

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE ANÁLISE DE ATOS NORMATIVOS

NOTA TÉCNICA Nº 179 /DENOR/CGU/AGU

Brasília, 21 de dezembro de 2007.

URGENTE

I – RELATÓRIO

Com fulcro no art. 41 da L.C nº 73/93, cuida-se a presente de análise da extensão e limites a serem conferidos a disciplina concernente à requisição de dados fiscais por órgão do Ministério Público. Fundamentam a análise tópica da questão as Notas nº 200/2003 COSIT/SRF, e os Pareceres PGFN/CAT1 nº 385/2007 e PGFN/CAT nº 1443/2007, que, ao contrário da Nota da COSIT nº 200 da SRF, estabelecem como único regramento das requisições de informações fiscais sigilosas o art. 198 do CTN, quando a aquela Nota atribuía a mesma força normativa aos comandos constantes do art. 8º da Lei Complementar 75/93.

Com efeito, não obstante a vigência dos Pareceres PGFN/CAT citados, temos que não há, tendo em vista o atual entendimento jurisprudencial, como se afastar a vigência das normas constantes na LC nº 75/93 que disciplina a atuação dos membros do Ministério Público. Neste passo, analisamos a questão.

II- DO MÉRITO.

Embora despiciendo, cabe lembrar para o deslinde da questão ventilada, que o fundamento do sigilo fiscal diz respeito ao direito a privacidade da pessoa, como quer e protegeu o inciso X do art. 5º da Carta Política. Contudo, e por outro lado, igualmente cabe ressaltar que tal direito não se mostra absoluto, razão pela qual o direito a privacidade, no ponto que diz respeito aos dados fiscais teve sua conformação jurídica por normas expressas na Lei nº 5.172/66, Código Tributário Nacional. Daí se vê que a conformação legislativa do direito fundamental à privacidade está presente de forma pacífica no nosso ordenamento, e por conseguinte, não cabendo falar em preceito constitucional que não pode ser conformado pela via legislativa.

Com efeito, a disciplina jurídica do instituto do sigilo fiscal, além de atender as normas positivadas em outros dispositivos constitucionais, revelam a atenção aos princípios interpretativos da constituição, como os princípios da unidade da constituição, da concordância prática ou da harmonização, da máxima efetividade e do princípio da proporcionalidade, atende, no mesmo passo, a disciplina do legislador infra-constitucional, consubstanciado nas normas presentes tanto no Código Tributário Nacional quanto na legislação complementar regente da matéria.

Diante desse quadro, tome-se como exemplo os dispositivos na Lei Complementar nº 75/93 que disciplinam pormenorizadamente a atuação do Ministério Público da União. Destarte, consta expressamente dos §§ art. 8º, inciso VIII o poder de requisição de órgão do Ministério Público às entidades e aos órgãos que detenham informações tidas como protegidas por sigilo. Tais informações devem ser requisitadas pelos órgãos ministeriais como forma de permitir a formação da *opinio delicti*, necessária a subsidiar a ação do qual

o Ministério Público é titular, seja ação penal ou ação civil pública a seu encargo por dever constitucional. *In verbis* os dispositivos:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

§ 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

§ 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

A Nota Cosit nº 200/2003 SRF na linha de argumentação aqui ombreada, bem percebia e tinha a sensibilidade jurídica de destacar que as requisições dos órgãos do *Parquet*, atendidos os pressupostos e requisitos constantes da própria Lei Complementar a que estão sujeitos, não afrontava qualquer dispositivo constitucional, já que a vez que transferida as informações fiscais requeridas, o agente estatal estava obrigado a guardar sigilo, sob pena, como se observa do §1º do art. 8º da Lei Complementar nº 75/93, das diversas sanções legais.

Não decorre daí o que doutrina e jurisprudência insistentemente afirmam como "devassa generalizada", pois, por devassa se entende a colheita de informações sem amparo legal, franquear ao público, dar publicidade, investigar sem limites, cuja marca seja a atuação fora do princípio da legalidade.

Resta indagar se a transferência de informações fiscais na forma preconizada pelos preceptivos constantes da Lei Complementar nº 75/93 se amoldam aos ditames da chamada "interferência indevida" como asseverado pelo Min. Celso de Mello quando do julgamento do HC nº 84.758/GO:

(...) A QUEBRA DE SIGILO NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE DEVASSA INDISCRIMINADA, SOB PENA DE OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE. - A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria, ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Doutrina. Precedentes. - Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira (...)." Julg. 25.05.2006, DJU. 16.06.2006.

Ora, estando as requisições fundamentadas em causa provável de cometimentos de delitos, devidamente reduzidas a termo e consignadas em procedimento investigatório, tem-se como afastadas as preocupações relevantes tanto da doutrina quanto da jurisprudência, como a suso referida, de "devassas indiscriminadas" pois, gizando a atuação dos órgãos ministeriais aos termos da lei e, por conseguinte, atuando dentro dos marcos legais estabelecidos, legitima-se, desta feita, a sua atuação.

Interpretação diferente estaria em descompasso com o princípio da presunção de constitucionalidade das normas, e por consequência, dando um elastério a decisões judiciais, incompatíveis com tal princípio jurídico, uma vez que em nenhum momento o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucionais os comandos normativos suso

06
lis

transcritos constantes da LC nº 75/93 que autorizam a requisição pelos órgãos do Ministério Público e, da mesma forma, não o fez em relação à técnica da interpretação conforme.

Essa interpretação tem fundamento no magistério Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gonet e Inocêncio Mártires Coelho, que em lição sobre o tema lançam luzes para o perfeito deslinde da questão ao afirmar que:

“ O STF não toma a quebra do sigilo bancário como decisão integrante do domínio das matérias sob reserva de jurisdição. À lei está facultado, portando, que órgãos do Poder Público determinem a abertura dessas informações protegidas. Cobra-se, todavia, que tais decisões sejam fundamentas, apontando razões que tornem a providência necessária e proporcionada ao fim buscado. A propósito, a Lei Complementar nº 105/2001 atribui a agentes tributários no exercício do seu poder de fiscalização, o poder de requisitar informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras, independentemente de autorização judicial. A lei cerca a providência de cuidados formais, com vistas a minimizar os custos para o direito a privacidade do investigado e assegurar que esteja nítida a necessidade da medida”¹. (grifamos).

A doutrina colacionada, embora se alicerce no sigilo bancário, bem traduz, tanto pela pertinência temática, o “sigilo bancário”, quanto pelos atores envolvidos - o fisco e outros órgãos do Poder Público - , a possibilidade de conformação legislativa do direito à privacidade, tanto em relação ao sigilo bancário quanto em relação à questão aqui agitada, o sigilo fiscal.

Corolário lógico deste entendimento é de que a conformação legislativa do direito a privacidade no que toca ao sigilo fiscal não estaria restrita aos comandos normativos estatuídos no art. 198 do CTN, como faz crer os Pareceres da CAT, nºs 1385/2007 e 1443/2007, acima citados, e sim, também, a disciplina normativa como posta nos preceptivos legais do art. 8º da LC nº 75/93, justamente o entendimento anteriormente esposado na Nota Cosit/200 da SRFB.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 375.

0,7
Lm

Ultrapassado a questão da não restrição da conformação legislativa do sigilo fiscal tão somente ao Código Tributário Nacional, repise-se, por não haver declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais citados, cabe indagar sobre os diversos limites a que estão sujeitos os órgãos requisitantes, ressaltando-se, por evidenciar que o necessário respeito quanto ao resguardo do direito a privacidade não impede que haja transferência de informações fiscais a órgãos do Ministério Público, desde que atendidas as prescrições legais, como a obrigação de manter a nota de sigilosidade dos dados transferidos, dentre outros, como posto no próprio mandamento legal que dispõe sobre a possibilidade de requisição das informações fiscais, nesta linha, os ensinamentos da doutrina, que por todos, podem ser assim resumidos:

"O sigilo haverá de ser quebrado em havendo necessidade de preservar um outro valor com status constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem assim a sua efetiva necessidade – i. é, não se antever outro meio menos construtivo para alcançar o mesmo fim. O pedido de quebra do sigilo bancário ou fiscal deve estar acompanhado de prova da sua utilidade. Cumpra, portanto, que se demonstre que "a providência requerida é indispensável, que ela conduz a alguma coisa"; vale dizer, que a incursão na privacidade do investigado vence os testes da proporcionalidade por ser adequada e necessária."² (grifamos).

Desenobrecer o preceptivo legal estampado na Lei Complementar que desdobra a eficácia dos dispositivos constitucionais concernentes ao Ministério Público e conferir-lhe interpretação que lhe anule seu desiderato normativo no que toca ao sigilo fiscal estaria a impingir pecha de inconstitucionalidade não compatível na esfera administrativa, uma vez que, como dantes afirmado, o manto protetor do princípio da presunção de constitucionalidade das normas deixa claro a possibilidade de requisição de informações fiscais, nos moldes preconizados pela Lei Complementar do Ministério, art. 8º e §§, pois tais dispositivos estão em plena vigência e eficácia no ordenamento jurídico pátrio³.

² Op. Cit. P. 376.

³ José Afonso da Silva leciona sobre os princípios-jurídico constitucionais, incluindo o princípio da constitucionalidade neste princípios ao asseverar que " São princípios constitucionais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da constituição e o conseqüente

08
h
7

A desvalia que se pretende irrogar ao estatuído nos preceptivos não autoriza o entendimento de que estaria o Ministério Público impedido de requisitar as informações pretendidas quando necessárias e adequadas para se desincumbir de deveres postos na Constituição. Daí que se afigura legítima a convivência entre as normas constantes do art. 198 do Código Tributário Nacional e os preceptivos constantes dos §§ 1º e 2º do art. 8º da LC nº 75/93.

Nesta linha de raciocínio também estão as normas constantes do art. 83 da Lei nº 9.430/96 que determina a autoridade administrativa encaminhar ao Ministério Público a representação fiscal para fins penais relativamente aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990⁴, e bem como, na seara do sigilo bancário, o inciso IV do § 3º do art. 1º⁵ e o art. 9º da LC nº 105/2001⁶, que expressamente dispõe "quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos."

Destarte, cabe trazer a colação o entendimento do STF que afastou a possibilidade do Ministério Público requisitar diretamente dados bancários protegidos por sigilo, contudo, como já asseverado, não afastou a possibilidade de requisição de

princípio da constitucionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da isonomia, o princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluinte da declarações de direitos sociais (...)" in. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 21ª ed. 2002, p. 95.

⁴ Confira-se a inclusão de dispositivo no mesmo sentido pela Lei Complementar nº 104/2001 ao inciso I § 3º do art. 198 do CTN: "§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:" (AC)

"I - representações fiscais para fins penais;" (AC)

⁵ § 3º Não constitui violação do dever de sigilo: IV - a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

⁶ Art. 9º Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos.

7

dados fiscais, conquanto o decido no MS 21.729/DF cingiu-se a análise, pelo Pretório
Excelso, de requisições de dados bancários.

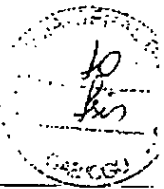
III - CONCLUSÃO

Em face do exposto, têm-se como plenamente compatíveis com a Constituição Federal os dispositivos da LC nº 75/93 que autorizam a órgãos do Ministério Público a solicitar informações fiscais quando necessárias e adequadas à formação do *opinio delicti* como posto nos preceptivos legais que regem da matéria, §§1º e 2º do art. 8º da referida Lei Complementar. Daí constitui premissa válida para o entendimento de que não somente a questão do sigilo fiscal esta disciplinada nos preceptivos constantes do art. 198 do Código Tributário Nacional, mas, e por conseguinte, por lei de igual hierarquia e em pleno vigor no ordenamento jurídico nacional, porquanto não afastada sua eficácia por nenhuma decisão judicial apta para tanto.

À consideração superior.

Rogério Marcos de Jesus Santos
Advogado da União
Mat. SIA nº 1507470
Rogério Marcos de Jesus Santos
Advogado da União

⁷ No mesmo sentido o entendimento do Min. Carlos Velloso no RECR 215301 - vazado na seguinte forma:
EMENTA: - CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido.



Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007

PROCESSO N.º 00400.007325/2007-95

INTERESSADA: PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

ASSUNTO: Solicitação do Sr. Procurador-Geral da República para que a Advocacia-Geral da União se manifestasse sobre pareceres da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Receita Federal do Brasil a respeito de transferência de sigilos.

Sr. Advogado-Geral da União,

1. Trata-se de Nota Técnica elaborada no âmbito da Consultoria-Geral da União que objetiva analisar a Nota n.º 200/2003 COSIT/SRF, da então Secretaria da Receita Federal e os Pareceres PGFN/CAT n.º 1.385/2007 e PGFN/CAT n.º 1.443/2007, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a respeito de transferência de dados protegidos por sigilo fiscal aos membros do Ministério Público Federal, à luz da Lei Complementar n.º 75, de 1993.
2. A elaboração da referida NOTA TÉCNICA Nº 179/DENOR/CGU/AGU, de fls. , de autoria do Advogado da União, Dr. Rogério Santos, responsável, também, no âmbito da Consultoria-Geral da União, pelo denso parecer que tem como objetivo o cumprimento por esta Advocacia-Geral da União das Metas n.º 9 e 10 do ENCCLA para o ano de 2007, foi motivada por determinação de V.ª Ex.ª em face de solicitação do Exm.º Sr. Procurador-Geral da República.
3. A solicitação do Procurador-Geral da República teve como propulsor recentes manifestações da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, veiculadas por intermédio dos pareceres anteriormente mencionados, que alteram o entendimento até então adotado pela Receita Federal do Brasil de que aos membros do Ministério Público Federal, à luz do que dispõe o art. 8º da Lei Complementar n.º 75, de 1993, seria facultado o acesso a dados protegidos por sigilo fiscal.
4. Estou de acordo com as conclusões da NOTA TÉCNICA Nº 179/DENOR/CGU/AGU no sentido de que é perfeitamente compatível a disciplina contida no art. 198 do Código Tributário Nacional com as disposições do art. 8º da Lei Complementar n.º 75, de 1993, no sentido de ser permitido o acesso aos membros do Ministério Público, nos precisos limites da Lei, aos dados sigilosos encontrados em órgãos e entidades da administração pública.



5. Destaco que a NOTA, ao mencionar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sustenta que não há interpretação dessa Corte no sentido de vedar acesso aos dados protegidos pelo sigilo fiscal. A vedação expressa que se extrai de alguns julgados diz com o acesso a dados protegidos por sigilo bancário.
6. Essa interpretação dá consequência ao contido no § 2º do art. 8º da Lei Complementar em tela que dispõe, *litteris*:

Art. 8º

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

7. Registre-se, ainda, a previsão de responsabilização do membro do Ministério Público pelo uso indevido das informações que solicitar, consoante o § 1º do art. 8º da LC nº 75, de 1993, *verbis*:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

- I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;*
- II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;*
- III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;*
- IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;*
- V - realizar inspeções e diligências investigatórias;*
- VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;*
- VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;*
- VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;*
- IX - requisitar o auxílio de força policial.*

§ 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal. (grifei)

8. Tal interpretação parece a mais razoável e promove, de forma equilibrada, o temperamento na solução de suposta colisão de direitos fundamentais, de um lado o direito à privacidade tutelado pelo art. 5º inciso X da CF e, de outro, a vida, a moralidade pública, o patrimônio público e os outros direitos previstos no texto constitucional, submetidos à vigilância do Ministério Público, *ex vi* do art. 129 da CF, em especial, do contido no inciso II desse dispositivo.
9. Assim, Sr. Advogado-Geral, desde que a requisição de informações protegidas por sigilo fiscal demonstre-se fundamentada, adequada à consecução dos fins colimados, inexistentes outros mecanismos menos gravosos ao cidadão, não há que se opor reserva ao Ministério Público, tendo presente a possibilidade legal de responsabilização de seus membros no caso de seu uso indevido.

12
Bis

10. Caso V. Exª acolha o presente Despacho, sugiro seu encaminhamento, acompanhado da NOTA TÉCNICA Nº 179/DENOR/CGU/AGU, ao Sr. Procurador-Geral da República, ao Exmº Sr. Ministro da Fazenda e ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional determinando a esse último, como órgão de direção superior da AGU, que observe o entendimento fixado pelo Advogado-Geral da União, nos precisos termos do art. 4º, incisos X e XI da Lei Complementar nº 73, de 1993.

À consideração.

Brasília, 21 de dezembro de 2007.

RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR
CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO

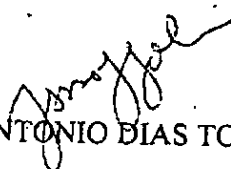
DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REFERÊNCIA: Processo nº 00400.007325/2007-95

Aprovo, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 428/2007, a
NOTA TÉCNICA Nº 179/DENOR/CGU/AGU.

Encaminhem-se cópia da Nota e do Despacho mencionados ao Exmo. Sr.
Procurador-Geral da República, ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Fazenda e ao Procurador-
Geral da Fazenda Nacional, solicitando a esse último que observe a orientação exarada no
item 10 do Despacho.

Em 27 de dezembro de 2007.


JOSE ANTONIO DIAS TOFFOLI