoria Jurídica se mostra favorável ao repasse direto de dados fiscais ao Ministério Público, sem autorização judicial, de modo a viabilizar o exercício de suas atribuições constitucionais, observadas as cautelas necessárias à salvaguarda do sigilo transferido.

Rio de Janeiro, 17 de maio de 2018.

EMERSON GARCIA
Consultor Jurídico