

21/11/2019

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.055.941 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Recurso Extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fls. 257-259):

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SÚMULA VINCULANTE Nº 24. PRELIMINAR DE NULIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. IMPOSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO COM A ESFERA PENAL. PROVA ILÍCITA. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos da Súmula Vinculante nº 24, o crime material previsto no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90, somente se tipifica com o lançamento definitivo do crédito tributário, sendo este o marco inicial da prescrição da pretensão punitiva estatal. Hipótese em que o lustro prescricional incidente à hipótese não se esgotou nem entre os fatos e o recebimento da denúncia, nem entre esta data e a da publicação da sentença condenatória.

2. 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.

3. 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 n. 105/2001, obteve dados acobertados por sigilo mediante

requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial.

4. Reconhecida a ilicitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público Federal, para fins penais, e estando a materialidade delitiva demonstrada exclusivamente com base em tais elementos (ou em provas dele derivadas), tem-se que a ação penal padece de nulidade desde o início.

5. Apelo defensivo parcialmente provido para acolher a nulidade suscitada.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 276-277), nos termos da seguinte ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

1. Embargos de declaração opostos para sanar supostas obscuridades e omissões no acórdão.

2. O aresto não padece de omissão, contradição ou obscuridade.

3. A questão foi resolvida de maneira clara e fundamentada, consignando que esta E. Turma acompanha o entendimento fixado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, para fins de persecução penal, incide a cláusula de reserva de jurisdição insculpida no art. 5º, XII, da Constituição Federal.

4. Sem que sejam adequadamente demonstrados quaisquer dos vícios elencados no artigo 619 do Código de Processo Penal, não devem ser providos os embargos de declaração, que não se prestam a veicular simples inconformismo com o julgamento, nem têm, em regra, efeito infringente. Incabível, neste remédio processual, nova discussão de questões já apreciadas pelo julgador, que exauriu

apropriadamente sua função.

5. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados.

No apelo extremo (fls. 291-299), o Ministério Público Federal alega, com amparo no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, violação ao art. 5º, X e XII, art. 145, § 1º, e art. 129, VI, da CF/1988.

Sustenta, em síntese, que: **(a)** *Esta CORTE, na análise do RE 601.314 e das ADIs 2.859/DF, 2.390/DF, 2.386/DF e 2.397/DF, entendeu pela constitucionalidade do art. 6º, da LC n. 105/2001, garantindo ao Fisco o acesso aos dados bancários dos contribuintes sem necessidade de prévia autorização judicial;* **(b)** *Nesse quadro, não se mostra razoável que a validade do dispositivo seja aceita para se apurar ilícitos tributários, mas não possa também instruir processos em razão de ilícitos criminais cuja materialidade delitiva é formalizada na seara administrativa;* **(c)** *Não se desconhece que a jurisprudência entende ser necessária a existência de ordem judicial prévia e fundamentada para o afastamento temporário do sigilo bancário de algum investigado, conforme expresso por essa Suprema Corte ao julgar AC 3872 AgR/DF, Tribunal Pleno, Ministro Relator Teori Zavascki, em 22/10/2015. Entretanto, tal correta inteligência se faz presente em hipóteses nas quais há uma prévia investigação policial (inquérito policial) ou ministerial (procedimento investigatório criminal) na qual são apurados determinados delitos, pelos quais necessita-se do afastamento temporário do sigilo bancário para bem delimitar materialidade e autoria delitivas, hipóteses que acabaram por ser albergadas, na legislação infraconstitucional, pelo §4º do artigo 1º da Lei Complementar n. 105/2001;* **(d)** *Tal situação difere, e muito, da investigação tributária levada a efeito pela Receita Federal em prévio procedimento administrativo fiscal instaurado para constituir créditos tributários de interesse da União, posto que, ao assim agir, está imbuída de poderes mais largos para atingir o interesse público fiscal primário do Estado, razão pela qual tal situação é disciplinada no artigo 6º da Lei Complementar n. 105/2001, norma legal complementar editada justamente a partir do mandamento constitucional do §1º do artigo 145 da Carta Magna;* **(e)** *Em situações excepcionais, o ordenamento jurídico permite a determinados órgãos do Poder Público o acesso a informações protegidas pelo sigilo, sem prévia ordem judicial não havendo que se falar em violação às garantias fundamentais ora*

RE 1055941 / SP

analisadas; (f) Denota-se que a deflagração da representação fiscal para fins penais pela Receita Federal e sua protocolização no Órgão Ministerial são deveres de ambos os órgãos, na forma do artigo 198, §3º, inciso I, do Código Tributário Nacional, em conjugação com os artigos 7º, incisos I e II, e 8º, incisos II, IV e VIII, ambos da Lei Complementar n. 75/1993, em uma operação coordenada de mera transferência de sigilo bancário da Receita Federal para o Órgão Ministerial, de modo que a obtenção dos dados bancários pelo Fisco ocorreu de modo constitucionalmente correto, sendo sua remessa ao Ministério Público Federal realizada de maneira adequada e seu uso constitucionalmente necessário; e (g) Não havendo qualquer nulidade na produção da prova em todas as suas fases, por consequência, inexistente qualquer ilicitude no presente feito, sendo de rigor a reforma do v. acórdão recorrido por violar, de maneira frontal e direta, os artigos 145, §1º, 129, inciso VI e 5º, incisos X e XII, todos da Constituição Federal de 1988.

Requer, ao fim, “a admissão do presente recurso extraordinário para que seja conhecido e provido por essa Suprema Corte, com a consequente cassação do v. acórdão recorrido, determinando-se ao Egrégio Tribunal a quo a admissão das provas colhidas, pois lícitas”.

Em contrarrazões (fls. 322-338), os recorridos argumentam que (a) Deve ser negado seguimento ao recurso por falta de prequestionamento da questão constitucional; (b) A iniciativa do Fisco federal de utilizar informações obtidas junto das instituições financeiras responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da CPMF para levantar crédito relativo a outras exações tributárias esbarra na redação antiga do §3º do artigo 11 da Lei n. 9.311/96; (c) Outrossim, a alteração trazida pela Lei nº 174/01, ao §3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, sobre não incidir sobre fatos pretéritos, colide, aparentemente, com a Lei n. 4.595/64 (artigo 38, §§1º, 5º e 6º), que regula o Sistema Financeiro Nacional e foi recepcionada pela atual ordem constitucional como lei complementar (CF, artigo 192); (d) O sigilo bancário encontra, portanto, duplo fundamento constitucional de proteção: o direito à vida privada e ao sigilo de dados. Contudo, não é um direito absoluto, por isso que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, observados os procedimentos estabelecidos em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade;

RE 1055941 / SP

(e) tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça decidiram não ser possível a quebra do sigilo no curso do processo administrativo sem a manifestação de autoridade judicial, e muito menos por simples solicitação de autoridade administrativa ou do Ministério Público; (f) Com a edição da Lei Complementar 105/2001, que permite a quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, não ficou afastada a necessidade de demonstração consistente das suspeitas e necessidade da medida, o que só pode ser obtido ao fim do processo administrativo, devendo ser cercada pelo mesmo rigor e cuidados exigidos para a decretação da quebra por autoridade judiciária; e (g) Não cabia à Autoridade Impetrada requisitar diretamente informações dos elementos escriturais da conta corrente de correntista, o que, à evidência, mesmo fincada em interesse público relevante, põe em risco o sigilo da operação bancária, e dados constantes do registro bancário a esse respeito, em tal hipótese, só poderiam ser veiculados diante de requisição judicial fundamentada, mesmo que a partir de meros indícios sobre a existência concreta de uma causa provável que a legitime, a ser proferida por Autoridade Judiciária competente para apreciar a matéria e para os fins, no caso, destinados.

Requerem, ao fim, “seja negado seguimento ao Recurso Extraordinário, em razão da falta dos requisitos de admissibilidade e, caso V.Exa., não entenda assim, requer, no mérito seja IMPROVIDO o presente Recurso, mantendo-se o v. acórdão por seus próprios fundamentos”.

O Tribunal de origem, em juízo de admissibilidade, admitiu o apelo extremo (fls. 346-351).

Esta CORTE, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (fls. 357-381), nos termos da seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA

RE 1055941 / SP

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL (RE 1.055.941/SP RG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Plenário, DJe de 30/4/2018).

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) apresentou pedido de ingresso como *amicus curiae* (fls. 384-386), deferido por meio de despacho datado de 19/2/2019 (fls. 429).

Por intermédio de petição protocolada nos autos (Petição/STF n. 0041.615/19, fls. 432-455), a defesa de Flávio Nantes Bolsonaro pleiteou o seu ingresso no processo (art. 1.038, I, do CPC). Apontou, para tanto, a existência de procedimento investigatório criminal deflagrado contra o requerente, a partir da quebra ilegal dos sigilos bancário e fiscal por parte do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Segundo a sua manifestação incidental, "*o D. MPRJ utilizou-se do COAF para criar 'atalho' e se furta ao controle do Poder Judiciário. Sem autorização do Judiciário, foi realizada devassa, DE MAIS DE UMA DÉCADA, nas movimentações bancárias e financeiras do Requerente em flagrante burla às regras constitucionais garantidoras do sigilo bancário e fiscal. Houve extrapolação da autorização de compartilhamento de informações entre MPRJ e o COAF, e até mesmo quanto ao tipo e a forma de obtenção de dados pelo próprio COAF*". Para o requerente, o procedimento investigatório criminal instaurado pelo Parquet estadual seria nulo desde o início, uma vez que "*decorrente de quebra do sigilo bancário e fiscal (...) em afronta ao hialino comando da Constituição no seu art. 5º, incisos X, XII, e LVI. Aliás, a referida violação ao sigilo bancário do Requerente foi admitida pelo próprio Ministério Público, em e-mail no qual consta a afirmação de que o COAF não deteria a informação desejada e que, por isso, 'O COAF ENTRARÁ EM CONTATO COM O BANCO' (doc. 2)*". Continuou o seu argumento, no sentido de que o COAF, ao entrar em contato com as instituições financeiras para obter

RE 1055941 / SP

informações solicitadas pelo MPRJ, "foi muito além do mero compartilhamento ou envio de movimentações consideradas atípicas, tendo passado a fornecer informações que amparam a elaboração de seu relatório". Aduz que o *Parquet* estadual já seria detentor das informações bancárias e fiscal fornecidas pelo COAF, cuja quebra do sigilo foi posteriormente autorizada judicialmente, em uma tentativa de "salvar as provas ilegalmente obtidas (...)". Sustenta o seu interesse objetivo na causa, "com a possibilidade de contribuição com novos elementos hábeis a ampliar e qualificar o debate do tema, apresentando aspectos concretos acerca do formato, conteúdo e procedimento de envio ao Ministério Público, para fins penais, de dados bancários e fiscais do contribuinte obtidos pela Receita Federal, sem autorização prévia do Poder Judiciário". Afirmou "inequívoca similitude [com] o Tema 990 de Repercussão Geral (...)", motivo pelo qual defende a suspensão da tramitação do procedimento investigativo e seus desdobramentos judiciais até que a CORTE julgue o mérito da repercussão geral em referência. Em abono a esses argumentos, invoca precedentes da SUPREMA CORTE a respeito da suspensão do processamento dos feitos em andamento que versem sobre a matéria.

O Relator, Min. DIAS TOFFOLI, em decisão monocrática proferida no dia 15 de julho de 2019 (fls. 474-481), determinou **(I)** a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento que tramitem no território nacional e versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral; **(II)** suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PICs), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela CORTE nas ADIs 2.386/DF, 2.390/DF, 2.397/DF e 2.859/DF. Eis o teor da decisão:

[...] Feito esse registro, anoto que as razões escritas trazidas ao processo pelo requerente agitam relevantes

fundamentos, que chamam a atenção para **situação que se repete nas demandas múltiplas que veiculam matéria atinente ao Tema 990 da Repercussão Geral**, qual seja, as balizas objetivas que os órgãos administrativos de fiscalização e controle, como o Fisco, o COAF e o BACEN, deverão observar ao transferir automaticamente para o Ministério Público, para fins penais, informações sobre movimentação bancária e fiscal dos contribuintes em geral, sem comprometer a higidez constitucional da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF).

Isso porque, o julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade pelo Plenário no qual se reconheceu a constitucionalidade LC nº 105/2001 (ADI's nsº 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, todas de minha relatoria, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16), foi enfático no sentido de que o acesso às operações bancárias se limita à identificação dos titulares das operações e dos **montantes globais** mensalmente movimentados, ou seja, dados genéricos e cadastrais dos correntistas, **vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou [a] natureza dos gastos a partir deles efetuados**, como prevê a própria LC nº 105/2001.

Portanto, a depender do que se decidir no paradigma da controvérsia, o risco de persecuções penais fundadas no compartilhamento de dados bancários e fiscais dos órgãos administrativos de fiscalização e controle com o Ministério Público, sem o adequado balizamento dos limites de informações transferidas, podem redundar em futuros julgamentos inquinados de nulidade por ofensa às matrizes constitucionais da intimidade e do sigilo de dados (art. 5º, incisos X e XII, da CF).

Não convém, por conseguinte, **manter a atuação cíclica da máquina judiciária no tocante a tais demandas que veiculam matéria semelhante**, até que a Corte se pronuncie em definitivo sobre a questão, que, registro, já tem data definida para o seu julgamento pelo Plenário no calendário da Corte, a dizer, 21/11/19.

Esses argumentos levam-me a concluir pela necessidade de se aplicar o disposto no art. 1.035, §5º, do CPC, de modo a suspender o processamento de todos os processos **judiciais em andamento**, que tramitem no território nacional e versem sobre o assunto discutido nestes autos.

Penso que, dessa maneira, impede-se a multiplicação de decisões divergentes ao apreciar o mesmo assunto. A providência também é **salutar à segurança jurídica**.

De mais a mais, forte no poder geral de cautela, **assinalo que essa decisão se estende aos inqueritos em trâmite no território nacional**, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADI's nsº 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de **minha relatoria**, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16).

Com base nos fundamentos **suso** mencionados, considerando que o Ministério Público vem promovendo procedimentos de investigação criminal (PIC), **sem supervisão judicial**, o que é de todo temerário do ponto de vista das garantias constitucionais que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, revela-se prudente ainda suspender esses procedimentos que tramitam no território nacional e versem sobre o mesmo tema, **de modo a evitar eventual usurpação de competência do Poder Judiciário**.

Para além da suspensão dos processos judiciais (CPC, art. 1.035, §5º), **como determinado na espécie**, rememoro que assim já procedi no paradigma que trata do Tema 808 da Repercussão Geral (RE nº 855.091-RG, de **minha relatoria**).

Naquela hipótese, as razões e os riscos aduzidos em manifestação incidental convenceram-me, em nome da prudência, a decidir, frente ao poder geral de cautela, pela suspensão "do processamento de todos os procedimentos

administrativos tributários da Secretaria da Receita Federal do Brasil que tramitem no território nacional e versem sobre o mesmo tema." (DJe de 29/8/19 – grifos nossos)

Deve ficar consignado, contudo, que essa decisão não atinge as ações penais e/ou procedimentos investigativos (Inquéritos ou PIC's), nos quais os dados compartilhados pelos órgãos administrativos de fiscalização e controle, que foram além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, ocorreram com a devida supervisão do Poder Judiciário e com a sua prévia autorização.

Ante o exposto e observada a ressalva acima destacada:

1) determino, nos termos do art. 1.035, §5º, do CPC, a suspensão do processamento de todos os processos judiciais em andamento, que tramitem no território nacional e versem sobre o Tema 990 da Gestão por Temas da Repercussão Geral;

2) determino, com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PIC's), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF e BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADI's nsº 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de **minha relatoria**, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16) [...]

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), regularmente habilitado como *amicus curiae*, apresentou o seu memorial (fls. 543-560).

É a síntese do necessário.

I. Da existência de repercussão geral a respeito do tema.

Os recursos extraordinários somente serão conhecidos e julgados

RE 1055941 / SP

quando essenciais e relevantes as questões constitucionais a serem analisadas, sendo imprescindível ao recorrente, em sua petição de interposição de recurso, a apresentação formal e motivada da repercussão geral que demonstre, perante o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, a existência de acentuado interesse geral na solução das questões constitucionais discutidas no processo, que transcenda a defesa puramente de interesses subjetivos e particulares.

Foi cumprida, no caso, a obrigação do recorrente de apresentar, formal e motivadamente, a repercussão geral, demonstrando a relevância da questão constitucional debatida que ultrapasse os interesses subjetivos da causa, conforme exigência constitucional, legal e regimental (art. 102, § 3º, da CF/88, c/c art. 1.035, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 e art. 327, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Com efeito, **(a)** o tema controvertido é portador de ampla repercussão e de suma importância para o cenário político, social e jurídico; e **(b)** a matéria não interessa única e simplesmente às partes envolvidas na lide.

Desse modo, este PLENÁRIO, em julgamento realizado em 12 de abril de 2018, reconheceu a existência de repercussão geral da matéria (Tema 990), vencido o Min. EDSON FACHIN:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL.

Originalmente, portanto, o presente RE analisa a possibilidade de os dados bancários e fiscais do recorrente, obtidos pela Receita Federal, nos termos da legislação complementar, poderem embasar a denúncia, após o envio espontâneo ao Ministério Público para fins penais sem prévia autorização judicial. Posteriormente, após decisão liminar do eminente Ministro Presidente, passou-se a analisar, genericamente, se é possível o compartilhamento de dados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF/UIF e Bacen), que vão além da identificação dos titulares das operações financeiras e dos montantes globais, com o Ministério Público, para fins criminais.

II. Objeto da demanda.

O objeto inicial da demanda do recurso extraordinário diz respeito ao compartilhamento de dados entre a Receita Federal do Brasil e o Ministério Público. Isso se deu em virtude do caso concreto julgado pela 3ª Vara Federal de Piracicaba e, depois, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com sede na Capital, em São Paulo.

A sentença de primeiro grau condenou os recorridos. Na sua fundamentação, para que pudesse proferir a sentença condenatória - em virtude de omissão de informações e de declarações prestadas falsamente, condutas que teriam determinado a redução de tributo federal em detrimento do Fisco -, como prova dessas condutas, afastou a alegação da defesa da ilicitude das provas trazidas aos autos e entendeu que o Procedimento Fiscal, constante no Apenso 1, e outro Procedimento Fiscal, juntado ao Anexo 2, que traziam a íntegra da documentação, a íntegra das defesas e toda imputação que constituiu o crédito tributário, compartilhados com o Ministério Público, possibilitaram o oferecimento da denúncia e - com essa sentença de primeiro grau - a condenação. A sentença entendeu que esse compartilhamento seria lícito, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001, mais especificamente, no disposto no art. 6º, conforme, disse o juiz de primeiro grau, o entendimento do

RE 1055941 / SP

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. E também citou, na decisão, vários acórdãos do próprio TRF e do STJ nesse mesmo sentido, sobre a possibilidade do compartilhamento, obrigando-se o Ministério Público, assim como os demais agentes, ao sigilo.

Quando do julgamento do recurso, essa foi a questão principal também analisada. Consta da ementa do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

"...QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. IMPOSSIBILIDADE DE COMPARTILHAMENTO COM A ESFERA PENAL..."

Ou seja, reverteu a tese única e fundamental da decisão de primeiro grau, dizendo, também, na ementa:

"3. 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 LC 105/2001, obteve dados acobertados por sigilo mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial."

Mas, aí, o cerne da questão, no Item 4 da ementa:

"4. Reconhecida a ilicitude do compartilhamento de dados obtidos pela Receita Federal com o Ministério Público Federal, para fins penais, e estando a materialidade delitiva demonstrada exclusivamente com base em tais elementos (ou em provas deles derivadas), tem-se que a ação penal padece de nulidade desde o início."

O recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, ao pedir o provimento, aguarda que este SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheça a validade do compartilhamento integral, inclusive, dos dados sigilosos, do chamado sigilo financeiro, bancário e fiscal, que a Receita pode, no seu procedimento fiscalizatório, solicitar, quando não entregue pelo próprio contribuinte. O Ministério Público pede o reconhecimento da licitude desse compartilhamento e, conseqüentemente, o provimento do recurso extraordinário e o retorno

RE 1055941 / SP

da condenação proferida em primeiro grau.

Nesses termos, exatamente, foi concedida a repercussão geral, pelo Plenário desta CORTE, salientando especificamente esse dado:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CF. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS”

E, a partir disso, foi reconhecida a repercussão geral.

Posteriormente, em decisão do dia 15/7/2019, com base no reconhecimento anterior, em 2018, dessa repercussão geral, Tema 990, o eminente Ministro Relator, Presidente DIAS TOFFOLI, entendeu que, em face de idêntico tratamento dado pela legislação especial, pela Lei Complementar nº 105/2001, aos demais órgãos de fiscalização e controle, também deveria ser analisada a questão do compartilhamento de dados obtidos pelo Coaf, hoje, UIF (Unidade de Inteligência Financeira).

A presente questão iniciou-se com a análise do compartilhamento de dados, se é ou não possível, se é ou não constitucional tal compartilhamento para fins penais entre Receita e Ministério Público. Posteriormente, em virtude da similitude, agregou-se a análise também da possibilidade ou não de compartilhamento de dados entre a Unidade de Inteligência Financeira e o Ministério Público. O Procurador-Geral da República, Doutor Augusto Aras, em sustentação oral, se manifestou contrariamente a essa análise, solicitando questão de ordem para a exclusão dessa segunda análise - do compartilhamento não entre Receita e MP, mas sim entre UIF (antigo Coaf) e Ministério Público.

RE 1055941 / SP

Desde já, manifesto-me no sentido da total relevância constitucional sobre o debate mais amplo, conforme Sua Excelência o eminente Ministro Presidente expôs, sobre a possibilidade, a amplitude e limites do compartilhamento de dados e informações obtidos pelos órgãos de controle e fiscalização e o Ministério Público. No caso, não só pela Receita Federal, mas também pela UIF - Unidade de Inteligência Financeira, antigo Coaf. Até porque, não raras vezes - diria muitas vezes -, a atuação da Receita já começa com informações dadas pelo antigo Coaf/UIF. A partir daí, há um procedimento. E mesmo que não tivesse ocorrido o compartilhamento da UIF com o Ministério Público, quando se compartilha, se compartilha não só o que a Receita obteve, mas também o que a Unidade de Inteligência Financeira houvera obtido.

A discussão é ampla, para solucionarmos a questão e garantirmos segurança jurídica e eventualmente evitarmos possíveis nulidades, é importante, a meu ver, que se examinem as duas hipóteses, como foi examinado no voto do eminente Ministro Relator e agora nas teses apresentadas.

Meu voto também analisará a possibilidade ou não do compartilhamento nas duas hipóteses, até porque as duas são regidas pelo art. 5º, incisos X e XII, e também há a incidência, em ambas, da Lei Complementar 105/01. Apesar de a UIF ter uma regulamentação específica, há a incidência da regra geral da LC 105/2001. A exclusão de uma análise ampla poderia gerar mais dúvidas ainda do que a certeza jurídica, a segurança jurídica pretendida com esse julgamento. No meu entendimento, a proposta da análise como foi feita deve prosseguir.

Essa importantíssima questão é uma das mais relevantes em relação à persecução penal, ao combate à criminalidade organizada e à corrupção, principalmente em virtude de crimes reflexos, sonegação fiscal, evasão de divisas, lavagem de dinheiro. São órgãos que foram se integrando, constituindo um sistema de inteligência e fiscalização. Então, é importante que esta CORTE defina o molde de atuação para evitar insegurança jurídica e o prejuízo ao combate à criminalidade organizada.

Em três pontos, quero analisar essa questão, salientando, desde o

RE 1055941 / SP

início, que a regra constitucional é a proteção constitucional à inviolabilidade de dados, contida no inciso XII do art. 5º da CF, que incluem também os dados financeiros, o sigilo bancário e fiscal, e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, que tem previsão específica no inciso X do art. 5º da CF.

Mas, ao mesmo tempo em que historicamente essas inviolabilidades são protegidas, também, não há dúvida de que, seja no ordenamento jurídico nacional, na interpretação do Direito constitucional brasileiro, seja no direito comparado, os direitos fundamentais não podem servir como um verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Não é essa a finalidade das garantias individuais, das liberdades públicas, possibilitar uma redoma protetiva para que as organizações criminosas e os criminosos possam atuar.

A regra constitucional é a inviolabilidade, mas, exatamente em virtude de não se permitir um desvio de finalidade em seu exercício, não se permitir a utilização desses direitos fundamentais, dessas inviolabilidades como proteção para atividades ilícitas, não há também mais dúvidas de que existe a possibilidade de relativização dessas inviolabilidades, desde que haja situações excepcionais, razoáveis e proporcionais.

Exatamente por isso, um tópico do meu voto será a análise da possibilidade e da amplitude dessa relativização dos denominados sigilos financeiro, bancário e fiscal, e de dados, não só referentes à Receita, mas à UIF, ou seja, a análise dessa relativização perante a Lei Complementar 105 e a Lei 9.613/1998, que prevê também essa questão da inteligência financeira.

Entendo que isso é necessário exatamente para o passo a seguir, que é a análise da licitude ou não - e em quais hipóteses - das provas produzidas a partir dessa relativização e de eventual prova emprestada, compartilhada com o Ministério Público, que é exatamente o tópico primordial e mais importante dessa questão.

III. A relatividade dos direitos fundamentais à intimidade, vida

privada e sigilo de dados.

Na visão ocidental de Democracia, governo pelo povo e a limitação no exercício do poder estão indissoluvelmente combinados, sendo imprescindível a observância dos direitos e garantias individuais constitucionalmente consagrados, uma vez que, enquanto comandos proibitórios expressos direcionados ao Estado, têm por primordial finalidade o afastamento de indevida ingerência estatal no âmbito da esfera jurídica individual, impedindo o ferimento da dignidade humana, vida, liberdade, propriedade e intimidade (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. *Estado de direito e constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 16 e ss.; JOSÉ ALFREDO OLIVEIRA BARACHO. Teoria da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 15. n. 58. abr/jun. 1978; J. J. GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541 e ss.; PAOLO BARILE. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bolonha: Il Molino. p. 13 e ss.).

A real efetividade dos direitos e garantias individuais é imprescindível para a preservação do Estado de Direito (RAFAEL BIELSA. *Estudios de Derecho Público – Derecho Constitucional*. Tomo III. Buenos Aires: Arayú, 345), pois, conforme a sempre atual advertência de MADISON:

“num governo livre, é preciso dar aos direitos civis a mesma garantia que aos direitos religiosos” (Federalist papers, LI).

O artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal consagrou a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, estendendo essa proteção constitucional aos sigilos de dados, inclusive o bancário e fiscal.

Não é excessivo relembrar que a inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X), e o sigilo de correspondência, sendo todas previsões de defesa da privacidade, como bem ressalta o professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, regidas pelo princípio da exclusividade, que *“visa a assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos*

RE 1055941 / SP

*proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde pois a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos” (Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 1/78, São Paulo: Revista dos Tribunais).*

Nesse mesmo sentido, as preciosas lições de MAURICIO D’OLIVO (O direito à intimidade na Constituição Federal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, nº 15, p. 184, abr./jun. 1996); RENÉ ARIEL DOTTI (A liberdade e o direito à intimidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 17, nº 66, p. 125, abr./jun. 1980); e EDUARDO GIANNOTTI (*A tutela constitucional da intimidade*. 1983. Dissertação (Mestrado) – Fadusp, São Paulo).

Nesse contexto, em regra, não podemos deixar de considerar que as informações bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal, COAF/UIF ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da intimidade e vida privada da pessoa física ou jurídica. Não há dúvida, portanto, de que o desrespeito ao sigilo financeiro constitucionalmente protegido, em princípio, acarretaria violação de garantias constitucionais (CELSO BASTOS. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 63 e ss. VITAL RAMOS VASCONCELOS. Proteção constitucional ao sigilo. *Revista FMU-Direito*, nº 6, p. 17 e ss.).

A proclamação dos direitos individuais, entretanto, nasceu para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecer a obrigatoriedade de as condutas individuais operarem dentro dos limites impostos pelo direito, conforme salientado por QUIROGA LAVIÉ (*Derecho constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 123 e ss.).

RE 1055941 / SP

Os direitos e garantias individuais, conseqüentemente, não são absolutos e ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*) e, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

A própria Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29, afirma tanto a finalidade, quanto a relatividade dos direitos individuais:

“toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração”.

Os direitos e garantias individuais, portanto, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil, tributária ou penal por atos criminosos, sob pena

RE 1055941 / SP

de desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (HC nº 70.814-5/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ de 24/6/1994), pois, como ensinado por DUGUIT:

“a norma de direito, por um lado, impõe a todos o respeito aos direitos de cada um, e em contrapartida, determina uma limitação sobre os direitos individuais, para assegurar a proteção aos direitos gerais” (*Fundamentos do direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1996, p. 11 e ss.).

Não há, nessas hipóteses, diferentemente das inviolabilidades domiciliares, telefônica, a previsão expressa e absoluta da cláusula de reserva jurisdicional, a exigir, em todas as hipóteses, autorização judicial para o afastamento das inviolabilidades de dados e intimidade.

Isso significa que, respeitadas a excepcionalidade e a razoabilidade, tanto o Poder Legislativo – de maneira abstrata, estabelecendo hipóteses e requisitos – quanto o Poder Judiciário – de maneira correta e fundamentada ao caso concreto – podem relativizar o sigilo de dados financeiros.

Repita-se, de maneira excepcional e razoável, sob pena de inconstitucionalidade, tanto da lei quanto de decisão judicial abusivas – as leis relativizam o sigilo financeiro (fiscal e bancário) de forma excepcional e razoável, com a finalidade de defesa da probidade, combate ao crime organizado e à corrupção, pretendendo evitar a utilização dos direitos fundamentais – no caso, a intimidade e o sigilo de dados, como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas.

A necessidade de fiel observância aos requisitos constitucionais e legais é obrigatória para o afastamento da garantia constitucional (HC 93.050-6/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/6/2008; HC 84.758, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 16/6/2006; HC 85.088/ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ de 30/9/2005; AI 655.298 AgR, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 4/9/2007; MS 25.812 MC, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 23/2/2006; AI 541.265 AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda

RE 1055941 / SP

Turma, julgado em 4/10/2005; Inq. 899-1/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO; DJ de 23/9/1994; MS 21.729-4/DF, Rel. Min. Presidente SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 13/8/1993), pois, como bem salientado por MIRKINE-GUETZÉVITCH:

“encontra-se aí a garantia essencial das liberdades individuais; sua limitação não é possível senão em virtude da lei” (*As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo: Campanha Editora Nacional, 1933. p. 77).

A relativização do sigilo financeiro, diferentemente da previsão expressa da inviolabilidade telefônica prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, não exige, em todas as hipóteses, a denominada cláusula de reserva jurisdicional, podendo ceder mediante determinação genérica do Poder Legislativo, em observância ao princípio da reserva legal, ou específica do Poder Judiciário, obviamente dentro dos padrões constitucionais de excepcionalidade e razoabilidade.

Dessa maneira, desde que haja hipóteses legais adequadas, razoáveis e proporcionais, que de maneira específica relativizem o sigilo financeiro, não haverá inconstitucionalidade, pois não se reservou exclusivamente ao Poder Judiciário essa possibilidade.

O presente julgamento trata de duas hipóteses de relativização do sigilo financeiro expressamente previstas em leis, cuja constitucionalidade foi reconhecida por esta CORTE: área tributária (LC 105/2001) e inteligência financeira (Lei 9.613/1998).

IV. O compartilhamento de dados financeiros no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro no Direito Comparado.

O ordenamento jurídico brasileiro evoluiu no sentido de permitir a noção de um sistema integrado de inteligência financeira a partir do compartilhamento de dados imprescindíveis ao combate à criminalidade organizada e à corrupção. Seguem, portanto, o modelo adotado na maioria das democracias ocidentais.

Nos Estados Unidos, o chamado *Bank Secrecy Act* ou *Currency and*

RE 1055941 / SP

Foreign Transactions Reporting Act, isto é, a legislação que exige dos bancos, entre outras coisas, a comunicação mensal das operações superiores a \$10.000,00 (dez mil dólares) à administração tributária (no caso, à *Internal Revenue Service*), existe desde 1970.

De acordo com o sítio eletrônico da *Internal Revenue Service*, o Congresso americano aprovou o *Bank Secrecy Act* como a primeira das leis a combater a lavagem de dinheiro nos Estados Unidos, exigindo, para tanto, que as empresas mantenham os registros e arquivem os relatórios que são determinados, em razão do seu alto potencial de utilização para a resolução de questões criminais, tributárias e regulatórias. Os documentos arquivados pelas empresas, segundo os requisitos do *Bank Secrecy Act*, são muito utilizados pelas agências de aplicação da lei, tanto nacionais quanto internacionais, para identificar, detectar e impedir a ocorrência de lavagem de dinheiro, seja em prol de uma empresa criminosa, de grupos terroristas, de sonegadores de impostos ou de outras atividades ilegais.

MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO (*Sigilo bancário à luz da doutrina e da jurisprudência*. Editora Juruá, 2007. p. 64-65) faz uma análise histórica da evolução da legislação norte-americana:

Promulgada em 1970, a Lei sobre Relatórios de Transações Monetárias Domésticas e Estrangeiras (*Currency and Foreign Transactions Reportings Act*), conhecida como Lei sobre Sigilo Bancário (*Bank Secrecy Act*), impõe às entidades creditícias obrigações de colaboração com o Governo, consistentes na manutenção de registros e apresentação de relatórios ao Secretário de Tesouro. Em face da Lei sobre Sigilo Bancário, os bancos situados no território norte-americano estão obrigados a enviar ao Secretário do Tesouro, no prazo de quinze dias, um relatório sobre cada movimentação ou tentativa real de movimentação de moeda corrente e estrangeira, de montante superior a 10.000 dólares, devendo constar desse relatório a identidade da pessoa em favor de quem a transação foi feita. Esse documento é denominado de Relatório de Transações Monetárias (*Currency Transactions Reports*). A Lei sobre o Direito

à Privacidade Financeira (*Rights to Financial Privacy Act*), de 1978, confere ao Fisco (*Internal Revenue Service – IRS*) poderes para requisitar informações dos bancos, mediante a observância de certas garantias processuais, que têm por fim proteger a privacidade financeira dos indivíduos contra ações abusivas da Administração Tributária. [...] Outro diploma legal que tem por objeto proteger o direito à intimidade dos cidadãos estadunidenses é a Lei sobre a Privacidade, de 1974, que garante materialmente a confidencialidade das informações bancárias em poder do Fisco ou de qualquer agência federal.

Assim, em solo americano, a Lei sobre o Direito à Privacidade Financeira (*Rights to Financial Privacy Act*), de 1978, confere ao Fisco (*Internal Revenue Service*) poderes para requisitar diversas informações dos bancos, mediante a observância de certas garantias processuais, com o objetivo de proteger a privacidade financeira dos indivíduos contra ações abusivas da Administração Tributária. Entre os requisitos formais que são fixados pela referida legislação para o acesso da Administração Tributária a dados financeiros dos clientes de banco, podem-se destacar os seguintes: (1) notificação do interessado sobre o requerimento de informações formulado por autoridade pública à entidade de crédito; (2) transcurso de um tempo preestabelecido para que o particular possa se opor judicialmente ao fornecimento da informação requerida, com a ressalva de que o motivo da reclamação pode referir-se apenas à irrelevância dos registros solicitados ou ao não cumprimento dos requisitos legais para a notificação; (3) não exibição pelo banco da documentação solicitada até que a autoridade pública certifique por escrito ter seguido o procedimento legal.

Ainda nesse passo, convém destacar que a Lei sobre o Direito à Privacidade Financeira foi emendada em 1986, passando a especificar um quarto requisito processual: (4) o de que os bancos só devem atender a uma requisição de desvelamento, caso sejam indicados os dados a serem fornecidos, o nome do contribuinte sujeito à apuração e as contas investigadas.

RE 1055941 / SP

O dever de notificação ao titular da conta pode ser anulado se um Tribunal Federal entender que existem motivos razoáveis para presumir que a notificação pode ensejar manobras para ocultar, destruir ou modificar os documentos objetos da investigação, bem como impedir a transmissão da informação, mediante intimidação, corrupção ou conluio, ou, ainda, levar à fuga dos envolvidos, tudo com o escopo de evitar o processo judicial, de ter que testemunhar perante a Corte ou de apresentar documentos.

Uma ferramenta muito importante na luta contra a lavagem de dinheiro (*money laundering*) foi a possibilidade de compartilhamento das informações fiscais e bancárias, como bem destacado por MÁRCIA HAYDÉE PORTO DE CARVALHO:

Para fortalecer a luta contra a lavagem de dinheiro, foi promulgada em 1986 a Lei sobre o Controle da Lavagem de Dinheiro (*Money Laundering Control Act*). Essa nova Lei deu ao governo outras possibilidades de obtenção de dados protegidos pelo sigilo bancário. De um lado, impôs às instituições bancárias o dever de fornecer às autoridades executoras da Lei toda informação sobre cliente, conta e operação suspeita, independentemente de intimação, ordem de tribunal ou responsabilidade por cada revelação. De outro, deferiu ao Secretário do Tesouro a faculdade de requisitar documentos em poder dos bancos, sem prejuízo da iniciativa voluntária destes no repasse de informações sobre clientes suspeitos. Ressalta-se que os informes financeiros obtidos pela Secretaria do Tesouro não permanecem restritos a ela, pois a Lei sobre Sigilo Bancário prevê que o Secretário do Tesouro pode repassá-los a certos órgãos públicos, como o Serviço Interno de Rendas (*Internal Revenue Service – IRS*), o Serviço Alfandegário (*Custom Service*), o Órgão de Controle do Mercado de Valores (*Securities and Exchange Commission*) e a Agência Federal de Luta contra a Droga (*Drug Enforcement Agency*).

Evidencia-se, por oportuno, que o Ato de Lavagem de Dinheiro de

RE 1055941 / SP

1986 deu ao governo outras possibilidades de obtenção de dados protegidos pelo sigilo bancário, impondo às instituições bancárias o dever de fornecer às autoridades executoras da Lei toda informação sobre clientes, contas e operações suspeitas, independentemente de ordem judicial.

Não é demais lembrar que os Estados Unidos têm participado ativamente do processo de pressão internacional pela relativização do sigilo bancário para fins tributários, não somente no âmbito da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (OCDE) e do Fórum Global, como também em duras negociações diretas, bilaterais, com países tradicionalmente refratários à transparência, como lembrado por EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (*Sigilos Bancário e Fiscal - Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*, 1ª. ed., Editora Fórum, 2011. p. 609-610):

O primeiro ataque dos Estados Unidos foi dado contra a União de Bancos Suíços (UBS), gigantesca instituição bancária suíça que, em face da ameaça dos norte-americanos de retirar sua licença nos EUA, passaram o nome de 250 clientes americanos por ela ajudados a fraudar o Fisco. Mais recentemente o ataque foi retomado: desta vez, os americanos exigem que a UBS forneça o nome de seus 52.000 clientes titulares de contas ilegais.

Já no Canadá, país integrante da OCDE, a possibilidade de controle da declaração dos contribuintes é realizada por meio de informações obtidas junto às instituições financeiras. De modo geral, o consenso existente sobre a matéria cinge-se na necessidade de utilizar a informação bancária no combate à lavagem de dinheiro e à fraude fiscal. Assim, a confidencialidade nas relações banco-cliente é afastada diante do justo receio de que ela poderia ser utilizada de forma abusiva para esconder atividades ilegais. Tal orientação tem sido aceita pacificamente em países como Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Nova Zelândia e França. Aliás, segundo ANDRÉ TERRIGNO ARBEITAS (*O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*, Editora Malheiros, 2003, p. 32), no Canadá, a Lei sobre imposto direto admite que o Fisco submeta à verificação os documentos bancários do contribuinte, "ainda que esta

RE 1055941 / SP

atividade venha a redundar na divulgação de dados reservados relativos a clientes do Banco que não estão sob averiguação".

Na Itália, após sucessivas mudanças na legislação infraconstitucional que possibilitavam o levantamento do sigilo bancário pela Administração Tributária em hipóteses limitadas, a Lei 413, de 30/12/1991, fixou como único requisito necessário para acionar o poder das autoridades fiscais a existência prévia de uma auditoria ou exame de contas desse contribuinte, independentemente da natureza da violação suspeita, das quantidades envolvidas ou de qualquer outra circunstância.

Além disso, para facilitar tal procedimento, as inspeções dependem apenas de uma aprovação de um agente hierarquicamente superior, dispensada a autorização do Presidente da Corte Tributária, antes requerida pela legislação que vigia.

Desse modo, a Lei 413/1991 ampliou e deu novos poderes às autoridades tributárias no que diz respeito à obtenção de informações bancárias, impedindo os bancos de oporem o sigilo bancário contra essas, com o escopo de evitar que esse instituto servisse de abrigo para a evasão fiscal e para a criminalidade econômica.

É de se observar, ainda, que, na Espanha, o sigilo bancário não é excepcionado apenas diante das legítimas atividades da Administração Tributária, mas em inúmeros outros casos.

Por outro lado, em países europeus, como é o caso da Suíça, o segredo bancário se justifica por razões de ordem econômica, afinal, para eles, *"a discricção é a base da atividade bancária"* e, para que os estabelecimentos de crédito possam assumir as suas tarefas, é necessário ter a confiança de seus clientes, o que pressupõe a capacidade de garantir a discricção desejada. Na verdade, explica-se o fundamento de caráter econômico desse instituto pelo fato de, na Suíça, ele operar como uma estratégia de captação, pois o segredo oferece um atrativo para os capitais errantes, carentes de segurança, de anonimato e de conforto.

ROBERTO MASSAO CHINEN (*O sigilo bancário e o fisco: Liberdade ou igualdade?*, Editora Juruá, 2005), reconhece que a Suíça é considerada, na atualidade, o país líder mundial em operações bancárias privadas e que

RE 1055941 / SP

diversas estimativas demonstram que mais de 1/4 da riqueza privada mundial mantida fora do país de origem encontra-se depositada na Suíça.

Por essa razão, EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI (*Sigilos Bancário e Fiscal - Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves*, 1ª. ed., Editora Fórum, 2011. p. 609) aponta que o sigilo bancário dos clientes não era suspenso, mesmo diante de requerimento de governo estrangeiro ou de prática de evasão fiscal, tudo com o objetivo de salvaguardar os interesses do grande negócio nacional suíço. No entanto, esse panorama se alterou a partir de mudanças ocorridas na legislação e de regras de direito internacional, como lembra MELISSA FOLMANN (*Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*, Editora Juruá, 2003, p. 100):

Todavia, desde 1987, em face do art. 186 da Lei de impostos federais, o sigilo cede mediante autorização judicial no curso de processo penal, bem como deve o banco informar ao governo sobre operações suspeitas, principalmente as decorrentes de capital estrangeiro, em razão da lei sobre cooperação penal internacional de 1981.

Na Dinamarca, como lembrado por ANDRÉ TERRIGNO ARBEITAS (*O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*, Editora Malheiros, 2003, p. 33), a autoridade fiscal também tem acesso direto aos dados financeiros dos contribuintes em posse dos bancos:

A fonte do sigilo bancário radica na Lei Bancária de 1974. [...] Em virtude da Lei de apuração fiscal, há uma precisa obrigação dos bancos de repassarem às autoridades fiscais dados e informações específicos sobre a situação financeira dos clientes, desde que tais informações sejam particularmente úteis ao fim de apuração tributária. Devem as autoridades fiscais, por seu turno, manter *'l'incondizionato segreto sulle informazioni riguardanti il reddito e la proprietà dei contribuenti'*.

Já em Portugal, ao menos até o ano 2000, prevalecia a ideia da oponibilidade do sigilo bancário à Administração Tributária, situação essa que foi modificada a partir da promulgação da Lei 30-G, de 29 de dezembro de 2000, responsável pela reforma da tributação de

RE 1055941 / SP

rendimento, que flexibilizou a disciplina jurídica do sigilo bancário, possibilitando à Administração Tributária, ainda que em hipóteses específicas, o acesso direto a informações bancárias do contribuinte.

Aliás, a Receita Federal, em estudo sobre o tema, demonstrou que o ordenamento jurídico português facilitou, ainda mais que o Brasil, o acesso direto da Administração Tributária aos dados econômicos dos contribuintes.

Portugal, que era um dos últimos remanescentes europeus em que as autoridades fiscais precisavam recorrer ao Judiciário para ter acesso a informações bancárias específicas, alterou sua legislação, no sentido de facilitar o acesso a informações bancárias. Na prática, hoje, as autoridades fiscais portuguesas não precisam de autorização judicial para ter acesso a informações bancárias, quando houver simples "indícios da falta de veracidade do declarado ou esteja em falta declaração legalmente exigível", requisitos menos objetivos e mais eficientes para a fiscalização tributária do que os correspondentes da legislação brasileira. Vale a pena conferir os termos da Lei Geral Tributária de Portugal, alterada em 2009:

ARTIGO 63.B - Acesso a informações e documentos bancários

1 - A administração tributária tem o poder de aceder a todas as informações ou documentos bancários sem dependência do consentimento do titular dos elementos protegidos:

- a) Quando existam indícios da prática de crime em matéria tributária;
- b) Quando se verificarem indícios da falta de veracidade do declarado ou esteja em falta declaração legalmente exigível;
- c) Quando se verificarem indícios da existência de acréscimos de património não justificados, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 87.º;
- d) Quando se trate da verificação de conformidade de documentos de suporte de registos contabilísticos dos sujeitos passivos de IRS [imposto de renda de pessoa física] e IRC [imposto de renda de pessoa jurídica] que se encontrem sujeitos

a contabilidade organizada;

e) Quando exista a necessidade de controlar os pressupostos de regimes fiscais privilegiados de que o contribuinte usufrua;

f) Quando se verifique a impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável, nos termos do artigo 88.º, e, em geral, quando estejam verificados os pressupostos para o recurso a uma avaliação indirecta.

A simples leitura do texto legal português permite concluir que o sistema português, além de permitir o acesso directo, confere maior liberdade de trabalho e escolha para as autoridades fiscais decidirem se desejam requisitar informações bancárias do que o sistema brasileiro. Além disso, o sistema português não exige intimação prévia do contribuinte, como exige a regra brasileira, para que ele apresente as informações bancárias.

O sigilo foi ainda mais flexibilizado a partir da promulgação da Lei n. 83/2017, que estabeleceu medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, seguindo as diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho. Nessa lei, incluiu-se o dever de comunicação, no qual a entidade deve comunicar, imediatamente e por iniciativa própria, ao órgão responsável pela persecução penal:

SUBSECÇÃO I

Comunicação de operações suspeitas

Artigo 43.º

Comunicação de operações suspeitas

1 - As entidades obrigadas, por sua própria iniciativa, informam de imediato o Departamento Central de Investigação e Ação Penal da Procuradoria-Geral da República (DCIAP) e a Unidade de Informação Financeira sempre que saibam, suspeitem ou tenham razões suficientes para suspeitar que certos fundos ou outros bens, independentemente do montante

ou valor envolvido, provêm de atividades criminosas ou estão relacionados com o financiamento do terrorismo.

2 - Para os efeitos do disposto no número anterior, as entidades obrigadas comunicam todas as operações que lhes sejam propostas, bem como quaisquer operações tentadas, que estejam em curso ou que tenham sido executadas.

3 - As entidades obrigadas conservam, nos termos previstos no artigo 51º, cópias das comunicações efetuadas ao abrigo do presente artigo e colocam-nas, em permanência, à disposição das autoridades setoriais.

Na Austrália, a fonte do dever de sigilo é de base consuetudinária e contratual, além de acolhida nos princípios da *equity*.

A Lei de Apuração do Imposto de Renda Federal, de 1936, estabelece que o *Commissioner of Taxation* pode exigir de qualquer pessoa, trate-se ou não de um contribuinte, o fornecimento de todas as informações requisitadas. Aliás, no apontado país da Oceania, a todos os contribuintes é fornecido um número de código fiscal que permite ao Fisco confrontar os dados declarados pelo contribuinte com as informações que os bancos devem fornecer sobre as contas dos clientes. Para inibir os possíveis abusos, a Lei sobre privacidade de 1988 concedeu ao Comissário da privacidade amplos poderes de investigação sobre violações dos deveres de sigilo oriundos do sistema de código fiscal.

A esse respeito, MELISSA FOLMANN (*Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. Editora Juruá, 2003. p. 90) aponta que:

As autoridades fiscais têm acesso automático às informações sobre pagamentos efetuados bem como a quem foram efetuados; informações conjuntas sobre contas, sem reservas; informações sobre uma pessoa específica, sem limites; informação sobre uma pessoa específica suspeita de fraude tributária; informação sobre o cliente do banco (situação econômica/atividade) obtida para fins de crédito bancário; informações sobre se uma pessoa específica tem conta no banco.

RE 1055941 / SP

No México, qualquer autoridade fazendária federal pode requisitar, para fins fiscais, o acesso a dados protegidos pelo sigilo bancário, com a condição de que tal requisição seja intermediada pela Comissão Nacional Bancária e de Seguros.

O manifestado entendimento é confirmado por ANDRÉ TERRIGNO BARBEITAS (*O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses*, Editora Malheiros, 2003) e MELISSA FOLMANN (*Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário*. Editora Juruá, 2003), que enfatizam que o art. 105 da Lei Geral de Títulos e Operações de Crédito, de 1932, disciplinou o sigilo bancário no México, excetuando-o em relação aos juízes, em processo judicial em que o cliente seja parte, bem como em relação à Comissão Nacional Bancária e de Seguros, para fins fiscais.

Como membro do GAFILAT, o México é representado pela *SHCP – Unidad de Inteligencia Financiera*:

Con el propósito de coadyuvar en la prevención y combate a los delitos de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita – comúnmente conocido como Lavado de Dinero – y de Terrorismo y su financiamiento, se creó la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 7 de mayo de 2004.

La UIF de conformidad con el Artículo 15 del Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, es la instancia central nacional para:

Recibir reportes de operaciones financieras y avisos de quienes realizan actividades vulnerables;

Analizar las operaciones financieras y económicas y otra información relacionada y

Diseminar reportes de inteligencia y otros documentos útiles para detectar operaciones probablemente vinculadas con el LD/FT y en su caso, presentar las denuncias correspondientes ante la autoridad competente.

A Colômbia, assim como o Brasil, faz parte do GAFILAT, representada por sua Unidade de Inteligência Financeira (UIF), a

RE 1055941 / SP

chamada "*Unidad de Información y Análisis Financiero*", que centraliza, sistematiza e analisa as informações fornecidas por entidades relatoras e fontes abertas, para prevenir e detectar possíveis operações de lavagem de dinheiro, os seus crimes antecedentes e o financiamento do terrorismo:

La implementación de nuevas tecnologías y permanente innovación en el análisis, han convertido a la UIAF en una unidad efectiva, que proporciona información certera a las autoridades competentes en el país, para detectar actividades de las organizaciones criminales que atenten contra el orden económico y social y la seguridad y defensa nacionales.

La UIAF, como líder del sistema que combate los delitos de lavado de activos y financiación del terrorismo (LA/FT), procura la integración de todos actores públicos y privados en el país, con el propósito de reforzar las sinergias, mejorar el flujo de información y optimizar el análisis de las amenazas y los riesgos, para mitigar las vulnerabilidades presentes en los diferentes sectores de la economía nacional.

A lei colombiana mais recente que trata do tema de exceção ao sigilo bancário e combate à lavagem de dinheiro é a *Ley Estatutaria* n. 1.621, de 17 de abril de 2013.

Por fim, vale lembrar que a Colômbia subscreveu um memorando, que permitirá o intercâmbio de informação-chave na luta contra a lavagem de ativos e financiamento do terrorismo, durante o "XXVII Plenário de GAFISUD" (hoje GAFILAT – Grupo de Ação Financeira da América Latina), do qual participaram as delegações da Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru e Uruguai.

No Uruguai, país considerado centro de confiança para o desenvolvimento das operações *off-shore* por IDEVAL INÁCIO DE PAULA e ALFREDO CAMARGO PENTEADO NETO, principalmente pela específica previsão do sigilo bancário no art. 25 do Decreto-lei n. 15.322/1982 (Lei de Intermediação Financeira), é vedado o franqueamento

RE 1055941 / SP

de informações sobre valores e outras de caráter confidencial referentes ao cliente, salvo nos seguintes casos: (a) autorização do cliente; (b) decisão do Poder Judiciário; (c) por exigência do Banco Central do Uruguai.

O sigilo bancário não está previsto de forma explícita na Constituição da Argentina, derivando, portanto, de uma construção interpretativa, a partir do direito à inviolabilidade da correspondência e dos papéis privados, bem como do direito à intimidade, este último que alcançou o patamar constitucional em razão da adesão do país ao Pacto de San José da Costa Rica.

Sendo assim, são as leis que dão os contornos ao instituto do sigilo bancário na Argentina. Aliás, mesmo tratando da limitação de um direito com cores constitucionais, a legislação infraconstitucional não gerou qualquer discussão doutrinária ou jurisprudencial, uma vez que ambos entendiam que o sigilo bancário não apresentaria caráter absoluto, de modo a permitir exceções ao instituto desde que atendam à satisfação de interesses públicos. Não são admitidas, porém, exceções ao sigilo bancário além daquelas já previstas em lei (nesse sentido, inclusive, já decidiu a Corte Nacional Federal Contencioso Administrativo, em julgamento realizado no dia 21/5/1981, quando impediu a Comissão Nacional de Valores de investigar contas-correntes, mesmo aquelas de pessoas físicas ou jurídicas submetidas ao seu controle, sob o argumento de que a Lei de criação da CNV, apesar da importância nacional da instituição, não permitiu a realização de investigações em contas-correntes, frente ao rol taxativo da Lei n. 21.526/1977).

Por outro lado, segundo a Lei n. 18.061/1969, já revogada, toda e qualquer operação bancária, bem como toda e qualquer informação recebida de clientes, devia ser mantida sob sigilo, salvo nos casos excepcionados pela referida lei, entre elas a possibilidade de requerimento dos juízes. Assim, com fundamento nessa disposição, prevalecia o entendimento de que as autoridades tributárias não estariam entre as autoridades que poderiam exigir das entidades financeiras a revelação do sigilo bancário.

Atualmente, porém, o instituto do sigilo bancário em solo argentino

RE 1055941 / SP

tem como marco regulatório o art. 39 e o art. 40, ambos da Lei n. 21.526/1977, por força da reforma promovida pela Lei n. 24.144/1992. Com efeito, além de delimitar o sigilo bancário às operações passivas das entidades financeiras, a Lei n. 21.526/1977 estabeleceu outros limites ao instituto, ao indicar autoridades a quem devem ser revelados os registros bancários de natureza sigilosa, cumpridos certos requisitos. Tais exceções dizem respeito à admissão de requerimentos de informações pelas seguintes autoridades ou órgãos públicos: (a) juízes em causas judiciais, com as cautelas previstas em lei; (b) o Banco Central da República Argentina, no exercício das suas funções; (c) os órgãos arrecadadores de impostos nacionais, provinciais ou municipais, desde que atendidas determinadas condições (que os dados se refiram a um responsável determinado; que esteja em curso uma verificação impositiva contra esse responsável; e, por derradeiro, que as informações sejam requeridas formal e previamente).

Portanto, a Lei n. 21.526/1977 restringe o sigilo bancário quando se trata de informes requeridos, por exemplo, pelo Fisco argentino, ao mesmo tempo em que garante limites contra o seu exercício indiscriminado, quais sejam: (I) que o pedido seja vinculado às operações passivas de um sujeito concretamente determinado; (II) que haja um processo administrativo tributário em curso contra o investigado; (III) que as informações sejam requeridas preliminarmente e de modo formal ao contribuinte.

Entretanto, os poderes da *Administración Federal de Ingresos Públicos* (AFIP) não param por aí, pois, com base no art. 101, § 7º, da Lei n. 11.683/1933 (Lei de Procedimentos Tributários), a Direção Geral Impositiva, subordinada à AFIP, deverá fornecer ou requerer a informação bancária à Direção Geral Aduaneira (também submetida à AFIP), à Comissão Nacional de Valores e ao Banco Central da República Federal Argentina. Dito de outro modo, a previsão normativa permite, ou melhor, impõe que a informação bancária sob sigilo legal, uma vez obtida pela AFIP ou por outro órgão referenciado, circule livremente entre os demais, entre eles a Comissão Nacional de Valores, órgão a quem a Lei n.

RE 1055941 / SP

21.526/1977 não havia possibilitado o acesso a esses informes.

Aliás, além dessas previsões do sigilo de dados no Direito Comparado, não se pode deixar de mencionar e trazer para o debate a própria perspectiva global dos organismos econômicos e dos acordos internacionais que dispõem sobre a matéria, via de regra, com o escopo do combate à evasão fiscal e a crimes de lavagem de dinheiro.

O sigilo bancário vem merecendo particular atenção, numa perspectiva do direito tributário internacional, por parte da OCDE (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento), já há algumas décadas. Em setembro de 1977, adotando uma recomendação sobre a evasão e fraude fiscais, a organização elaborou estudos concluindo que em todos os países existiam disposições que permitiam às instituições de crédito recusar informações relativas aos negócios dos clientes, que poderiam dar cobertura a situações pouco transparentes, prejudicando tanto a administração tributária como os próprios contribuintes, pelo estímulo de uma efetiva discriminação com relação àqueles que não se beneficiavam desse instituto. Um grande número de países acolheu a tese de que as autoridades fiscais não deviam ser consideradas simples terceiros quanto ao segredo bancário, sobretudo, se houver a possibilidade de facilitação ou promoção de fraudes fiscais. Na década de 80 do século XX, por meio do relatório 'Tributação e o Abuso do Sigilo Bancário' (*Taxation and the Abuse of Bank Secrecy*), de 1985, a OCDE sugeriu o relaxamento do sigilo bancário em face das autoridades fiscais. No relatório 'Competição Fiscal Nociva: uma questão global emergente' (*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*), produzido pela OCDE em 1998, que tinha por objetivo proporcionar um melhor entendimento das práticas fiscais nocivas e recomendar medidas para combatê-las, foi recomendado que os países membros revisassem suas leis, regulamentos e práticas que disciplinavam o acesso à informação bancária, no sentido de remover impedimentos ao acesso de tais dados pelas autoridades fiscais. Em março de 2000, a OCDE, por meio do Comitê de Assuntos Fiscais, publicou o relatório 'Melhorando o Acesso à Informação Bancária para Fins Fiscais' (*Improving Access to Bank*

RE 1055941 / SP

Information for Tax Purposes), contendo considerações sobre como melhorar a cooperação internacional com respeito ao intercâmbio de informações em posse de bancos e outras instituições financeiras para fins tributários. Os principais objetivos do relatório foram: a) descrever as atuais posições dos países-membros acerca do acesso à informação bancária; b) sugerir medidas visando a melhorar o acesso à informação bancária para fins tributários.

Assim, como visto, em março de 2000, a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) produziu relatório com o objetivo de descrever as posições atuais de seus países-membros, no que diz respeito ao acesso de autoridades às informações bancárias e, ainda, sugerir medidas relacionadas à melhoria do sistema de arrecadação tributária.

Como aponta a OCDE em seu sítio eletrônico, os sigilos bancários frente a autoridades tributárias impedem a efetiva troca de informações e podem encorajar evasão fiscal. No documento, a organização encoraja os seus membros a: (I) impedir que as instituições financeiras mantenham contas anônimas e exigir a identificação de clientes bancários e beneficiários efetivos de contas; (II) reexaminar qualquer "requisito de interesse fiscal interno" que impeça suas autoridades fiscais de obter e fornecer a um parceiro informações do tratado que elas possam obter para fins tributários internos; (III) reexaminar as políticas e práticas que impedem o acesso a informações bancárias para fins de troca de informações em processos tributários envolvendo conduta intencional que está sujeita a processos criminais; (IV) tomar as iniciativas apropriadas para obter acesso a informações bancárias para a verificação de obrigações fiscais e outros fins administrativos fiscais.

No relatório, de nome *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes* ("Melhorando o acesso às informações bancárias para propósitos tributários"), concluiu-se que: "*idealmente, todos os países membros deveriam permitir acesso às informações bancárias, direta ou indiretamente, para propósitos tributários, de forma que as autoridades tributárias pudessem se liberar de suas responsabilidades de aumento a receita e se concentrar na efetiva*

RE 1055941 / SP

troca de informações" (tradução livre).

Entendeu que o acesso às informações tributárias para fins bancários é condição necessária para agregar maior justiça ao sistema tributário e assegurar a distribuição correta e transparente dos ônus decorrentes da tributação. Apresentou tanto considerações acerca da eficiência do sistema tributário do ponto de vista interno (doméstico), quanto externo (relacionando com a possível obstrução da cooperação tributária entre países), o que pode distorcer o fluxo de capital e direcioná-lo a países que restringem o acesso.

Apontou, ainda que:

[...] negar às autoridades fiscais o acesso às informações bancárias poderia ter consequências adversas no mercado nacional e internacional. Internamente, pode impedir a capacidade das autoridades fiscais de determinar e cobrar a quantidade certa de imposto, além de poder promover desigualdades fiscais entre os contribuintes. Alguns contribuintes usarão recursos tecnológicos e financeiros para escapar dos impostos legalmente devidos, usando as instituições financeiras em jurisdições que protejam as informações bancárias da divulgação às autoridades fiscais. Isso distorce a distribuição da carga tributária e pode levar à desilusão com a justiça do sistema tributário. A falta de acesso às informações bancárias para fins fiscais pode resultar em alguns tipos de renda escapando a toda tributação, produzindo assim iniquidades entre diferentes categorias de renda. O capital móvel pode obter vantagens injustificadas em comparação com a renda derivada do trabalho ou de bens imóveis. Além disso, a falta de acesso às informações bancárias pode aumentar os custos da administração tributária e os custos de conformidade para os contribuintes. Internacionalmente, a falta de acesso adequado às informações bancárias para fins fiscais pode obstruir a cooperação tributária internacional eficiente, reduzindo a capacidade das autoridades fiscais de ajudar seus parceiros de tratados, o que, por sua vez, poderia

RE 1055941 / SP

levar a uma ação unilateral do país que busca as informações bancárias. Também poderia distorcer os fluxos de capital e financeiro direcionando-os para países que restringem o acesso da autoridade tributária a informações bancárias. (Tradução livre).

Por fim, destacou que todos os países-membros permitem o acesso a informações bancárias para vários processos civis e criminais não tributários, tanto para fins domésticos quanto internacionais. Para processos criminais nacionais e internacionais, todos os países obrigam os bancos, pelo menos em alguns casos, a fornecer informações bancárias. No contexto de processos civis não tributários, todos os países, exceto três (Alemanha, Grécia, Luxemburgo), declararam exigir que os bancos fornecessem as informações para procedimentos internos em pelo menos algumas instâncias e todos, exceto quatro países (Alemanha, Grécia, Irlanda, Luxemburgo), obrigaram bancos a fornecer informações para processos civis internacionais (pelo menos em alguns casos). No contexto de cobrança e de falência, todos os países, exceto 2 (Alemanha, Grécia), obrigaram os bancos a fornecer informações para cobrança e falência doméstica em alguns casos, e todos os países, exceto 3 (Áustria, Alemanha, Grécia), devem fornecer essas informações para procedimentos internacionais em alguns casos.

Além disso, todos os países-membros, exceto a Coreia (que está aguardando a ratificação legislativa do Projeto de Lei de combate à lavagem de dinheiro proposto pelo Governo) e os Países Baixos (que não têm sigilo bancário legal), também tomaram medidas para relaxar o sigilo bancário com o objetivo de combater a lavagem de dinheiro. Mais da metade dos países-membros da OCDE que adotaram tais medidas, realizaram o acesso a essas informações para fins de administração tributária.

Assim, segundo o relatório, a maioria das alterações no acesso às informações bancárias para fins não fiscais foi feita para combater a lavagem de dinheiro (Áustria, Bélgica, Canadá, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Suécia, Suíça, Estados Unidos).

De outro canto, o compartilhamento sobre os acordos fiscais é orientado por disposições baseadas no art. 26, da Convenção Modelo da OCDE sobre Renda e Capital. O art. 26 exige que os Estados Contratantes *"troquem as informações necessárias para executar as disposições desta Convenção ou das leis nacionais dos Estados Contratantes relativas aos impostos cobertos pela Convenção, desde que a tributação por ela não seja contrária à Convenção"*. Para proteger as informações trocadas, o art. 26 estabelece requisitos rigorosos de confidencialidade e impõe limitações estritas ao uso das informações. As informações recebidas nos termos do art. 26 devem ser *"tratadas como secretas da mesma forma que as informações obtidas de acordo com as leis nacionais desse Estado e devem ser divulgadas apenas a pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e órgãos administrativos) preocupadas com a avaliação ou coleta de informações, a execução ou ação penal em relação a alguém, ou a determinação de recursos em relação aos impostos cobertos pela Convenção. Eles podem divulgar as informações em processos em tribunais públicos ou em decisões judiciais."*

Além disso, outras limitações à divulgação de informações podem ser impostas pelo Estado requerido, nos termos do art. 26, par. 2. Nos termos do art. 26, par. 2, um país não é obrigado a: tomar medidas administrativas que vão além de suas próprias leis e práticas administrativas ou do país solicitante; fornecer informações que não podem ser obtidas de acordo com as suas leis ou práticas administrativas normais ou as da parte solicitante; fornecer informações que divulgariam um segredo *"negocial, comercial, industrial, comercial, profissional, negócio processual ou informações comerciais cuja divulgação seria contrária à ordem pública."*

Posteriormente, o Fórum Global da Transparência publicou um novo estudo, intitulado *Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field*, o qual revelou que 70 (setenta) países-membros já permitiram acesso a informações bancárias, sem autorização judicial, para fins de intercâmbio de informações, sendo que apenas 18 (dezoito) países-membros ainda exigiam autorização judicial para que as autoridades fiscais obtivessem informações bancárias a serem intercambiadas com as Administrações

RE 1055941 / SP

Tributárias de outros países. Tal informação é corroborada por AUGUSTO CESAR DE CARVALHO LEAL (*Sigilo Bancário e Administração tributária brasileira*, 1ª ed., Advocacia Geral da União, Brasília, 2013).

Por outro lado, os 18 (dezoito) países que ainda impõem a reserva jurisdicional para o acesso das autoridades fiscais aos dados bancários dos contribuintes, em regra, correspondem a "ilhas financeiras" ou "paraísos fiscais", e não a democracias avançadas, que têm destaque na economia internacional. É o que informa a Nota Conjunta COPOES/CORIN n. 2011/14, p. 20-21, da Receita Federal do Brasil:

De acordo com o documento *Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field* (Cooperação Tributária 2010: Em Direção a um Nível de Concorrência), produzido pelo Fórum Global, consoante resposta dos países, quase todas as jurisdições permitem que suas autoridades fiscais tenham acesso direto, sem necessidade de autorização judicial, a informações bancárias para fins fiscais, o que corrobora os dados apresentados até aqui. O estudo é um retrato da revolução que tem ocorrido nos últimos anos com relação à possibilidade de as autoridades fiscais terem acesso efetivo e célere a informações sobre bens e rendas, ainda que essas informações estejam em poder de instituições financeiras. Nesse sentido, setenta países responderam que permitem o acesso a informações bancárias sem autorização judicial para fins de intercâmbio de informações. Vale notar que muitos dos países que responderam ao questionário alteraram suas legislações recentemente para permitir esse acesso e, conseqüentemente, estarem compatíveis com os padrões de transparência estabelecidos pelo Fórum Global. A análise desses setenta países surpreende, pois muitos são tradicionais paraísos fiscais, como Bahamas, Jersey, Ilhas Virgens Britânicas, que não podem mais manter a postura de opor o sigilo bancário ao interesse da fiscalização de tributos. Por outro lado, de acordo com o referido documento, apenas dezoito jurisdições ainda exigem autorização judicial para que suas autoridades fiscais tenham acesso a informações bancárias para realizar o intercâmbio de

informações com autoridades fiscais de outros países. Praticamente todas as jurisdições que ainda exigem algum tipo de autorização judicial para o intercâmbio de informações financeiras entre autoridades fiscais são países pouco expressivos no cenário econômico internacional ou centros financeiros ou tradicionais paraísos fiscais, quais sejam: Botswana, Brunei, Costa Rica, Chipre, Granada, Guatemala, Jamaica, Libéria, Liechtenstein, Luxemburgo, Qatar, Santa Lúcia, Samoa, Ilhas Turcas e Caicos, Uruguai e Vanuatu. É razoável presumir que a razão pela qual esses países ainda exigem autorização judicial para permitir o acesso a informações bancárias para fins tributários é justamente inviabilizar o efetivo e célere acesso a essas informações para fins de fiscalização tributária. Em outras palavras, ao criar essa dificuldade de acesso àquelas informações, procuram resguardar os interesses dos investidores internacionais que buscam o anonimato nos bancos locais.

Esse movimento internacional vem sendo prestigiado pelos tribunais estrangeiros, que têm reconhecido a finalidade democrática do acesso direto das autoridades tributárias aos dados bancários dos contribuintes, consoante apontado na referida Nota Conjunta COPOES/CORIN n. 2011/14, p. 24:

Ressalvamos que não encontramos nenhuma decisão internacional atual que entendesse ser ilegítimo o acesso direto ou indireto às informações bancárias por parte das autoridades fiscais. A título exemplificativo, em 18 de fevereiro de 1992, a Corte Constitucional italiana entendeu que o sigilo bancário não é um fim em si mesmo, razão pela qual não poderia representar um obstáculo às investigações sobre violações tributárias, aceitando o acesso direto. Portugal, que alterou recentemente sua lei, conforme visto acima, apresenta inúmeros julgamentos recentes, nos quais também se aceita o acesso direto às informações financeiras por parte da Administração Tributária. As intervenções judiciais recentes dizem respeito à

verificação dos pressupostos do ato administrativo que requisita a informação, especialmente quanto à motivação expressa. Em outras palavras, não se discute em juízo se a possibilidade de requisição direta de informação bancária é legal, embora eventualmente o contribuinte leve a juízo o questionamento sobre a observância dos requisitos do ato administrativo no caso concreto. Analogamente, a Suprema Corte da Lituânia também aceitou o acesso direto às informações bancárias pelas autoridades fiscais, entendendo que a requisição se tratava de um ato administrativo. O Tribunal Constitucional espanhol fez uma distinção entre intimidade pessoal e "intimidade econômica", sendo que nesta a proteção constitucional seria menos intensa. Vale lembrar que a Espanha também permite o acesso direto a informações bancárias pelas autoridades tributárias. O Tribunal Constitucional da Alemanha entendeu que, se uma lei somente pode ser fiscalizada de forma eficiente no caso de alguns contribuintes (pessoas físicas assalariadas que sofrem retenção do imposto na fonte), em detrimento de outros que tendem a demonstrar maior capacidade contributiva (pessoas físicas que auferem renda de capital e todas as pessoas jurídicas), então a discussão passa a ser sobre a possibilidade de concretização dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade. Em outras palavras, o Tribunal colocou a questão da eficácia social da lei tributária e como tornar efetivos os princípios da capacidade contributiva e a da igualdade entre contribuintes em primeiro plano.

Seychelles, considerado por muito "paraíso fiscal", alterou a sua lei tributária (*Revenue Administration Act*) em dezembro de 2009, conferindo poderes para que as autoridades fiscais requisitassem diretamente às instituições financeiras quaisquer informações bancárias. Relembre-se, mais uma vez, que esse "paraíso fiscal" não é o único a caminhar para esse sentido, pois dezenas de outros paraísos fiscais também estão alterando as suas leis tributárias para garantir às autoridades fiscais o amplo acesso a informações bancárias, inclusive sem autorização judicial, em

RE 1055941 / SP

decorrência da influência dos trabalhos do Fórum Global e da posição do G20.

Ora, se até mesmo os tradicionais "paraísos fiscais" estão passando a admitir o acesso direto às informações bancárias pelas autoridades fiscais, parece-me difícil justificar que as autoridades fiscais brasileiras não devam ter o mesmo acesso a essas informações. Também seria difícil justificar tal limitação, na linha dos recentes acontecimentos internacionais e dos compromissos internacionais adotados pelo Brasil no G20 (como o combate à evasão fiscal internacional, à lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo).

E como visto, países como Austrália, Dinamarca, Finlândia, França, Itália e Noruega permitem que as autoridades fiscais requisitem informações bancárias, sem qualquer autorização judicial ou limitação. Estados Unidos e Polônia preveem a intimação do contribuinte para a apresentação espontânea de documentos em momento anterior à requisição de informação diretamente à instituição financeira, regra similar à brasileira.

Por derradeiro, a própria Receita Federal do Brasil, na sobredita nota, destaca o enorme prejuízo que o Brasil enfrentaria, na ordem internacional, na hipótese de se entender inconstitucional o acesso direto da administração tributária, nos termos da LC n. 105/2001, aos dados financeiros dos contribuintes.

Outro importante organismo internacional é o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF), verdadeira organização intergovernamental criada em 1989 com o propósito de desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Para cumprir este objetivo, o GAFI publica inúmeras "recomendações".

Em realidade, as 40 Recomendações do GAFI constituem-se como um guia para que os países adotem padrões e promovam a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais no combate à lavagem de dinheiro, ao financiamento do terrorismo, além de

RE 1055941 / SP

outras ameaças à integridade do sistema financeiro relacionadas a esses crimes. Esses padrões são adotados por mais de 180 (cento e oitenta) países, entre eles o Brasil, que integra o grupo desde 1999. A representação, no Brasil, é liderada pelo COAF com as áreas internacionais do MF, BCB, CVM, SUSEP, MJ, PF, AGU, entre outros, certo que o Brasil integra o referido grupo desde o ano de 1999.

Outrossim, cabe ressaltar que o COAF possui uma enorme relevância enquanto ator na execução da política pública brasileira de combate e prevenção à lavagem de dinheiro, não apenas como órgão de inteligência financeira, mas também como órgão líder da representação perante o GAFI-LAT e membro da ENCCLA.

Além desses já expostos, também existe o Grupo de Ação Financeira de Latinoamérica (GAFILAT), grupo análogo ao GAFI, de âmbito regional, que compreende 16 (dezesesseis) países da América Latina e tem por objetivo a melhora das políticas nacionais contra a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, bem como o aprimoramento dos diferentes mecanismos de cooperação entre os países-membros, como lembrado por MARCO AURÉLIO PINTO FLORÊNCIO FILHO e PATRICIE BARRICELLI ZANON (*Políticas de prevenção e combate à lavagem de Dinheiro no Brasil: COAF e rearranjo institucional*, Revista Pensamento Jurídico, vol. 12, n. 2, jul./dez., 2018). O Brasil integra o referido Grupo de Ação Financeira da América Latina (GAFILAT) desde o ano de 2000.

Por fim, o Grupo Egmont de Unidades de Inteligência Financeira é um grupo informal de UIFs, fundado em 1995 no Palácio de Egmont Arenberg em Bruxelas, com o escopo de estimular a cooperação nacional por meio de encontros anuais com o intuito de discutir novas formas de intercâmbio de informações, treinamento e troca de experiências. O ingresso do Brasil no sobredito grupo também recua ao ano de 2000.

Toda essa evolução mundial demonstra a importância e necessidade de um sistema de inteligência financeira que compartilhe os dados bancários e fiscais no combate ao terrorismo, criminalidade organizada e

corrupção.

V. A relativização constitucional do sigilo financeiro estabelecida pela legislação em matéria tributária (LC 105/2001).

No Brasil, em relação à atuação da Receita Federal, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL declarou a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001.

Nas ADIs 2.386/DF, 2.390/DF, 2.397/DF e 2.859/DF, a CORTE estabeleceu a possibilidade de acesso às operações bancárias limitado à identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, isto é, de dados genéricos e cadastrais dos correntistas, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permitisse identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados, como prevê a própria LC n. 105/2001.

Na Sessão Plenária do dia 18 de fevereiro de 2016, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Min. DIAS TOFFOLI, vencidos o Min. MARCO AURÉLIO e o Min. CELSO DE MELLO, a CORTE decidiu da seguinte maneira:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO DAS ADI Nº 2.390, 2.386, 2.397 E 2.859. NORMAS FEDERAIS RELATIVAS AO SIGILO DAS OPERAÇÕES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. DECRETO Nº 4.545/02. EXAURIMENTO DA EFICÁCIA. PERDA PARCIAL DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA Nº 2.859. EXPRESSÃO “DO INQUÉRITO OU”, CONSTANTE NO §4º DO ART. 1º, DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. ACESSO AO SIGILO BANCÁRIO NOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 5º E 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01 E SEUS DECRETOS REGULAMENTADORES. AUSÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO E DE OFENSA A DIREITO FUNDAMENTAL. CONFLUÊNCIA ENTRE OS DEVERES DO CONTRIBUINTE (O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS) E OS

DEVERES DO FISCO (O DEVER DE BEM TRIBUTAR E FISCALIZAR). COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL EM MATÉRIA DE COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/2001. AUSÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO. ART. 3º, §3º, DA LC 105/01. INFORMAÇÕES NECESSÁRIAS À DEFESA JUDICIAL DA ATUAÇÃO DO FISCO. CONSTITUCIONALIDADE DOS PRECEITOS IMPUGNADOS. ADI Nº 2.859. AÇÃO QUE SE CONHECE EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, É JULGADA IMPROCEDENTE. ADI Nº 2.390, 2.386, 2.397. AÇÕES CONHECIDAS E JULGADAS IMPROCEDENTES.

1. Julgamento conjunto das ADI 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária.

2. Encontra-se exaurida a eficácia jurídico-normativa do Decreto nº 4.545/02, visto que a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, de que trata este decreto e que instituiu a CPMF, não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, §1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT. Por essa razão, houve parcial perda de objeto da ADI nº 2.859/DF, restando o pedido desta ação parcialmente prejudicado. Precedentes.

3. A expressão “do inquérito ou”, constante do §4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/01, refere-se à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito esta Suprema Corte admite o acesso ao sigilo bancário do investigado, quando presentes indícios de prática criminosa. Precedentes: AC 3.872/DF-AgR, Relator o Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 13/11/15; HC 125.585/PE-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 19/12/14; Inq 897-AgR, Relator o Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 24/3/95.

4. Os artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/01 e seus decretos regulamentares (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de

2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009) consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações bancárias obtidas com espeque em seus comandos, não havendo neles autorização para a exposição ou circulação daqueles dados. 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.

5. 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 da 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 105/01 de extrema significância nessa tarefa.

6. O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (*Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*), 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. Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua

administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.

7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o §1º, inciso II, e o §2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas 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.

8. À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão da Advocacia Geral da União, caberá a defesa da atuação do Fisco em âmbito judicial, sendo, para tanto, necessário o conhecimento dos dados e informações embasadores do ato por ela defendido. Resulta, portanto, legítima a previsão constante do art. 3º, §3º, da LC 105/01.

9. Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.859/DF conhecida parcialmente e, na parte conhecida, julgada improcedente. Ações diretas de inconstitucionalidade nº 2.390, 2.397, e 2.386 conhecidas e julgadas improcedentes. Ressalva em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/01, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários.

A CORTE, seguindo a fundamentação do Relator, Min. DIAS TOFFOLI, após análise dos dispositivos atacados, entendeu que, em um primeiro momento, o acesso às operações bancárias deveria ser limitado à identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, isto é, apenas dos dados genéricos e cadastrais dos correntistas, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permitisse identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados, como prevê a própria LC n. 105/2001; para,

RE 1055941 / SP

posteriormente, se houver indícios de irregularidades, permitir o acesso a informações mais detalhadas, nos termos dos artigos 5º e 6º da citada lei complementar.

Posteriormente, no julgamento do RE 601.314/SP (Tema 225), em Sessão Plenária do dia 24 de fevereiro de 2016, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, Min. EDSON FACHIN, que foi acompanhado pelo Min. DIAS TOFFOLI, pelo Min. ROBERTO BARROSO, pelo Min. TEORI ZAVASCKI, pela Min. ROSA WEBER, pela Min. CÁRMEN LÚCIA, pelo Min. LUIZ FUX e pelo Min. GILMAR MENDES, vencidos o Min. MARCO AURÉLIO e o Min. CELSO DE MELLO, a CORTE declarou a constitucionalidade do artigo 6º da LC 105/2001, que possibilita às autoridades e aos agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, somente quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente, nos seguintes termos:

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 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 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 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 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

RE 1055941 / SP

sistemática da repercussão geral: "A Lei 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.

Desse modo, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL entendeu que o artigo 6º da LC n. 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realizaria a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabeleceria os requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Nesses dois julgamentos, a CORTE fixou, portanto, a possibilidade de atuação da Receita Federal em dois estágios.

No primeiro estágio, nos termos do § 2º do artigo 5º da LC 105/2001, a possibilidade de acesso às operações bancárias, limitado à identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, isto é, apenas dos dados genéricos e cadastrais dos correntistas, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permitisse identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

Em um segundo estágio, recebidas as informações, nos termos do § 4º do artigo 5º e do artigo 6º da citada lei, poderá a Receita Federal, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos. Exigiu-se, porém, que as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A Receita Federal, portanto, tem duplo acesso a informações referentes ao sigilo financeiro, devidamente reconhecido pelo SUPREMO

RE 1055941 / SP

TRIBUNAL FEDERAL, nos limites estabelecidos pelo legislador: acesso amplo ou sistêmico e o acesso incidental.

A CORTE também estabeleceu que houvesse a prévia intimação do contribuinte para que ele pudesse se justificar. Mas placitou o que o legislador, seguindo o direcionamento em todos os tratados internacionais subscritos pelo Brasil, indicou, ou seja, a Receita pode colher essa prova.

Todas as provas produzidas a partir desse procedimento administrativo fiscal são provas lícitas. Faço aqui um parêntese: é óbvio que podemos ter a deturpação disso, mas será a exceção, a anomalia e a ilicitude deverá ser analisada caso a caso. Dentro dos requisitos legais, seguindo os parâmetros que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL determinou, tudo que vier para esse procedimento - sigilo bancário, fiscal, cruzamento de dados, depósitos, operações financeiras, notas fiscais para comprovar se o serviço for prestado ou não, tudo que vai embasar a análise da Receita - é um conjunto lícito, de provas lícitas.

Então, dependendo exatamente da situação fática, a Receita pode atuar só com o acesso às informações, porque, às vezes, terá informações genéricas e não constata problema algum. Em havendo os problemas, tem-se esse segundo aspecto.

O acesso amplo ou sistêmico garantido pelo artigo 5º, *caput* e §§, da LC 105/2001 poderá gerar o acesso incidental.

A regulamentação se deu pela edição do Decreto 4.489, que também o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL declarou constitucional no primeiro julgamento das ADIs 2.386, 2.350 e 2.859.

Além do decreto, há toda uma normatização para evitar abusos, denominada “e-Financeira”, instituída pela Instrução Normativa 1.571, de julho de 2015, em que se prevê que, semestralmente, as informações devem ser transmitidas pelas instituições financeiras e entidades a elas equiparadas pelo sistema público de escrituração digital. Ou seja, há um mecanismo não direcionado a A, B ou C, mas um mecanismo inicial para cumprir o que eu chamei de primeiro estágio, gerador de informações genéricas. E só a partir disso, se houver necessidade, ocorrerá um

RE 1055941 / SP

segundo estágio onde, obrigatoriamente, deve ser instaurado procedimento administrativo fiscal, por ordem do superior hierárquico do auditor - isso ficou também determinado pelo SUPREMO e depois pela regulamentação da Receita - e prévia intimação do contribuinte.

Percentualmente, o número de procedimentos que chegam ao segundo estágio é muito pequeno em relação ao geral. Nesse primeiro estágio do acesso amplo ou sistêmico, a transferência de dados à Receita permite o cruzamento de dados pelo Fisco, informações, dados fornecidos anualmente pelas pessoas físicas e jurídicas na declaração anual de Imposto de Renda, como efetivos instrumentos de verificação de eventual sonegação. Só se forem detectadas anomalias, a Receita Federal passará ao segundo estágio, que é o acesso incidental autorizado nos termos do art. 5º, § 4º, e art. 6º.

E por que é importantíssimo lembrar essa sequência? Porque, para chegar até o Ministério Público, vai ter que passar pelo primeiro estágio, vai ter que passar pelo segundo estágio. Nesse segundo estágio, faz-se um filtro, e só o que for imprescindível é que pode ou não ser compartilhado com o Ministério Público. É importante verificar que não só a Lei Complementar, como a interpretação dada nas duas ações pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, observaram corretamente a excepcionalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade do afastamento do sigilo financeiro. De um mar de informações e de cruzamento de dados, no primeiro estágio, há um funil estreito para o segundo estágio, que é o acesso amplo e sistêmico. E mesmo desse, poucos casos irão ao Ministério Público, porque, muitos casos são de informações errôneas ou omissão não dolosa que o contribuinte corrige imediatamente. Ou seja, o funil é gigantesco do primeiro para o segundo estágio; e, também, é grande do segundo estágio para o compartilhamento para fins penais. E esse segundo estágio - repito - só ocorre se houver anomalia no cruzamento de dados genéricos.

Em conclusão, nesse primeiro estágio (acesso amplo ou sistêmico), a transferência de dados à Receita Federal permite o cruzamento pelo Fisco de informações com os dados fornecidos anualmente pelas próprias

RE 1055941 / SP

pessoas físicas e jurídicas na Declaração Anual de Imposto de Renda, como um efetivo instrumento de verificação de eventual sonegação fiscal.

Portanto, somente se forem detectadas anomalias, a Receita Federal passará ao segundo estágio – acesso incidental – autorizado nos termos dos artigos 5º, § 4º, e 6º da LC 105/2001.

A partir do que será formado probatoriamente, nesse segundo estágio, e o que, nesse segundo estágio, discute-se a possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, se, nesse segundo estágio, houver indícios de crime, ou seja, se exceder a questão tributária e entrar em princípio na seara penal.

Há necessidade, então, da instauração de um procedimento formal, no âmbito da administração tributária, referente ao sujeito passivo tributário específico e questões específicas. Aqui não é uma devassa, o procedimento administrativo fiscal não é uma devassa na vida do contribuinte, pois foi detectado um erro e, em relação a esse erro, será feita uma investigação.

O primeiro passo - por decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, e depois por resolução da Receita - é intimar o contribuinte, para evitar um constrangimento. Intima-se o contribuinte de que houve a omissão e ele recolhe o tributo. Solicita-se a documentação dos livros contábeis, das notas. Despesa médica, despesa educacional são comuns serem requisitadas. Ou seja, do primeiro estágio para o segundo há esse filtro. E mesmo antes de deflagrar, efetivamente, a investigação, mas já com um procedimento instaurado, numerado, com responsável, para evitar intimações fantasmas, o contribuinte pode comprovar a regularidade de sua conduta.

Esse mecanismo garante um verdadeiro rigor procedimental. Exige-se, como falamos, procedimento de fiscalização instaurado ou em curso, hipóteses de indispensabilidade e prévia intimação. Não é possível o próprio auditor instaurar; há necessidade de o superior hierárquico autorizar. É óbvio que, assim como qualquer outro mecanismo de fiscalização, pode haver problemas, podem existir irregularidades, que devem ser combatidas. Mas o sistema existente é rigoroso. E as decisões

RE 1055941 / SP

do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que analisaram esses dois artigos foram mais rigorosas ainda, para realmente evitar abusos tanto no acesso sistêmico, aquele acesso geral, quanto no acesso incidental.

No segundo estágio, instaurou-se o procedimento fiscal. A partir daí, incide o art. 6º e se pode pedir todas as informações. Foi dito da Tribuna e pelo próprio Ministro Presidente que há 600 ou 300 folhas com notas fiscais, livros, extratos, exatamente porque, a partir disso, para apurar esse fato específico, pedem-se as notas fiscais, os livros contábeis para averiguar se houve só uma omissão, uma irregularidade ou se, eventualmente, também um crime, um tipo penal tributário. Há necessidade dos extratos bancários, mas vejam que - e isso me parece muito importante - não é uma devassa geral aleatória. Já se passou do primeiro filtro e há um fato específico. Qualquer exagero, qualquer desvio, qualquer abuso por parte da Receita sempre poderá ser corrigido na via judicial, porque há toda uma regulamentação, todo um procedimento. Qualquer desvio formal ou material dessa atuação poderá ser imediatamente afastado pelo Poder Judiciário.

E mais: a partir da requisição dessas informações financeiras analíticas dos contribuintes, submetendo-as ao procedimento fiscal, todos esses dados e informações, na verdade, se transformam em dados fiscais, porque o fiel depositário - legalmente previsto e constitucionalmente referendado pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL- desses dados é a Receita Federal.

Nos últimos quatro anos, no primeiro estágio, acesso amplo, houve 1.502.022 notificações ou averiguações. Quantas se tornaram procedimentos fiscais executados? Um total de 554, que equivale a 0,04%. É um funil rigoroso. Não tenho aqui esse número, mas desses 554, também há um outro funil, que vai ao Ministério Público, porque nem tudo, como discutimos aqui, é crime tributário, é ilícito tributário.

No ano passado, foram 345.926 procedimentos fiscais executados, ou seja, o primeiro estágio. Só se transformaram em procedimentos fiscais de segundo estágio, 174. Então, vejam, há um rigor realmente tanto da lei quanto da interpretação que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deu

RE 1055941 / SP

para caracterizar o que é essencial em toda relativização de liberdades públicas: excepcionalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

O primeiro estágio gerou um segundo estágio, nesses últimos anos, só de 0,04% das hipóteses. No segundo estágio, houve toda a apuração. Após o término da apuração - em que, insisto, não só há a intimação prévia como o contraditório e a ampla defesa, que a Constituição garante em todos os procedimentos administrativos, inclusive no tributário -, constatada possível prática de ilícito penal, nesses 0,04% do universo todo, não é discricionariedade, mas dever da Secretaria da Receita Federal encaminhar as representações fiscais para fins penais nos termos do art. 83 da Lei nº 9.430/1996.

É dever, é uma imposição legal atribuída pela lei à Receita Federal representar ao Ministério Público, comunicando a apuração dos fatos que, em tese - obviamente aqui é em tese -, configurem crime contra a ordem tributária.

Na questão de crimes materiais contra a ordem tributária que geram esses procedimentos, ninguém pode iniciar uma investigação até que a Receita conclua. Porque até que a Receita Federal do Brasil conclua que realmente houve um não recolhimento, ou, em outras palavras, até que a Receita Federal do Brasil não lance em definitivo o tributo, todos os fatos serão atípicos do ponto de vista penal.

Portanto, não se trata somente de um dever legal, especificamente previsto no ordenamento jurídico; mas também de consequência lógica da Súmula Vinculante 24 deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que não permite o exercício da ação penal pelo Ministério Público antes do lançamento definitivo do tributo:

Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

Em nosso sistema penal acusatório, consagrado pela Constituição Federal de 1988, somente nas hipóteses de crimes tributários, o titular da ação penal pública (CF, artigo 129, I) está condicionado ao término da

RE 1055941 / SP

atuação de outro órgão estatal, no caso, a Receita Federal.

Em outras palavras, o Ministério Público somente poderá oferecer denúncia apta em juízo e obter eventual condenação, após o devido processo legal, por crime material contra a ordem tributária, se comprovar em juízo a existência de lançamento definitivo de tributo contra o acusado (materialidade do delito).

Mas não basta a mera alegação de existência de lançamento definitivo de tributo, por exemplo, por certidão genérica do Fisco, exigindo-se, obviamente, tanto a demonstração de sua regularidade formal, por meio de comprovação do regular lançamento definitivo de tributo contra o acusado após o devido procedimento de fiscalização com todas as exigências legais, quanto a comprovação material da existência de irregularidade tributária por parte do contribuinte, pois esse tem constitucionalmente garantido o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Isso é essencial porque os termos do lançamento definitivo do tributo pela Receita, que comprovam a materialidade do crime, poderão ser novamente impugnados em juízo.

O elemento necessário e essencial para o oferecimento da denúncia nos crimes materiais contra a ordem tributária é o regular lançamento definitivo do tributo, que, obrigatoriamente, precisará estar respaldado pelo material probatório constante no procedimento de fiscalização.

Não há nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade no fato de a denúncia do Ministério Público estar respaldada pelas provas produzidas no procedimento de fiscalização da Receita Federal, mesmo porque inepta seria a acusação que não aguardasse o término desse procedimento com a conclusão pelo lançamento definitivo do tributo e, conseqüentemente, com prova da materialidade da infração penal tributária.

Em princípio, todas as informações e dados constantes no procedimento de fiscalização são provas lícitas, pois obtidas pela Receita Federal em absoluto respeito ao direito material, nos termos da legislação declarada constitucional pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Sendo lícitas as atuações da Receita Federal e do RIF/COAF, na

RE 1055941 / SP

produção de informações que auxiliam na constatação da prática de atividades criminosas, nada impede que haja o compartilhamento com o Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública em nosso sistema acusatório.

São indícios ou provas absolutamente lícitas, pois foram obtidos de acordo com a legislação em vigor. Lembremo-nos de que as provas ilícitas são aquelas obtidas em desrespeito aos direitos fundamentais, no momento de sua obtenção. Não é o caso, tanto que esta CORTE manteve a constitucionalidade da LC 105/2001 e a validade da Lei 9.613/1998 e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, os quais jamais foram contestados.

Da mesma maneira, os dados compartilhados não podem ser considerados como provas ilegítimas, pois serão submetidos ao Devido Processo Legal, garantindo-se a ampla defesa e o pleno contraditório em juízo.

Obviamente, durante a ação penal, a defesa poderá impugnar e comprovar eventual desvirtuamento da Receita Federal na produção de provas; porém, *ab initio*, inexistente qualquer ilicitude, pois foram produzidas de acordo com o ordenamento jurídico, que autorizou a relativização do sigilo financeiro.

Inexistente qualquer irregularidade na utilização dessa verdadeira prova emprestada, como de resto ocorre nos ordenamentos jurídicos da maioria das democracias ocidentais, como demonstrado anteriormente.

Não permitir o compartilhamento da íntegra do procedimento fiscalizatório, com todos os dados fiscais e bancários, que constitucionalmente esse órgão pode juntar no procedimento administrativo tributário, dos quais depende o Ministério Público para atuar, parece-me atentar contra todo o mecanismo legal de relativização do sigilo financeiro para o combate à criminalidade. Por que o Coaf/UIF pode compartilhar com a Receita, a Receita pode compartilhar dados bancários, pedir o compartilhamento de todos os bancos - tudo isso é constitucional, legal, produz uma prova que é lícita, uma prova que é indispensável ao exercício da ação penal - e não poderia compartilhar

RE 1055941 / SP

com o titular da ação penal?

A prova somente seria ilícita se obtida em desrespeito ao direito material, se, na sua obtenção, houve alguma irregularidade, houve uma ilicitude, desrespeitou-se uma das garantias constitucionais. *Contrario sensu*, a prova é lícita quando obtida de acordo com a Constituição e a legislação.

A prova obtida pela Receita Federal no procedimento administrativo fiscal é lícita. Quem permitiu que a Receita Federal pudesse constituir essa prova foi a LC 105 e o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. É uma prova lícita. Tanto é lícita que permite o lançamento definitivo do tributo. Se a prova é lícita, foi obtida mediante procedimento regular, garantido o contraditório, com o contribuinte que será o réu da ação, é a típica prova emprestada, lícita. Trata-se, pois de uma prova emprestada e lícita. O compartilhamento dessa prova nada mais é do que a utilização de uma prova emprestada e lícita.

Logicamente, e não foi o posicionamento majoritário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, se a CORTE tivesse entendido que a Receita, *sponte propria*, não pudesse solicitar os sigilos bancários e fiscais, a prova já seria ilícita para a Receita, que nem poderia lançar definitivamente o tributo. Mas o ordenamento jurídico brasileiro, a Lei Complementar 105, com o beneplácito do SUPREMO, entende que essa prova é lícita. Em sendo lícita, pode ser compartilhada com outro órgão de fiscalização. O Ministério Público também é órgão de fiscalização.

Há um outro dado importantíssimo. Vamos dizer que, naquele procedimento fiscalizatório, estivessem sendo apurados três tributos de dois sócios, e só um foi lançado definitivamente, e só nesse foi considerada a presença de indícios criminosos. Só irão para o Ministério Público, só serão compartilhados os dados, documentos, provas que foram necessários para o lançamento definitivo do tributo a caracterizar a tipicidade do crime específico.

A Receita Federal tem toda uma regulamentação de que informações não necessárias, não utilizadas para a constituição daquele tributo, para o seu lançamento definitivo, devem ser entregues ao sujeito passivo,

RE 1055941 / SP

devolve-se ou, se houver também informações de terceiros, são destruídas ou inutilizadas.

Se, nessa representação em abstrato, além do essencial para constituir a materialidade daquele tipo penal tributário, forem outras informações que não tenham relação, teríamos uma irregularidade. Mais do que uma irregularidade, é um crime previsto no art. 116 da Lei 8.112. Ou seja, o sistema fecha e proíbe uma devassa geral. Só vai ou só deve ir, ou, ainda, eu diria, só irá lícitamente a prova produzida durante o procedimento pela Receita Federal que ensejou o lançamento definitivo do tributo e trouxe indícios de autoria de um crime material contra a ordem tributária.

Não há, portanto, nenhuma ilegalidade no compartilhamento, entre Receita e Ministério Público, de todas as provas, todos os dados necessários, imprescindíveis, para conformação e lançamento do tributo.

Entendo que, por serem provas lícitas produzidas pela Receita e absolutamente necessárias para constituir a materialidade na infração penal material tributária, nos termos da Súmula Vinculante 24, podem ser compartilhados todos os dados, todas as provas, todas as informações necessárias que a fizeram chegar ao lançamento definitivo do tributo.

Se houver excesso, o excesso deve ser combatido, até porque - faço questão de salientar isso - sempre haverá uma supervisão posterior judiciária.

Essa interpretação coincide com o art. 198, § 3º, inciso I, ao dizer que não é vedada a divulgação de informações relativas a representações fiscais, ou seja, tudo que embasou o lançamento do tributo, tudo que embasou o procedimento administrativo.

Dessa forma, Presidente, peço vênias a Vossa Excelência para divergir. Entendo que é possível o compartilhamento de todas as informações produzidas pela Receita Federal, inclusive os sigilos bancário e fiscal, que ensejaram o lançamento definitivo do tributo, porque, somente a partir desse momento, nos termos da Súmula Vinculante 24, a materialidade do delito ficou constatada.

No caso concreto, os recorrentes foram denunciados pela prática, em

RE 1055941 / SP

tese, do crime previsto no art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/1990, por duas vezes, sob a acusação de que suprimiram o recolhimento de Imposto de Renda de Pessoa Física/IRPF, mediante a omissão ao fisco da obtenção de receitas tributáveis durante os anos de 2001 a 2002, com a consequente redução da base tributária.

Segundo a referida denúncia, o recorrente Hilário Chinçaku Hashimoto omitiu, entre os anos de 2000 a 2001, rendimentos da ordem de R\$ 1.752.561,37, certo que, quanto às declarações prestadas ao fisco federal entre 2001 a 2002, informou ter auferido renda, nesse período, no montante de R\$ 31.648,77, o que motivou a apuração de um crédito tributário, a título de Imposto de Renda de Pessoa Física/IRPF, no total de R\$ 1.233.403,48, acrescido de juros e multa moratórios. Já a recorrente Toyoka Jandira Hashimoto omitiu, entre os anos de 2000 a 2001, rendimentos da ordem de R\$ 1.718.598,42, certo que, quanto às declarações prestadas ao fisco federal entre 2001 a 2002, informou ter auferido renda, nesse período, no montante de R\$ 37.685,38, o que motivou a apuração de um crédito tributário, a título de Imposto de Renda de Pessoa Física/IRPF, num total de R\$ 1.195.006,05, também já acrescido de juros e multa moratórios.

Ao final, o Juízo Federal da 3ª Vara de Piracicaba/SP julgou parcialmente procedente a denúncia, condenando os recorrentes pela prática do crime previsto no art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990. Ao recorrente Hilário Chiçaku Hashimoto foi imposta a pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime aberto, além de 100 (cem) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Em relação à recorrente Toyoka Jandira Hashimoto, foi aplicada a pena de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime aberto, além de 90 (noventa) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. As penas privativas de liberdade foram substituídas por duas penas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Houve a absolvição dos recorrentes da imputação relativa à prática do delito previsto no art. 1º, II, da Lei n.

RE 1055941 / SP

8.137/1990, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal.

Inconformados com a sentença, os recorrentes apelaram, visando: (i) ao reconhecimento da prescrição pela pena em concreto; (ii) à nulidade da constituição do crédito tributário e da ação penal, pela obtenção direta pela Receita Federal do Brasil/RFB dos dados bancários.

A 11ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da defesa para reconhecer a nulidade da ação penal em razão do indevido compartilhamento de dados sigilosos obtidos pela Receita Federal junto às instituições financeiras sem prévia autorização judicial e anular o processo desde o recebimento da denúncia.

Opostos Embargos de Declaração pelo Ministério Público Federal, por unanimidade, foram rejeitados.

O Ministério Público Federal interpôs o presente Recurso Extraordinário contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, argumentando, em síntese, que o compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pelo Fisco no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem a intermediação do Poder Judiciário, não viola o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal.

Nota-se que toda a ação penal foi fundamentada na ação fiscal levada a efeito em face de Hilário Chinçaku Hashimoto e sua esposa, Toyoka Jandira Hashimoto (processos administrativos-fiscais n. 10865.000762/2006-93 e n. 10865.000763/2006-38, respectivamente), pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Limeira.

Os documentos e extratos obtidos pelo órgão fiscal foram remetidos ao Ministério Público em razão de regular procedimento fiscalizatório, que ofereceu denúncia contra os reclamantes. Foram legítimos os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo-fiscal, mostrando-se lícita a sua utilização, pelo Ministério Público, para fins da persecução criminal.

No caso, a constituição do crédito tributário que deu origem à ação

RE 1055941 / SP

penal não ofendeu o direito ao sigilo fiscal, até porque não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, conforme disciplinado no art. 198, § 3º, I, do Código Tributário Nacional, com a redação dada pela LC 104/2001:

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.

Convém destacar que esta SUPREMA CORTE, quando do julgamento do ARE 953.058/SP (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 30/5/2016), firmou entendimento no sentido de que *“sendo legítimos os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo*

RE 1055941 / SP

fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal”, a saber:

[...] Assiste razão ao recorrente.

No caso dos autos, a constituição do crédito tributário não apresentou qualquer mácula, porquanto não destoou do entendimento fixado por esta Corte no sentido de não existir contrariedade ao disposto no art. 5º, incisos X e XII, CF/88, por afastamento do sigilo bancário pela Receita Federal sem prévia autorização judicial, com base no art. 11, §3º, da Lei 9.311/1996 (com redação dada pela Lei 10.741/2001), e sua aplicação a fatos pretéritos.

A discussão em comento teve repercussão geral reconhecida no RE 601.314/SP RG (Tema 225, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 19.11.2009) cujo mérito restou pacificado no sentido de que o afastamento do sigilo bancário, promovido nos termos do art. 6º da Lei Complementar 105/2001, não ofende o direito ao sigilo bancário.

Ainda, o Plenário fixou a tese de que a Lei 10.741/2001 não se submete ao princípio da irretroatividade das leis tributárias, ante seu caráter meramente instrumental. Por oportuno, colho súmula do julgamento realizado 24.2.2016:

"O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, conheceu do recurso e a este negou provimento, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Por maioria, o Tribunal fixou, quanto ao item 'a' do tema em questão, a seguinte tese: "O art. 6º da LC 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"; e, quanto ao item 'b', a tese: 'A Lei 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', vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o

juízo o Ministro Ricardo Lewandowski." (grifei)

Nessa esteira, frisa-se que o sigilo das informações bancárias foi mantido no processo judicial, que está sob manto do segredo de justiça, limitando-se o acesso às partes e ao Poder Judiciário.

Ademais, a teor do art. 198, §3º, inciso I, do Código Tributário Nacional (com redação dada pela LC 104/2001), não é vedada a divulgação de informações, para representação com fins penais, obtidas 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.

Dessa maneira, sendo legítimo os meios de obtenção da prova material e sua utilização no processo administrativo fiscal, mostra-se lícita sua utilização para fins da persecução criminal. Sobretudo, quando se observa que a omissão da informação revelou a efetiva supressão de tributos, demonstrando a materialidade exigida para configuração do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei 8.137/1990, não existindo qualquer abuso por parte da Administração Fiscal em encaminhar as informações ao Parquet.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão proferido pelo TRF da 3ª Região e determino o retorno dos autos para prosseguimento do julgamento da apelação interposta pela defesa (art. 21, §1º, RISTF).

Publique-se. Int.

Em igual sentido já decidi na Primeira Turma: Rcl 37.686/SC (Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 11/11/2019).

Diante dessas considerações, voto pelo conhecimento do Recurso Extraordinário e, no mérito, voto pelo provimento do Recurso Extraordinário, cassando o Acórdão recorrido, restabelecendo a sentença condenatória de primeiro grau.

VI. Unidades de Inteligência Financeira.

No Brasil, o antigamente denominado Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), criado em 1998 na esteira da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/1998), coordena a participação brasileira em diversas organizações multigovernamentais de prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (PLD/FT).

O referido Conselho participa, ativamente, das atividades e reuniões dos principais organismos multilaterais relacionados ao tema, como também se relaciona com as Unidades de Inteligência Financeira de outros países, quer seja na troca de informações, quer seja prestando assistência àquelas unidades que solicitaram apoio.

Além disso, o ex-COAF busca internalizar as discussões e orientações de como implantar as recomendações dos organismos internacionais, com o objetivo de se adequar às melhores práticas adotadas para combater de forma mais efetiva os crimes financeiros, resguardando-se a soberania do país.

Em mais de 20 anos de existência, segundo dados oficiais, o COAF armazenou mais de 19 (dezenove) milhões de comunicações de operações comerciais e financeiras suspeitas, feitas por bancos, corretoras e transportadoras de valores, *factorings*, lojas de artigos de luxo, de carros, imobiliárias, entre outros:

De janeiro a setembro de 2019, o Coaf produziu 5.273 Relatórios de Inteligência Financeira (RIF), os quais relacionaram 255.638 pessoas físicas ou jurídicas, e consolidaram 244.551 comunicações de operações financeiras.

Atualmente, a base de dados reúne mais de 19 milhões de comunicações de operações financeiras. Desse total, aproximadamente 2,7 milhões de comunicações foram recebidas somente em 2019, provenientes dos setores econômicos obrigados a comunicar.

No âmbito da supervisão dos setores regulados e fiscalizados, foram

RE 1055941 / SP

realizadas de janeiro a setembro 130 ações de fiscalização para verificação de conformidade das obrigações voltadas à prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo. Dessas, 12 culminaram em Processo Administrativo Sancionador (PAS). Neste ano, até setembro, foram julgados 59 PAS de empresas e dirigentes, com aplicação de R\$ 3,5 milhões em multas.

Os relatórios são disponibilizados para as autoridades competentes para a instauração de procedimentos, a exemplo do Ministério Público e da Receita Federal, além de serem encaminhados, se o caso, a autoridades internacionais, responsáveis por investigar se há crime nas operações suspeitas. O que determina se a operação financeira realizada será fichada em relatório é a combinação de fatores que compõem a classificação de risco e prioridade, que é realizada por um *software* de inteligência artificial.

As competências do COAF estão definidas no art. 14 e no art. 15, ambos da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n. 9.613/98): **(a)** receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas; **(b)** comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis nas situações em que o Conselho concluir pela existência de fundados indícios de crimes de "lavagem", ocultação de bens, direitos e valores ou de qualquer outro ilícito; **(c)** coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores; **(d)** disciplinar e aplicar penas administrativas.

Sendo uma *Unidade de Informação Financeira (Financial Information Unit - FIU)*, ou seja, agência nacional e central, é responsável por receber, requerer, analisar e distribuir às autoridades competentes as denúncias sobre as informações financeiras com respeito a procedimentos presumidamente criminosos, conforme legislação ou normas nacionais para impedir a lavagem. Essas unidades podem ser de natureza judicial, policial, mista (judicial/policial) ou administrativa. O Brasil optou pelo modelo administrativo.

RE 1055941 / SP

No Brasil, vale lembrar, os relatórios já foram responsáveis por identificar inúmeros crimes, a exemplo dos desvios na obra do TRT em São Paulo, que levaram à condenação do ex-juiz Nicolau dos Santos Neto, a primeira grande operação contra lavagem de dinheiro realizada nos anos 2000 (caso "Banestado"), a identificação de indícios de lavagem de dinheiro por parlamentares no ano de 2006 (caso "Mensalão") e, mais recentemente, os seus dados foram estratégicos para o avanço das investigações no âmbito da "Operação Lava-Jato". Além disso, atuou em diversas outras operações ("Operação Calicute", "Operação Cadeia Velha", "Operação Cui Bono?", "Operação Sépsis", "Operação Furna da Onça", "SwissLeaks", "Operação Zelotes", "Operação Lama Asfáltica" e "Operação Acrônimo").

A MP n. 893, de 19 de agosto de 2019, transformou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), criado pela Lei n. 9.613/1998, na Unidade de Inteligência Financeira e a vinculou administrativamente ao Banco Central do Brasil. Todas as competências do COAF foram transferidas para a UIF.

A Unidade de Inteligência é um grande banco de dados que recebe informações dos bancos, das seguradoras, dos cartórios de registro de imóveis, de joalherias. A Unidade de Inteligência Fiscal recebe diversas informações. Recebe e produz relatórios, cruza dados, mas não abre uma investigação contra a pessoa A, contra a pessoa B, contra a pessoa C; ela não vai devassar a vida de A, B, ou C.

Na verdade, a legislação estabelece hipóteses em que obrigatoriamente a Unidade de Inteligência Financeira deve ser comunicada. São hipóteses que saem das operações normais do sistema financeiro, do sistema bancário. Alguém, por exemplo, pagou uma joia com R\$ 200.000,00 em dinheiro. Ou alguém todo dia deposita um mesmo valor em espécie. Essas informações atípicas são passadas e a Unidade de Inteligência, não só no Brasil, mas no mundo todo, vai cruzando informações, fazendo relatórios. É muito semelhante à inteligência da Abin, à inteligência do Exército, à inteligência da Polícia: recebe e cruza

RE 1055941 / SP

informações para produzir relatórios, informações. Exatamente para tentar - em português mais claro - entender como a coisa está funcionando. E não só para estabelecer na via administrativa e legislativa novos mecanismos de prevenção, mas para punir, a partir dessa troca de informações, quem está eventualmente praticando atividades ilícitas.

A partir da Recomendação 29 do Gafi (Grupo de Ação Financeira), se estabelece não só no Brasil, mas no mundo todo que adota o sistema, a possibilidade de as Unidades de Inteligência Financeira agirem não só espontaneamente, mas também em face de eventual pedido de órgão fiscalizador. Há essa dupla atuação.

Exatamente por isso que, quando a Unidade de Inteligência Financeira cruza informações, produz relatórios e verifica alguma irregularidade, ela precisa compartilhar essas informações, pois não pode quebrar o sigilo bancário e fiscal por conta própria. Ela manda para Receita e para o Ministério Público. Ela recebe a informação, trabalha a informação, cruza informações, produz relatórios e manda para os outros órgãos que, cada um com a sua competência, vai dar a destinação adequada.

Eu diria que o Brasil vem aprendendo, primeiro, no combate à corrupção, a importância da inteligência e não da força bruta, enquanto os outros países aprenderam primeiro no combate à criminalidade organizada violenta e passaram a aplicar isso para a corrupção.

Tanto de ofício quanto a pedido, a UIF só pode atuar nos seus limites legais. Se um órgão pedir uma informação, ela só pode devolver a resposta nos exatos limites que poderia realizar se fosse espontaneamente. Não pode extrapolar e nem tem poderes para isso. Não estou dizendo que ocorre, apenas para fixar que a própria atuação da UIF não se altera se a atuação é a pedido ou espontaneamente na coleta de dados. Até porque é um banco de dados preexistente. Não se pode dizer: "UIF, investigue alguém a partir de tais dados" Não. Mas: "UIF, o que você tem em relação a isso?"

O relatório de inteligência do Coaf/UIF, nos termos do Código de Processo Penal, equivale a peças de informação, as quais, assim como o

RE 1055941 / SP

inquérito policial, podem ensejar uma denúncia. Se o Ministério Público entender que há necessidade de complementação, ou instaura um PIC - Procedimento de Investigação Criminal ou requisita inquérito policial. A partir disso, estará formalizado. Agora, mesmo que queira arquivar, deve promovê-lo nos termos do Código de Processo Penal, porque qualquer peça de informação que chegar ao Ministério Público deve ter o mesmo tratamento dos relatórios de inteligência. Ou seja, autua, entende não ser crime, distribui para o juiz competente e pede a homologação do arquivamento. Do contrário, estará sendo ferido o controle jurisdicional do sistema acusatório previsto no Código de Processo Penal, pois haverá prejuízo desse controle. O próprio juiz pode entender que as informações do COAF, da UIF têm indícios de crimes. Óbvio que o juiz não poderá dar início à ação penal, mas, se for estadual, remete, pelo art. 28, ao Procurador-Geral de Justiça; se for federal, remete à Câmara. É o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, que vai decidir se aquilo tem ou não sustância para uma denúncia, só que é o Ministério Público-Instituição, não é uma pessoa ou outra. Por isso a necessidade de formalizar o procedimento.

No caso dos relatórios de inteligência financeira para fins penais, o RIF (COAF) analisa as circunstâncias de determinadas transações financeiras a partir do cruzamento de dados incompatíveis com as regras normais e regulares das operações bancárias. A diferença com o afastamento do sigilo bancário por decisão judicial é patente, pois, nesse, o centro das investigações é o titular específico das contas-correntes e, a partir dele, todos os dados, extratos e operações realizadas são trazidos ao procedimento.

Diversamente, no Relatório de Inteligência Financeira, o centro das investigações é uma ou são algumas operações anômalas, que, por regras previamente estabelecidas, fogem da normalidade e, por conseguinte, são rastreadas para a verificação de eventual ilicitude. Os relatórios de inteligência financeira são específicos e diretamente acionados a partir da realização de uma operação financeira suspeita, ou seja, são, do ponto de vista operacional, impessoais, pois sua origem não se direciona contra

RE 1055941 / SP

determinada pessoa, mas apura objetivamente específica transação financeira.

A partir do RIF, se houver necessidade de complementação das informações bancárias e fiscais por meio de uma análise genérica de “toda a movimentação financeira” de determinada pessoa, que transborde dos limites legais estabelecidos para a atuação do COAF/RIF, necessariamente haverá a obrigatoriedade de decisão judicial.

Exatamente por isso não é possível reduzir os relatórios de inteligência financeira ao repasse de dados genéricos.

Saliente-se que é permitida que a iniciativa de solicitação para o compartilhamento de dados bancários e fiscais parta do próprio Ministério Público, ao fazer a solicitação para a Unidade de Inteligência Financeira (antigo COAF) ou para a própria Receita Federal; bem como é possível, quando recebido o material informado, o órgão acusatório solicitar uma série de complementações diretamente ao COAF ou à Receita Federal, devendo ser permitido o amplo compartilhamento, para fins estritamente penais, sem a intermediação do Poder Judiciário.

A Unidade de Inteligência Financeira produz informações, não tem por finalidade produzir provas. Mas não só peças de informação de qualquer órgão, qualquer pessoa, como também de uma unidade de inteligência, eventualmente, podem ser utilizadas dentro do contraditório, pois, dependendo da informação, dependendo do que trazer, eventualmente, pode ser utilizado como prova.

Uma análise muito boa em relação ao combate à corrupção e, especificamente, ao valor probatório dos relatórios de inteligência do então Coaf, hoje Unidade de Inteligência Financeira, foi feita pelo Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, Professor Gianpaolo Smanio:

"A eficácia probatória da informação de inteligência financeira dependerá, em primeiro lugar, do seu caráter genérico ou determinado, a clareza em relação ao método como o dado foi obtido, o tipo de relação que o analista que elabora o

informe e comparece ao processo tem com os fatos. Com efeito, na medida em que a informação de inteligência revelar um fato penalmente relevante, cuja fonte da informação é conhecida, com juízo de valor também”. (FÁBIO RAMAZZINI BECHARA e GIANPAOLO POGGIO SMANIO. Ministério Público e a estratégia de investigação no Caso Lava Jato: legalidade e eficácia probatória da informação de inteligência financeira. In: Kai Ambos; Paulo de Souza Mendes; Marcos Zilli. (Org.). Corrupção. Ensaio sobre a Operação Lava Jato. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, v. 1, p. 55-91)

Parece-me que, até pela ideia de a tese ser mais minimalista, com base no compartilhamento, que é o que une a Receita com a UIF, não seria o caso de fixarmos, desde já, taxativamente o valor probante dos relatórios de inteligência. Não me parece possível afirmar taxativamente que os relatórios de inteligência seriam somente meio de obtenção de prova, porque, nas informações e dados, pode haver prova documental que foi enviada à UIF e que, deverá ser livremente valorada pelo magistrado, de acordo com sua convicção. Faço, portanto, essa ressalva.

Assim, Presidente, em relação à UIF, também entendo que é constitucional o compartilhamento pela Unidade de Inteligência Financeira dos seus relatórios com os órgãos de persecução penal, para fins criminais, não somente o Ministério Público, mas também a polícia judiciária.

VII. Conclusão.

A compatibilidade das inviolabilidades de dados e do sigilo financeiro (regra) com a efetiva, concreta e racional atuação de um sistema de inteligência financeira é constitucional e permite o compartilhamento de informações com os órgãos de persecução penal,

RE 1055941 / SP

nas hipóteses excepcionais, razoáveis e proporcionais devidamente estabelecidas em lei; sendo essencial para garantir o combate ao terrorismo, à criminalidade organizada e à corrupção

O país precisa rapidamente ampliar seus bancos de dados, ampliando a capacidade de análise dessas informações, com programas novos, computadores e algoritmos melhores, pois somente um sistema de inteligência realmente efetivo conseguirá prevenir diversas práticas ilícitas.

Diante do exposto, dou PROVIMENTO ao presente RECURSO EXTRAORDINÁRIO, cassando o Acórdão recorrido e restabelecendo a sentença condenatória de 1º grau.

Como tese, proponho:

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.

É como voto.