

Do Combate aos Crimes Financeiros e Tributários

SINGELAS CONTRIBUIÇÕES PARA A REFORMA TRIBUTÁRIA

Coordenadores: Ives Gandra da Silva Martins e James Lins

Antônio Ernani Pedroso Calhao
Barbara Pivotto Cabrera Mano
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho
Carlos Roberto Nascimento Junior
Claudio Joel Brito Lóssio
Edison Carlos Fernandes
Fausto Martin De Sanctis
Hécio Honda
Helom César da Silva Nunes
Heleno Taveira Torres

Ives Gandra da Silva Martins
James Lins
João Bosco Coelho Pasin
Marilene Talarico Martins Rodrigues
Maurilio Casas Maia
Otávio Gomes Figueiró
Renata Fonseca de Andrade
Renata Souza Rocha
Ricardo Antunes Silva

DO COMBATE AOS CRIMES FINANCEIROS E TRIBUTÁRIOS SINGELAS CONTRIBUIÇÕES PARA A REFORMA TRIBUTÁRIA

© Almedina, 2022

COORDENADORES: Ives Gandra da Silva Martins e James Henrique Lins Santos

DIRETOR ALMEDINA BRASIL: Rodrigo Menez

EDITORA JURÍDICA: Manuella Santos de Castro

EDITOR DE DESENVOLVIMENTO: Aurélio Cesar Nogueira

ASSISTENTES EDITORIAIS: Isabela Leite e Larissa Nogueira

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 9786556274614

Fevereiro, 2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Do combate aos crimes financeiros e tributários :
singelas contribuições para a reforma tributária / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins,
James Henrique Lins Santos. -- São Paulo : Almedina, 2022.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5627-461-4

1. Crime fiscal 2. Crime fiscal - Brasil 3. Direito processual penal - Brasil
4. Persecução penal - Brasil 5. Processo penal I. Martins, Ives Gandra da Silva.
II. Santos, James Henrique Lins.

22-97807

CDU-343.1(81)

Índices para catálogo sistemático:

I Brasil : Direito processual penal 3-43.1(81)

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860. Conj. 131 e 132. Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil

editora@almedina.com.br

www.almedina.com.br

REFLEXÕES ACERCA DO VAZAMENTO DE INFORMAÇÕES

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS ¹

Introdução

Desde o momento em que, no Brasil, descobriram-se os fantásticos desvios de recursos dos contribuintes colocados na administração direta e indireta do Governo Federal, pela denominada Operação Lava Jato, tem-se discutido o papel do Ministério Público e os constantes vazamentos de informações que deveriam ser mantidas em sigilo e que chegam à imprensa muito antes de os próprios investigados terem conhecimento. Com isso, as detenções provisórias ou preventivas são feitas com uma espetacularização apenas vista nos grandes acontecimentos artísticos ou esportivos².

Antes de qualquer cidadão ser preso, tem, por estes constantes vazamentos, sua vida pessoal desventrada para o público, que forma sua opinião à luz de reportagens, por força de tais informações veiculadas. Este reiterado comportamento oferta a nítida impressão de que os acusadores

¹ Agradeço a contribuição de minha Assistente Ana Regina Campos de Sica, que resgatou textos meus, auxiliando-me na elaboração do presente artigo.

² “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 ascultar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. (...)” (HC 84.758, rel. min. Celso de Meio, j. 25-5-2006, P, DJ de 16-6-2006).

públicos adotam-no para ter a pressão popular a seu favor, nos julgamentos que decorrerão de seus pedidos de investigação ou denúncias feitas³.

Se me perguntarem o que penso da denominada operação Lava Jato, – que trouxe ao conhecimento popular o mais sofisticado esquema de concussão, corrupção, peculato, desvio de recursos públicos, lavagem de dinheiro, enriquecimento ilícito, imoralidade administrativa, aeticidade pública e privada e uma série de outros crimes –, minha resposta será que, como cidadão, alegrou-me ver o país sendo passado a limpo, apoiando a reação popular de repúdio a tal cultura do assalto às contas públicas perpetrada por tanto tempo.

Outra não foi a razão de fragorosa derrota do Governo anterior nas eleições, o qual pagou o preço de ter assistido, voluntária ou involuntariamente, a tal desfiguração de costumes políticos e à fragilização das finanças públicas para acobertar desvios de recursos da administração pública direta e indireta.

Por outro lado, como modesto jurista e velho professor universitário, embora realce minha admiração pelo bem feito trabalho de apresentação de provas e das decisões judiciais nas diversas instâncias, não posso deixar de criticar os repetidos abusos das autoridades acusatórias e o permanente pisotear do direito de defesa, que nunca esteve em igualdade de condições no patrocínio de direitos dos cidadãos acusados perante o Estado⁴.

³ O inciso XIV do art. 5º da CF, com o que a imprensa não é obrigada a dizer de onde recebeu a informação, tem a seguinte dicção:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

⁴ Coordenei, com Marcos da Costa, o livro “A importância do direito de defesa para a democracia e a cidadania” (Ed. OAB-Conselho Federal/OAB-São Paulo, Brasília, 2017), com a colaboração dos seguintes autores Marcos da Costa, Ives Gandra da Silva Martins, Cláudio Pacheco Prates Lamachia, José Bernardo Cabral, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, René Ariel Dotti, Luiz Flávio Borges D’Urso, Arnoldo Wald, Américo Masset Lacombe, Alberto Zacharias Toron, Samantha Ribeiuro Meyer-Plug Marques, Ruy Martins Altenfelder Silva, Regina Beatriz Tavares da Silva, Tales Castelo Branco, KiyoshiHarada, DircêoTorrecilhas Ramos, Marilene Talarico Martins Rodrigues, Lênio Luiz Streck, Angela Vidal Gandra da Silva OMartins, Ana Regina Campos de Sica, Mauricio Ávila Prazak, Leonardo Rodrigues Garbin, Pierpaolo Cruz Bottini, Marco Aurélio Florêncio Filho e Juliana Abrusio, Cristiano Ávila Maronna, Elias Mattar Assad, Carmen Silvia Valio de Araujo Martins, Fernanda Marinela e Tatiany Ramalho, Fábio ToficSimantob, Roberta de Amorim Dutra, Ricardo Breier e Ricardo

Em matéria tributária, tais abusos tornam-se mais evidentes na medida em que a legislação proíbe compartilhamento de dados com outras autoridades que não a fiscalização, únicas que podem gerar autos de infração⁵. É, pois, o que passo a demonstrar.

1. Da previsão constitucional

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 5º, inciso XII, inviolabilidade do sigilo de dados, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas

Luiz de Todedo Santos Filho, grande parte deles tecendo críticas ao tratamento desigual do Poder Judiciário aos advogados perante os procuradores federais.

⁵ Em estudo publicado no Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (vol. LXXVII, Coimbra, 2001, p. 457/458) escrevi:

“A solução brasileira foi sempre a mais correta. Para evitar-se o arbitrio fiscal ou a sonegação fiscal acobertada pelo sigilo bancário, cabe a uma autoridade neutra definir se há ou não possibilidade de quebra, ou seja, a autoridade judicial. O Ministro Maurício Corrêa, com propriedade, levantou jurisprudência a respeito, que transcrevo:

“A jurisprudência desta Corte, consolidada e cristalizada a partir do julgamento dos citados MS nº 1.047-SP e nº 1.959-DF é rica em precedentes que nunca deixaram de entender que o sigilo bancário é um direito individual não absoluto, podendo ser rompido somente em casos especiais onde há prevalência do interesse público e, mesmo assim, por determinação judicial. Além dos dois citados, anoto os seguintes precedentes que, de alguma forma, abordam o tema: RHC nº 31.611, Rel. designado Min. AFRÂNIO COSTA, j. em 25/07/51, in DJU de 28/09/53, pág. 2.880 (apenso ao nº 222); MS nº 2.172, Rel. Min. NELSON HUNGRIA, j. em 10/07/53, in DJU de 05/01/54; RMS nº 2.574 MG, Rel. Min. VILLAS BOAS, j. em 08/07/57, in RTJ 2/429; RMS n. 9.057-MG, Rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, j. em 13/09/61, in RTJ. 20/84; RMS nº 15.925-GB, Rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, J., em 20/05/66, in RTJ 37/373; AG nº 40.883-GB, Rel. Min. HERMES LIMA, j. em 10/ 11 /67, in, DJU de 06/03/68; RE nº 71.640-BA, Rel. Min. DJACI FALCÃO, j. em 17/09/71, in RTJ 59/571; nº 82.700-SP, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, J. em 11/11/75., RTJ 76/655; MS nº 21.172-AM, Rel. Min. SOARES NUNNOS, j. 27/09/78, in DJU de 20/10/ 78; RE nº 94608SP, Rel. CORDEIRO GUERRA, j. em 06/04/84, in RTJ 110/196; AG (AgRg) nº 115.469-1/SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER, j. em 28/11/86, in DJU de 12/12/86; HC nº 66.284-MG, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, j. em 24/05/88, in RTJ 127/891; HCnº 67.913-SP, rel, p/o ac. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 16/10/90, in. RTJ 134/309; PET nº 577 (Questão de Ordem) – SP, rel. Mm. CARLOS VELLOSO, j. em 25/03/92. in RTJ 148/366; AGRINQ nº 897, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. em 23/11/ /94, in DJU de 24/ 10//95”.

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996) (...)”⁶.

Celso Bastos, ao comentar o dispositivo, declarou que:

“O atual Texto procurou encontrar uma forma de não tolher de maneira absoluta a utilização de meios que importem na violação correspondência. Parece haver mesmo muitas hipóteses em que o interesse social sobreleva ao particular. É assim que o Texto acaba por permitir a violação da correspondência em sentido amplo, mas exige a satisfação prévia de quatro requisitos:

Em primeiro lugar, é necessário estar diante de urna comunicação telefônica. Para as demais formas comunicativas, a Constituição não abre qualquer ressalva.

A seguir faz-se mister a existência de ordem judicial. Há urna reserva, portanto, jurisdicional quanto à expedição da ordem autorizadora da violação.

Em terceiro lugar, cumpre que ocorram algumas das hipóteses e se obedeça à forma descrita em lei. Há, pois, uma reserva legislativa quanto à definição dos casos e das situações que ensejarão a quebra do sigilo, além de também à lei estar deferida a competência para ditar o modus operandi.

Cumpra dizer que a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamenta o inciso constitucional sob comento. Segundo o disposto em seu art. 1º, “a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça. Parágrafo único, O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

E, em quarto e último lugar, a Constituição traça os fins em vista dos quais a ruptura do sigilo é consentida: investigação criminal e instrução processual. E preciso, pois, que haja necessidade ao menos de uma medida policial de cunho investigatório.

Pode também ensejar a quebra de sigilo a necessidade de instruir um processo”⁷.

Este direito é, de rigor, uma cláusula pétrea, por força do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Lei Suprema, cujo discurso segue:

⁶ Consoante dispõe o inciso XII do art. 5 da CF, mostra-se inadequado o compartilhamento de prova que, no campo da exceção –afastamento da privacidade–, implicou interceptação telefônica determinada por órgão judicial e para efeito específico, ou seja, investigação criminal ou instrução processual penal (Inq. 3.014 AgR., rel. Min. Marco Aurélio, j. 13/12/2012, p., DJE. de 23/09/2013).

⁷ Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins. Ed. Saraiva, São Paulo, p. 81/82.

“Art. 60. (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...) IV – os direitos e garantias individuais.

(...)”⁸.

Ainda assim, tem-se admitido que decisão judicial possa quebrar o referido sigilo, não obstante o fato de a lei suprema só falar em quebra das interceptações telefônicas. Temos, ainda, leis infraconstitucionais determinando quebras de sigilo bancário, em determinadas circunstâncias, **sem autorização judicial, desde que não sejam compartilhadas as informações.**

Neste tocante, Miguel Reale e eu escrevemos um estudo para Revista Jurídica da Universidade de Coimbra, a propósito da Lei Complementar nº 105/04, que admitiu tal quebra, mesmo sem autorização. Os Ministros da Suprema Corte, todavia, admitiram a quebra, realçando que ela não poderia ser compartilhada, senão internamente, nas repartições fiscais⁹.

⁸ Comentei-o:

“Os direitos e garantias individuais conformam uma norma p treua. Não são eles apenas os que estão no artigo 5 , mas, como determina o § 2  do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de uma implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores.

Tem-se discutido se, de rigor, toda a Constitui o não seria um feixe de direitos e garantias individuais, na medida em que o próprio Estado deve assegurá-lo e sua preserva o, de rigor,   um direito e uma garantia individual. Toda a Constitui o não faz se não garantir direitos individuais, que decorrem, necessariamente, da existência do poder assecuratório (Judiciário), Legislativo (produ o de leis), Executivo (executá-las a favor do cidadão).

Por esta teoria, a Constitui o seria imodificável, visto que direta ou indiretamente tudo estaria voltado aos direitos e garantias individuais

Tal formula o, todavia, peca pela própria formula o do artigo, visto que se os organismos produtores, executores e assecuratórios do Direito representassem forma indireta de permanência dos direitos e garantias individuais,   evidência, todo o resto do artigo 60 seria desnecessário em face da imodificabilidade da lei suprema. O conflito fala por si só para eliminar a procedência dos argumentos dos que assim pensam. Em posi o diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional --e apenas nele-- afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veicula o infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, àqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele” (Comentários   Constitui o do Brasil, 4  vol. tomo I, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. Ed. Saraiva, 1999, p. 413/415).

⁹ Destaco de estudo do Professor Miguel Reale e meu (Controle concentrado de constitucionalidade de ato normativo emanado do Poder Executivo – Revista Temas de

Integração. nº 15 e 16, Almedina, Coimbra, 2003, Separata, p. 47/48), sobre compartilhamento de informações bancárias com o Ministério Público o seguinte trecho:

“Assim, exceção às CPJs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Lei Maior, quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade independente de autorização judicial, a pretexto de fazer prevalecer o interesse público, “máxime” quando não têm o dever de imparcialidade por serem PARTE na relação mantida com o particular.

Por tais fundamentos, o Supremo Tribunal Federal negou ao Ministério Público o poder de quebrar o sigilo bancário independente de autorização judicial, no RE 215.301-0/CE, com base em lapidar voto do Ministro Carlos Velloso, de que se destaca o seguinte trecho:

“Pode o Ministério Público, portanto, presentes as normas do inc. VIII, do art. 129 da C.F., requisitar diligências investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial.

Ora, no citado inc. VIII, do art. 129, da C.F., não está escrito que poderia o órgão do Ministério Público requerer, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de alguém. E se considerarmos que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade que a Constituição consagra, o art. 5º, inc. X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria a ação do Ministério Público para requerer, diretamente, sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.

No voto que proferi na Petição 577-DF, caso Magri, dissertei a respeito do tema (RTJ 148/366), asseverando que o direito ao sigilo bancário não é, na verdade, um direito absoluto – não há, aliás, direitos absolutos – devendo ceder, é certo, diante do interesse público, diante do interesse social, diante do interesse da justiça, conforme, esclareça-se, tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Todavia, deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem “status” constitucional, que a quebra não pode ser feita por quem não tem o dever de imparcialidade. Somente a autoridade judiciária, que tem o dever de ser imparcial, por isso mesmo procederá com cautela, com prudência e com moderação, é que, provocada pelo Ministério Público, poderá autorizar a quebra do sigilo. O Ministério Público, por mais importantes que sejam as suas funções, não tem obrigação de ser imparcial. Sendo parte – advogado da sociedade – a parcialidade lhe é inerente. Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente à privacidade, que é garantido pela Constituição? Lembrome de que, no antigo Tribunal Federal de Recursos, um dos seus mais eminentes membros costumava afirmar que “o erro do juiz o tribunal pode corrigir, mas quem corrigirá o erro do Ministério Público?” Há órgãos e órgãos do Ministério Público, que agem individualmente, alguns, até, comprometidos com o poder político. O que não poderia ocorrer, indago, com o direito de muitos, por esses Brasis, se o direito das pessoas ao sigilo bancário pudesse ser quebrado sem maior cautela, sem a interferência da autoridade judiciária, por representantes do Ministério Público, que agem individualmente, fora do devido processo legal e que não têm os seus atos controlados mediante recursos?”(grifos nossos).

Aliás, sublinha a Suprema Corte que, mesmo o Judiciário há de agir com extrema moderação, ao autorizar a providência excepcional de ruptura da esfera de privacidade individual – o que se impõe, também, à quebra de sigilo determinada pela CPI – fazendo- exclusivamente se: a) existirem pelo menos elementos mínimos a indicar a possibilidade de prática delituosa, de sua autoria e materialidade; b) a medida for pertinente para atender ao interesse público e c) se não houver outro meio para revelar a verdade material”.

2. Da previsão infraconstitucional

De rigor, o sigilo que as autoridades fiscais devem guardar, decorre dos artigos 198 e 199 do CTN, lembrando que as exceções da própria lei são, claramente, exceções “*interna corporis*”, cuja dicção é a seguinte:

“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. (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)”¹⁰

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

§ 3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a: (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

I – representações fiscais para fins penais; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

III – parcelamento ou moratória. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

¹⁰ Ricardo Abdul Nour comenta:

“O agente da Administração pode e deve tomar conhecimento do patrimônio e situação econômica do contribuinte, contudo as informações que obtém devem ficar restritas ao âmbito de divulgação traçado pela lei.

Se de um lado o Código Tributário Nacional preceitua o sigilo profissional (no polo passivo da obrigação tributária), de outro, também o faz quanto ao sigilo funcional (no polo ativo).

As informações obtidas no perfeito desempenho da função fiscal não estão sob a égide do princípio da publicidade do art. 52, XXXIII, da CF/88, portanto não são de interesse coletivo ou geral.” (Comentários ao CTN, 6ª. ed., coordenação Ives Gandra da Silva Martins, volume 2, Ed. Saraiva, 2011, p. 659).

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)”¹¹,

Assim é que o “*caput*” do artigo proíbe aos servidores públicos e à Fazenda a divulgação de dados obtidos em razão de ofício. As exceções referem-se a:

1. Existência de autorização judicial impondo a divulgação;
2. Solicitação de autoridade administrativa **após** instauração do processo administrativo, para investigação de prática de infração administrativa.

É de lembrar que este próprio intercâmbio entre as autoridades da Administração Pública – não do Judiciário ou Legislativo– determinado pelo § 2º do artigo 198, impõe a guarda de sigilo.

O § 3º, por outro lado, permite para fins penais a divulgação de informações relativas ao contribuinte, como também a própria inscrição da dívida ou a concessão de parcelamento em moratória¹².

¹¹ Maria Helena Rau de Souza, citando Hugo de Brito Machado esclarece:

“A propósito do tema, leciona Hugo de Brito Machado: “A proibição se dirige à Fazenda Pública, vale dizer, à pessoa jurídica de Direito público, e também a seus funcionários. Violada a proibição, responde a Fazenda Pública civilmente. E obrigada a indenizar os danos que por ventura a divulgação venha causar, e pode agir regressivamente contra o funcionário, se houver dolo ou culpa (leste (Constituição Federal, art. 37, § 6º). Já o funcionário, além de responder civilmente perante a Fazenda Pública, que, como se disse, pode acioná-lo regressivamente, tem ainda a responsabilidade criminal, posto que o Código Penal, no capítulo em que cuida dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral, considera crime “revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação” (Código Penal brasileiro, art. 325)” (ob. cit., infra, p. 171). De referir, ainda, que, dependendo das circunstâncias, a quebra do segredo funcional poderá configurar crime de excesso de exação (art. 316, § 1º do Código Penal)” (Código Tributário Nacional comentado, coordenador Wladimir Passos de Freitas, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 760) (grifos não constantes do texto).

¹² É de se lembrar que a obrigação tributária definida pelo artigo 113 do CTN como: *“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.*

Tais dispositivos decorrem de lei com eficácia de lei complementar, que, por outro lado, só considera a existência de um crédito constituído definitivamente após o encerramento de processo administrativo, nos termos dos artigos 142 e 145¹³.

A própria expressão “**constituição definitiva do crédito**” está no artigo 174, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II – pelo protesto judicial;

III – por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

*IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor” (grifos meus)*¹⁴.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

A obrigação só se torna crédito tributário com a explicitação do artigo 139, assim disposto:

“Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”.

¹³ Os artigos 142 e 145 têm a seguinte dicção:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

II – recurso de ofício;

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149”.

¹⁴ O Centro de Extensão Universitária-CEU/Escola de Direito, nos seus Simpósios I a XXI cuidou do tema Decadência e Prescrição, tendo publicado dois livros com a colaboração dos seguintes autores:

1) Caderno de Pesquisas Tributárias volume I – DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO (Ed. CEU/Resenha Tributária, São Paulo, 3ª. tiragem. 1991).

Ora, para fins penais, apenas após a constituição do crédito definitivo pode o Fisco informar as autoridades acusatórias para instauração do processo penal, visto que, antes de completar-se o lançamento, não há como caracterizar crime tributário, à falta de crédito constituído definitivamente.

É que não seria razoável alguém ser considerado criminoso por crime tributário, no âmbito do Judiciário, e ser absolvido, no âmbito administrativo por não ter cometido ilícito algum. É como se a vítima de um homicídio assistisse, em sessão do Tribunal de Júri, a condenação de seu assassino, apesar de estar viva.

Tal entendimento mostra que as exceções dos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 198 não permitem que haja vazamento de qualquer informação obtida de ofício para outras áreas do poder público além do Erário ou para entidades privadas¹⁵.

– Autores: Aires Fernandino Barreto, Bernardo Ribeiro De Moraes, Carlos Da Rocha Guimarães, Edvaldo Brito, Fábio Fanucchi, Francisco De Assis Praxedes, Ives Gandra Da Silva Martins, José Carlos Graça Wagner, Leonel De Andrade Velloso, Noé Winkler, Paulo De Barros Carvalho, Rafael Moreno Rodrigues, Roberto Oscar Freytes, Rubens Approbato Machado, Sebastião De Oliveira Lima E Ylves José De Miranda Guimarães;

2) PESQUISAS TRIBUTARIAS – Nova Série – n. 13 – DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO (Coed. CEU/Revista dos Tribunais, 2007).

Autores: André L. Costa-Corrêa / Carlos Henrique Abrão / Edison Carlos Fernandes / Eduardo Junqueira Coelho / Fátima Fernandes Rodrigues de Souza / Fernanda Guimarães Hernandez / Hugo de Brito Machado / Hugo de Brito Machado Segundo / Humberto Martins / Ives Gandra da Silva Martins / Jorge de Oliveira Vargas / José Eduardo Soares de Melo / Kiyoshi Harada / Leonardo de Faria Galiano / Marilene Talarico Martins Rodrigues / Octavio Campos Fischer / Ricardo Lobo Torres / Sacha Calmon Navarro Coelho / Schubert de Farias Machado e Vittorio Cassone.

¹⁵ O CEU – CENTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA/ESCOLA DE DIREITO, em seu XXII Simpósio de Direito Tributário cuidou do tema “CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA” com a edição do livro PESQUISAS TRIBUTÁRIAS – NOVA SÉRIE I (coed. CEU-Escola de Direito e Ed. Revista dos Tribunais, 4ª. ed. Atualizada, São Paulo, 2002), escrito pelos seguintes autores: AntheroLopérgolo – Antonio Manoel Gonçalves – Aristides Junqueira Alvarenga – Aurélio Pitanga Seixas Filho – Cecília Maria Marcondes Hamati – Celso Ribeiro Bastos – Dejalma de Campos – Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo – Francisco de Assis Alves – Gabriel Lacerda Troianelli – Gilberto de Ulhôa Canto – Gustavo Miguez de Mello – Hugo de Brito Machado – Ives Gandra da Silva Martins – João Mestieri – José Eduardo Soares de Meio – José Maurício Conti – Luiz Antonio Caldeira Miretti – Luiz Felipe Gonçalves de Carvalho – Márcia Regina Machado Mela ré – Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco Soares – Marilene Talarico Martins Rodrigues – Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – Pedro Luís do Amaral Marino – Plínio José Marafon – Rafael Atalla Mediria – Raquel

Mais do que isto: o próprio Código Penal, nos arts. 153 e 154, impede qualquer divulgação, lembrando-se que a Lei 13.709 de 14/09/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) impõe rigoroso sistema de controle de dados, com preservação do princípio constitucional do sigilo a ser mantida pelas autoridades, em mais de 65 artigos, muito embora alguns vetados pela presidência¹⁶.

Tais considerações são para justificar, não só meu inconformismo de velho professor, como a minha repulsa a ver tratado qualquer cidadão, por mais culpado que seja, sem a dignidade que os constituintes desejaram fosse o atributo maior resguardado pela Constituição brasileira.

3. Sobre a imprensa

Sabemos que a imprensa, embora necessária – diria mesmo imprescindível para o arejamento de todas as democracias –, tem maior visibilidade nas crises e nas exceções, como dizia respeitado jornalista brasileiro.

Mark Twain, com sua ironia permanente, dizia que o papel da imprensa é “separar o joio do trigo e publicar o joio”. A que acrescento: “porque trigo não vende jornal”.

Lembro a história de um jornalista do “*New York Times*”, na primeira metade do século XX – quando os repórteres saíam pelas ruas à busca de

Elita Alves Preto Villa Real – Rubens Approbato Machado – Vittorio Cassone – Wagner Balera e Yoshiaki Ichihara.

¹⁶ Os artigos 153 e 154 do Código Penal estão assim veiculados:

“Art. 153 – Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º Somente se procede mediante representação. (Parágrafo único renumerado pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 1º-A. Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

§ 2º Quando resultar prejuízo para a Administração Pública, a ação penal será incondicionada. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Violação do segredo profissional

Art. 154 – Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único – Somente se procede mediante representação.

Invasão de dispositivo informático (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência”.

notícias, que, ao voltar cansado no fim do dia, disse a um editor: “Infelizmente, só tenho más notícias”. Perguntado por quê?, respondeu: “Porque todas as notícias são boas”¹⁷.

À evidência, quando tudo vai bem, o leitor interessa-se pouco pelos jornais, mas quando há crise de qualquer natureza, quer colocar-se a par por mera curiosidade, medo de ser por ela atingido ou acompanhar simplesmente os acontecimentos.

Ora, exatamente por ser esta a característica maior da imprensa, uma frase mal colocada por uma personalidade pública vale mais, para manchete de qualquer jornal, do que a melhor exposição sobre um problema determinado.

E, por outro lado, uma manchete de jornal pode destruir reputações. Não se pode esquecer o que a imprensa fez com os donos da “Escola de Base”, com manchetes colhidas com pessoas interessadas em denegrir seus dirigentes, e que se revelaram falsas¹⁸.

Esta é a razão pela qual, o CTN e o Código Penal impõem sigilo, sendo profundamente aéticos os ilegais vazamentos, que constituem crime, objetivando ter o apoio popular a qualquer acusação do “*parquet*”.

Infelizmente, até hoje não houve adequada investigação de todos os vazamentos para todas as prisões provisórias e preventivas, que levaram jornalistas a ter informações negadas aos advogados dos acusados, mesmo após as prisões.

¹⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, embora reconheça a importância do sigilo da fonte para os jornalistas lembra que:

“Sigilo de fonte. Tem-se aqui uma espécie de segredo profissional. É o segredo profissional do especialista de comunicação social em relação à fonte que lhe ministrou alguma informação. O sigilo de fonte é sem dúvida conveniente para que haja maior possibilidade de acesso à informação por parte dos comunicadores. Entretanto esse sigilo não pode ser absoluto, cedendo lugar a exceções na forma da lei, como exceções há em relação a outras espécies de segredo profissional.” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume I. Ed. Saraiva, São Paulo, 3ª. ed., 2000, p. 39).

¹⁸ Não sem razão o artigo 1º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (13.853/19) declara que:

“Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)”.

4. Sobre o *parquet*

Tenho defendido que o processo investigatório pré judicial é de responsabilidade dos delegados de polícia de carreira, e não por membros do Ministério Público, conforme determina o § 1º, inciso IV e o § 4º do artigo 144 da CF/88 assim redigido:

“Art. 144.

§ 4º *Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”,*

“Art. 144.

§ 1º *A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
.....” (grifos meus)..*

No âmbito da Polícia, subordinada ao Poder Judiciário, é ao delegado de carreira que competem as funções de apurar infrações penais – e não o promotor ou procurador – pois é ele a autoridade neutra e não aquela que, na dúvida, deva acusar.

Determina a CF que duas são as funções essenciais à administração da Justiça: a do Ministério Público (art. 127 a 132) e a da Advocacia (art. 133 a 135)¹⁹.

Ora, a meu ver, nos termos da Constituição, não pode o membro do Ministério Público presidir um inquérito, visto que não pode atuar, imparcialmente, autoridade que será, necessariamente, parte, e, na dúvida, não pode deixar de acusar para não ser considerada desidiosa no exercício de suas funções.

Por outro lado, por não ser Poder, à evidência, o MP depende, em suas denúncias ou acusações, de autorização judicial, não devendo, a meu ver, jamais, permitir que a imprensa seja avisada de diligências que serão realizadas, antes das partes, numa quebra de sigilo que viola a privacidade das pessoas.

¹⁹ O título do Capítulo IV da CF é “DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA”.

Conclusões

Por todo o exposto no decorrer deste artigo entendo que a Constituição Federal e o CTN não permitem compartilhamento de informações sigilosas obtidas em dever de ofício e todas as exceções dizem respeito às próprias autoridades fiscais. Sendo assim, antes do fim do processo administrativo, não pode haver compartilhamento com o público ou o Ministério Público.

Significa dizer que a autoridade fiscal apenas pode obter, segundo a Suprema Corte, informação de ofício junto ao sistema financeiro para seu uso na função fiscalizatória; não para transmiti-la, antes do fim do processo administrativo, para qualquer outra autoridade não fiscal.

O Ministério Público, por sua vez, apenas pode acionar um contribuinte, após a constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, com o término do processo administrativo, não lhe sendo facultativo o vazamento de informações de prisões preventivas ou provisórias à imprensa, antes de consumadas as diligências, por serem sigilosas e atentarem contra o direito de defesa, sob pena de tais vazamentos serem ilegais e constituírem crime.

Ora, a privacidade dos cidadãos e o sigilo de dados só pode ser quebrado em havendo autorização judicial e as prisões provisórias e preventivas só devem ser decretadas em casos excepcionais, com a preservação da imagem do acusado. Sendo assim, a banalização de tais prisões com os holofotes da imprensa acompanhando-as, fragilizam o estado democrático de direito e seu principal fundamento: o direito de defesa, que só existe nas democracias.

Apesar de saber que o Poder Judiciário e o Ministério Público tendem a interpretar o direito de forma diferente daquela por mim exposta neste trabalho, não tenho porque modificar minha inteligência a estes direitos fundamentais daquela pessoa, cidadão ou residente, que vive no país.

Tendo participado de audiências públicas durante o processo constituinte e comentado a Constituição com o saudoso professor Celso Bastos em 15 volumes pela Editora Saraiva, estou firmemente convencido de que o Constituinte criou duas balizas essenciais para a democracia brasileira representadas pela harmonia e independência dos Poderes e pelo rol de direitos da pessoa humana.

Fragilizar tais estruturas é fragilizar a própria democracia do país, razão pela qual prefiro, aos 86 anos, continuar prestigiando o que foi decidido na Constituinte e não o consequencialismo jurídico que começa a impregnar a atuação dos operadores de direito no Brasil.