



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO TRIBUTÁRIO

GLEIDIANNE SILVEIRA COSTA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO
POR PARTE DO FISCO

Salvador
2017

GLEIDIANNE SILVEIRA COSTA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO POR
PARTE DO FISCO**

Monografia apresentada ao curso de pós
graduação em Direito Tributário da Faculdade
Baiana de Direito.

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

GLEIDIANNE SILVEIRA COSTA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO POR PARTE DO FISCO

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Direito Tributário, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____
Titulação _____ e
instituição: _____

Nome: _____
Titulação _____ e
instituição: _____

Nome: _____
Titulação _____ e
instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

RESUMO

O presente estudo monográfico tem por finalidade a análise da legalidade da Lei Complementar 105/2001, pois a partir dessa lei, a Administração Tributária pôde obter diretamente alguns dados bancários dos contribuintes, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário. Para tanto, foi realizada uma análise minuciosa dos argumentos contrários a possibilidade de quebra do sigilo bancário, o qual violaria preceitos constitucionais. Posteriormente o estudo propõe uma análise dos argumentos favoráveis quebra do sigilo bancário aduzindo que a obrigação de pagar tributos, bem como de informar ao Fisco todos os dados pessoais e patrimoniais necessários ao perfazimento dessas contribuições, apesar de desagradável no decorrer de todos os tempos, encontra relevância e fundamento na própria ideia de contrato social, oferecendo um papel social de justiça distributiva. Será abordado, ainda, os critérios que obrigatoriamente deverão ser seguidos para que não haja nulidade no procedimento fiscalizatório. Analisado esses aspectos, o estudo perpassa pelo posicionamento atual do STF, dando ênfase ao julgamento do recurso extraordinário de número 601314 que conferiu repercussão geral ao tema, sintetizando os pontos mais relevantes dos votos dos Ministros. Diante disso, a proposta do estudo é a de expor os entraves, argumentos favoráveis e desfavoráveis a possibilidade conferida pela Lei Complementar 105/2001 a Administração Tributária de poder obter diretamente alguns dados bancários dos contribuintes, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, demonstrando entendimentos jurisprudenciais e ditames normativos sobre a matéria.

Palavras-chave: Lei Complementar 105/2001. Dados bancários. Administração Tributária. Sem prévia autorização judicial. Constitucionalidade.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

Art. Artigo

CC Código Civil

CF Constituição Federal

CP Código Penal

CPP Código de Processo Penal

CTN Código Tributário Nacional

IN Instrução Normativa

LC Lei Complementar

RE Recurso Extraordinário

REsp Recurso Especial

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TRF Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	06
2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LC 105/2001.....	07
3. DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO – OFENSA A CLÁUSULA PÉTREA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	10
4. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001	26
5. DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO VÁLIDA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA – CERCEAMENTO DE DEFESA – OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	33
6. POSIÇÃO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	37
6.1. EDSON FACHIN.....	42
6.2. LUÍS ROBERTO BARROSO.....	45
6.3. TEORI ZAVASCKI.....	49
6.4. ROSA WEBER.....	51
6.5. DIAS TOFFOLI.....	53
6.6. CÁRMEN LÚCIA.....	53
6.7. MARCO AURÉLIO.....	54
6.8. LUIZ FUX.....	55
6.9. GILMAR MENDES.....	55
6.10. CELSO DE MELLO.....	58
6.11. RICARDO LEWANDOWSKI.....	61
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	66

1. INTRODUÇÃO

A análise acerca da constitucionalidade ou não da quebra do sigilo bancário por parte do Fisco constitui o escopo do presente estudo monográfico.

Inicialmente, cumpre destacar que os sigilos bancários e fiscais comportam informações da seara mais íntima do indivíduo, tais como remunerações, renda, dívidas, discriminação de contas, de modo que se fosse permitido externá-las em qualquer situação, não apenas as relações interpessoais estariam em constante fragilização, como a própria noção de crédito contaria os dias para seu fim, uma vez que seria substituída pela possibilidade de obtenção de tais informações a qualquer tempo.

Desse modo, com base nesta necessária privacidade, os profissionais que, em razão de seu ofício, recebem estas informações, devem guardá-las para si, sob o manto do sigilo.

Com efeito, é assente que a proteção do sigilo bancário e fiscal tem seu fundamento na Constituição, havendo na doutrina, ao menos, três explicações diversas para tanto: as operações bancárias e as informações do Fisco sobre os contribuintes são armazenadas, atualmente, em bancos de dados, a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X da CF), abriga, como princípios, o sigilo, sendo este derivado daqueles, o sigilo bancário e o fiscal são imposições legais aos profissionais, respectivamente de bancos e da Fazenda Pública.

Nesse sentido, constata-se que, ao se falar de sigilo bancário está se falando, ao mesmo tempo, de um dever e de um direito, ou seja, constitui um dever da instituição bancária de guardar sob sigilo as informações que lhe são prestadas pelos clientes e um direito do cliente de manter em sigilo as informações pessoais que forneceu a instituição bancária.

Em contrapartida, a obrigação de pagar tributos, bem como de informar ao Fisco todos os dados pessoais e patrimoniais necessários ao perfazimento dessas contribuições, apesar de desagradável no decorrer de todos os tempos, encontra relevância e fundamento na própria ideia de contrato social, oferecendo um papel social de justiça distributiva.

A discussão acerca da legalidade da quebra do sigilo bancário por parte do Fisco, sem que haja prévia autorização judicial, mostra-se devida em virtude da possibilidade de confronto dos dados para se descobrir a verdade dos fatos, frente a situações em que o resguardo ao sigilo deixaria de ser um direito individual para ser um artifício usado pelo Banco ou seus clientes para acobertar atividades ilícitas.

A questão do dever fundamental de pagar tributo irá influenciar o tema da flexibilização do sigilo bancário. Afinal, o acesso direto aos dados bancários (movimentações financeiras) pela administração tributária permitirá o efetivo controle da atividade do contribuinte – inclusive com a conferência das declarações recebidas pela Receita Federal - e permitirá não só combater a sonegação como buscar a aplicação isonômica da lei tributária, de forma a permitir uma equânime repartição dos gastos públicos, consequências práticas de grande importância ao debate atual do Direito Tributário.

No entanto, conforme será exposto no tópico próprio, há doutrinadores que afirmam que a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, figura-se ilegal, pois violaria a Dignidade da Pessoa Humana, vez que o convívio harmônico em sociedade necessita de segurança e estabilidade o que não coaduna com o ato da Autoridade Administrativa que não respeitaria a inviolabilidade das informações do Contribuinte.

Diante disso, a proposta do presente estudo é a de expor os argumentos pró fisco e pró contribuinte, confrontá-los com os aspectos atinentes a quebra do sigilo bancário pela Administração Tributária, sem prévia autorização judicial, para que desse modo seja possível que o leitor adquira conhecimento suficiente para formação de senso crítico sobre a matéria.

2. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A LC 105/2001

A discussão acerca da legalidade da Lei Complementar 105/2001 surgiu em virtude da possibilidade da quebra do sigilo bancário pelo Fisco, pois a partir dessa lei, a Administração Tributária pôde obter diretamente (ou seja, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário) alguns dados bancários dos contribuintes e, sendo o caso, efetuar as cobranças devidas.

Nesta lei complementar, em que pese obrigar as instituições financeiras a preservarem o sigilo das suas operações ativas e passivas e serviços prestados (art. 1º, *caput*), estabeleceu que não constitui violação do dever de sigilo, entre outras situações, a prestação de informações ao Fisco, observado os termos e condições estabelecidos na referida lei (art. 1, § 3º, c/c art. 5º e 6º).¹

Do teor do art. 5º constata-se que o Poder Executivo disciplinará a periodicidade, os valores, e os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão ao Fisco, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.²

Esse artigo se refere à obrigatoriedade da entrega regular, por parte das instituições financeiras, de alguns dados bancários dos correntistas, sem que haja qualquer processo ou procedimento administrativo prévio ou antecedente a qualquer intimação ou autorização do contribuinte sobre o envio dos dados bancários.

Há que se pontuar que a Administração Tributária não terá acesso a todas as informações bancárias do correntista, mas apenas aquelas relacionadas com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados. Desse modo, não serão fornecidos dados ou algum elemento que permita identificar a origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (§ 2º do art. 5º, LC 105/2001).³

O § 2º do art. 5º, LC 105/2001 foi regulado pelo Decreto 4.489/2002, cujo art. 2º expressamente consigna que as informações bancárias serão prestadas, continuamente, em arquivos digitais, e se restringirão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados.⁴

Atualmente, os valores descritos para fins de informação para o Fisco estão previstos na Instrução Normativa nº 802, de 27/12/2007, que assim prevê:

¹ BRASIL. Lei Complementar nº 105/2001. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 15/01/2017

² *Ibidem*

³ *Ibidem*

⁴ *Ibidem*

Art. 1º As instituições financeiras, assim consideradas ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, devem prestar informações semestrais, na forma e prazos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), relativas a cada modalidade de operação financeira de que trata o art. 3º do Decreto nº 4.489, de 2002, em que o montante global movimentado em cada semestre seja superior aos seguintes limites:

I - para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

II - para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).⁵

Desse modo, qualquer movimentação financeira por parte do contribuinte acima desses valores será repassada automaticamente para a Receita Federal.

No entanto, para assegurar o direito de intimidade e privacidade dos contribuintes, as informações prestadas pelas instituições bancárias serão mantidas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor, sendo vedada sua divulgação, nos termos do art. 198 do CTN, salvo as exceções descritas nos parágrafos 1º a 3º do citado art. 198. Estas exceções abrangem, em síntese, as requisições judiciais, a troca de informações entre as Administrações Tributárias, a representação ao Ministério Público para fins penais e divulgação de informação para fins de inscrição em Dívida Ativa.⁶

Após o recebimento das informações bancárias obtidas periodicamente e sem prévio procedimento administrativo, caso detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos (§ 4º do art. 5º da LC 105/2001). Nesse caso, contudo, será necessário prévio processo administrativo, conforme dispõe o art. 6º da LC 105/2001.⁷

Desse modo, havendo indícios de irregularidade, a administração tributária irá iniciar um procedimento de fiscalização do contribuinte, dando-lhe ciência dessa investigação (art. 6º da LC 105/2001).⁸

⁵ BRASIL. Instrução Normativa nº 802, de 27/12/2007

⁶ BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 15/02/2017

⁷ BRASIL. Lei Complementar nº 105/2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 15/01/2017

⁸ *Ibidem*

Este é o panorama geral da legislação editada em 2001 e que continua em vigor que trata do tema em análise. Entretanto, antes do tema ser pacificado, grande parte da doutrina entendia que o texto constitucional não permitia o acesso direto do Fisco às informações, acesso que seria possível apenas por ordem judicial.

Vejamos, primeiro, os argumentos doutrinários contrários à tese do acesso direto, pelo Fisco, aos dados bancários, com o fim de subsidiar a proteção constitucional a intimidade.

E posteriormente será analisado a possibilidade de quebra do sigilo bancário das pessoas físicas e jurídicas frente à pretensão do Estado de aferir se realmente os contribuintes estão cumprindo as leis tributárias e assim tentar mitigar a evasão fiscal.

3. DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO – OFENSA A CLÁUSULA PÉTREA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O sigilo bancário é a obrigação que atinge as instituições bancárias de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam.⁹

O doutrinador Hugo de Brito Machado conceitua o sigilo bancário como sendo:

(...) uma forma de sigilo profissional, que se impõe em face da natureza da atividade desenvolvida pelas instituições financeiras, tal qual o sigilo do médico, do advogado e de outros profissionais, muito mais no interesse público, para preservação das instituições, do que no interesse individual.¹⁰

Para Clèmerson Merlin Clève e Sólon Sehn o sigilo bancário:

(...) constitui uma modalidade de segredo profissional da mais alta relevância, não só em razão de sua importância para o êxito da atividade bancária, mas, principalmente, porque garante a inviolabilidade de uma

⁹ El Secreto Bancario, Abeledo, 1970, p. 15.

¹⁰ MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário, p. 257 e 249. *apud*. CHINEN, Roberto Massao. *op. cit.*, p. 28

parcela significativa da intimidade e da vida privada dos correntistas, gozando, portanto, de *status* de direito fundamental.¹¹

Para Nelson Hungria:

na atualidade, é geralmente reconhecido que entre os confidentes necessários, legalmente obrigados à discricção, figuram os banqueiros. Notadamente nas operações de crédito, o sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para a segurança do interesse dos clientes do banco, como para o próprio êxito da atividade bancária.¹²

Neste sentido, salienta o ilustríssimo doutrinador Carlos Henrique Abrão que o direito à intimidade e ao sigilo de informações, previsto na atual Constituição Federal, é garantido como medida de segurança, revestindo de excepcionalidade a divulgação de dados que clientes tenham confiado a instituições financeiras, bem como a de dados que tenham sido obtidos pelo agente fiscal no exercício de suas atribuições, pois o sigilo garante ao indivíduo a indevassabilidade de informações que exponham ao público a sua vida privada.¹³

Desse modo, compreende-se que o sigilo bancário está englobado pelo direito à intimidade, uma vez que o lesado confia às instituições financeiras as suas intenções e projetos, bem como informações reputadas de foro íntimo, a exemplo da descrição detalhada dos seus patrimônios, do qual se denota imprescindível a observância de segredo sobre os respectivos dados.

Sendo respaldado constitucionalmente no art. 5º, X e XII CF/88, considera-se, como dito alhures, uma extensão do direito à intimidade. Assim, mensura-se como direito da personalidade de natureza fundamental, logo, cláusula pétrea, do qual mostra-se insuscetível de ser abolido sequer por Emenda Constitucional.

¹¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Sólon. Crimes fiscais e sigilo bancário: Pressupostos e limites constitucionais. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita. Direito Penal Empresarial, p. 60. *apud*. CHINEN, Roberto Massao. *op. cit.*, p. 28

¹² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao código penal, 1982, p. 272 e 273. *apud*. CHINEN, Roberto Massao. *op. cit.*, p. 29.

¹³ Abrão, Nelson. Direito Bancário. 9ª edição rev., ampl. E atual. Por Carlos Henrique Abrão. Editora Saraiva, São Paulo, 2005, p. 64.

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:

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação

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 hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.¹⁴

Nessa toada, José Augusto Delgado assevera que:

Pelos incisos X e XII do artigo 5º tem o contribuinte o direito de preservação de sua intimidade, de sua privacidade e de que terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-las. Não pode pois a fiscalização exigir de terceiros informações que apenas pode obter do próprio contribuinte. Em determinadas hipóteses, todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o interesse privado/individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem, com o que poderá, o Poder Judiciário, autorizar, se convencido estiver o magistrado de que a hipótese é de gravidade e de lesão ao interesse público, a quebra do direito ao sigilo bancário. Estou convencido ser esta a melhor informação jurídica da questão, idealizada pelos constituintes, defendida pela doutrina e consagrada jurisprudência, corrente exegética esta a que me filio desde os meus primeiros escritos sobre a matéria.¹⁵

O doutrinador Tercio Sampaio Ferraz Júnior atribui a intimidade como sendo a esfera mais íntima do indivíduo, conforme transcrição abaixo:

No que tange a intimidade, é a informação daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade - dados de foro íntimo, expressões de auto-estima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores, enfim dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e alta confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade, quebrariam a consistência psíquica, destruindo a integridade moral do sujeito. Em termos do princípio da exclusividade, diríamos que esta é, nesses casos, de grau máximo. No que diz respeito à vida privada, é a informação de dados referentes às opções da convivência, como a escolha de amigos, a freqüência de lugares, os relacionamentos civis e comerciais, ou seja, de dados que, embora digam respeito aos outros, não afetam, em princípio, direitos de terceiros (exclusividade da convivência). Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que,

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

¹⁵ DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, n. 13, p. 13-51, jan./mar. 2001.

usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos - como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc. -, condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. Assim, a inviolabilidade de dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem. Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em conseqüência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.) não são protegidos. Mas cadastros que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses, etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, mas na exploração do nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito. Pensar de outro modo seria tornar impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio, etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade.¹⁶

A jurista Liliane Maria Busato Batista faz uma importante observação no sentido de que a Constituição Federal não pode estar em conflito consigo mesma, assim diante do confronto de interesses deve haver o sopesamento:

[...] a Constituição Federal de 1988 resguarda o sigilo bancário, como manifestação do direito a intimidade, e também o direito à prova. No entanto, em algumas situações haverá colisão desses direitos e, sempre que princípios constitucionais aparentemente colidirem, deve o intérprete procurar as recíprocas implicações existentes entre elas até chegar a uma inteligência harmoniosa.

Em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, diante de um confronto de interesses é preciso realizar o chamado sopesamento ou avaliação ponderada dos fins. É o que a doutrina denomina de princípio da proporcionalidade.¹⁷

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. 24/08/2006. Disponível em: www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/49 - 83k. Acesso em: 02/02/2017.

¹⁷ BATISTA, Liliane Maria Busato. *op cit.* p. 113

Além dos artigos supracitados, também merece destaque o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, a seguir transcrito:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.¹⁸

Acerca da matéria José Delgado, Ministro do STJ, leciona que:

Em face dessa elevação no panorama constitucional concedida ao sigilo bancário, deve ser tratado como sendo direito fundamental do indivíduo, portanto, merecedor de ser inserido no rol dos protegidos pelo art. 60, §4º, IV, da CF. Insuscetível passa a ser de sofrer qualquer modificação por via de Emenda Constitucional, isto é, pelo Constituinte Derivado.¹⁹

Na obra “A Era dos Direitos”, Noberto Bobbio, chama-nos a atenção de que a dificuldade que rodeia os direitos fundamentais hodiernamente, não diz respeito às suas conquistas, mas sim, em relação a sua efetivação. Isto significa que o problema da sociedade gira em torno da efetivação dos direitos fundamentais já conquistados ao longo da história e, não, em relação a novas conquistas.²⁰

Este ponto observado por Bobbio, já alguns anos, reflete justamente na discussão em torno da quebra do sigilo bancário. Por muita luta ao longo dos anos a sociedade brasileira conquistou e garantiu em sua Constituição direitos fundamentais que constantemente são atacados pelos legisladores infraconstitucionais.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

¹⁹ Direitos Fundamentais do Contribuinte. "Direitos Fundamentais do Contribuinte", RT, Coord. Ives Gandra da Silva Martins, p. 111

²⁰ BOBBIO, Noberto (1909), A Era dos Direitos, 4 º Reimpressão, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992

No que tange a oponibilidade do sigilo bancário ao Fisco o doutrinador Ives Gandra, afirma que:

O sigilo bancário é uma defesa da privacidade, entendida esta como elemento da personalidade, que não diz respeito apenas a aspectos íntimos, mas também à externalidade, como, por exemplo, os dados patrimoniais.

A terceiros que detenham tais informações não é dado revelá-las, sob risco de perderem a credibilidade e poderem ser acionados por danos patrimoniais e morais, inclusive. [...]

A maioria da sociedade não frequenta e nem deseja frequentar colunas sociais e espera que sua privacidade e intimidade, pessoal e patrimonial, sejam preservadas, incomodando-se sempre que atingidos pela publicidade indevida ou pela violação de seus direitos.

A movimentação patrimonial de bens mobiliários que o sigilo bancário visa a proteger, portanto, diz respeito à intimidade e privacidade das pessoas.²¹

Assim, não é outra a interpretação de que, sob o pretexto de regular o sigilo das operações financeiras, o legislador editou a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, o qual passou a permitir arbitrariamente a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da autoridade administrativa, independentemente de autorização judicial, rompendo toda e qualquer noção de Estado Democrático de Direito. Assim, não são os direitos fundamentais que circulam no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais.

Ora, a legislação infraconstitucional passou a outorgar ao Poder Executivo a "legitimidade" de resolver o confronto entre o interesse público e o direito fundamental individual (cláusula pétrea) para determinar e promover a quebra do sigilo bancário por decisão exclusivamente administrativa, independentemente de autorização judicial para fazê-lo, o que diga-se de passagem não se coaduna com o art. 5º, X e, 145, § 1º e o art. 60, § 4º, IV, ambos CF/88.²²

Acerca da inafastabilidade do Poder Judiciário como órgão neutro na relação entre contribuinte e o Fisco visando tutelar os direitos dos contribuintes, James Martins, assevera que:

²¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário e Privacidade. IN: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. Sigilos Bancário e Fiscal: Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 89-90.

²² SILVA, David Gonçalves de Andrade, O fim da CPMF e a questão do sigilo bancário. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-jan-04/fim_cpmf_questao_sigilo_bancario. Acesso em 10/01/2017

[...] a sonegação deve ser combatida e pode ser combatida com os fundamentos legais antes existentes. O que não pode é pisotear direitos fundamentais do contribuinte, alijando o Poder Judiciário do exame desta questão, o que de resto, o inc. XXXV do art. 5º da CF proíbe. Parece-me, pois, que a questão é, pois meramente jurídica. A Lei Complementar afasta direitos fundamentais dos contribuintes (art. 5º, X, XII e XXXV) e não objetiva proteger o sonegador de quebra do sigilo – proteção que nunca teve – mas impedir o Poder judiciário de exercer a função de Poder Neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco.²³

Desse modo, não poderia o Fisco obter acesso aos dados bancários dos contribuintes de forma direta, ante a necessidade de análise do pedido por um terceiro desinteressado na questão.

Pontue-se ainda que a verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo, e, portanto, não sendo competente o CARF (Conselho Administrativo da Receita Federal) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No particular, existem precedentes jurisprudenciais contrários, conforme o julgado transcrito:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO DO CONTRIBUINTE POR REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA. LC 105/01. INCONSTITUCIONALIDADE. SUPREMA CORTE. RESERVA DE PLENÁRIO SUPERADA PELA DECISÃO DO EXCELSO PRETÓRIO. AGRAVO INOMINADO DESPROVIDO. 1. Caso em que a fiscalização somente apurou receitas tributáveis que teriam sido omitidas pelo contribuinte após quebra de sigilo bancário por requisição administrativa, sem intervenção judicial, o que, embora encontrasse amparo legal, configura procedimento eivado de vício capital de inconstitucionalidade, conforme decidido pela Suprema Corte (RE 389.808, Rel. Min. MARÇO AURÉLIO, DJE 09/05/2011). 2. Uma vez que existente precedente da Suprema Corte, firmado no RE 389.808, fica dispensada, nos termos do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, a aplicação da regra de reserva de Plenário, figurando-se prescindível o exame da inconstitucionalidade pelo Órgão Especial quando já declarado o vício pela própria Suprema Corte. 3. Na espécie, a decisão foi fartamente motivada no sentido de afastar a possibilidade de acesso aos dados financeiros do contribuinte, em respeito aos direitos fundamentais, sob reserva legal, à intimidade (art. 5º, inciso X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, inciso XII, da CF), de tal maneira que são manifestamente infundadas as alegações da agravante nesse sentido, inclusive no que diz respeito à

²³ MARTINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial), São Paulo: Dialética, 2001.

violação do artigo 145, § 1º da Constituição Federal. 4. Agravo inominado desprovido. (TRF-3-AMS: 16581 SP 0016581-89.2009.4.03.6100, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, Data de Julgamento: 20/06/2013, TERCEIRA TURMA)²⁴

No mesmo sentido;

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. LC Nº 105/2001. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS PELO FISCO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. SEM A AUTORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DAS PROVAS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.1.Constitui ilegalidade a quebra do sigilo bancário em procedimento administrativo ou fiscal, pela simples solicitação do Fisco, sem a autorização prévia do Poder Judiciário, para fins de utilização no âmbito criminal.2.As disposições criadas pela Lei Complementar nº 105/01 não excluíram a necessidade de autorização judicial para a quebra de sigilo bancário, sob pena de violação ao preceito constitucional contido no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988, sendo certo que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis, nos termos do inciso LVI do dispositivo constitucional supra.3.A requisição direta de informações bancárias pelo Fisco tornou-se possível, com o advento da LC nº 105/2001, tão somente como troca de informações entre as Fazendas, com vistas à melhoria do controle fiscal. Essa previsão legal não eximiu, para fins criminais, a prévia autorização judicial para a obtenção de provas, decorrentes da quebra de sigilo bancário.4.Apelação desprovida. (TRF-1, Processo: ACR 31150 MG 003115041.2004.4.01.3800, Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Publicação: e-DJF1 p.706 de 17/05/2011, Julgamento: 19 de Abril de 2011, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ)²⁵

E ainda;

PENAL: HABEAS CORPUS. QUEBRA DE SIGILO FINANCEIRO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES. VIGÊNCIA DA NORMA DISCIPLINADORA. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. ILEGALIDADE DO USO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS ACERCA DA MOVIMENTAÇÃO DE CPMF PARA VIABILIZAR ISOLADAMENTE ACESSO A DADOS PESSOAIS E SIGILOSOS COM VISTAS A IDENTIFICAR ILÍCITO LEI Nº 9.311/96. DECISÃO DE QUEBRA DOS SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO FUNDADA EM MERAS PRESUNÇÕES. INADMISSÍVEL VIOLAÇÃO AO DIREITO À INVIOABILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. I - Em harmonia com a ordem constitucional vigente a quebra do sigilo financeiro consubstancia-se em medida de coação, eis que importa em restrição a direito fundamental, e somente poderá contar com o aval da legalidade se efetivada com a estrita observância dos pressupostos

²⁴ JUSBRASIL. Disponível em < <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23542825/apelacao-civel-ams-3369-sp-0003369-9320124036100-trf3>> Acesso em 12 de junho de 2017.

²⁵ JUSBRASIL. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=quebra+do+sigilo+banc%C3%A1rio+fisco&idtopico=T10000001&idtopico=T10000002&idtopico=T10000007&idtopico=T10000645&idtopico=T10000325&idtopico=T10000351&idtopico=T10000352&idtopico=T10000353>. Acesso em 10/01/2017.

que lhe amparam. II - Há que existir, num primeiro momento, indícios previamente demonstrados da ocorrência de ilícito penal, podendo servir a quebra do sigilo financeiro à comprovação desses indícios, repita-se, indícios esses anteriormente apurados.

III - A quebra do sigilo bancário não pode assumir o papel de devassa, com vistas à localização de indícios do ilícito penal. IV - O segundo pressuposto, para a decretação da quebra do sigilo financeiro, diz respeito à existência de justa causa para tal. V - Outro pressuposto, em sentido amplo, é a observância do devido processo legal, que traz em seu bojo uma série de requisitos a serem rigorosamente observados; deve emanar de autoridade judiciária constitucionalmente competente, por meio de decisão devidamente fundamentada, ou seja, com todos os elementos ensejadores do excepcional reconhecimento da quebra de um princípio constitucional. VI - Além da decisão fundamentada e exarada pela autoridade judicial competente, insere-se ainda no âmbito do devido processo legal, o direito ao exercício da ampla defesa, que traz implícito o amplo conhecimento do processo que é aquele necessário ao efetivo exercício do direito de defesa. VII - Necessidade de observância do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. VIII - A Lei Complementar nº 105/2001 traz em seu bojo uma exceção a uma garantia constitucional, cujo exercício está assegurado em cláusula pétrea. Não há como emprestar-lhe caráter procedimental, pois seus dispositivos versam sobre matéria de incidência de tributo e, repita-se, a lei contém exceção a direito constitucional. IX - Normas dessa natureza - que excepcionam direitos e garantias individuais - têm interpretação restrita e não podem ser tipificadas como meramente procedimentais, sob pena de instaurar-se a instabilidade jurídica. X - É patente a ilegalidade do uso de informações obtidas acerca da movimentação de CPMF para, isoladamente, viabilizar o acesso a dados pessoais e sigilosos, com vistas a identificar ilícito de supressão ou redução de tributo. XI - O parágrafo 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311/96, vigente anteriormente à Lei Complementar nº 105/2001, em qualquer de suas redações, veda expressamente a utilização de informações acerca da CPMF para a constituição de crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos. XII - É possível a quebra do sigilo financeiro relativamente a fatos anteriores à vigência da Lei Complementar nº 105/2001 de forma irrestrita, porém não, quando o delito investigado disser respeito à supressão ou sonegação de tributo, mas sim relativamente a outros ilícitos, por exemplo, lavagem de dinheiro, numerário oriundo de práticas criminosas, como tráfico, etc., desde que observados os pressupostos legais já expostos, a quebra do sigilo financeiro. XIII - A decisão que determinou a quebra dos sigilos fiscal e bancário do Paciente funda-se em meras presunções e vagas suspeitas de hipótese de transgressão da lei penal, o que configura inadmissível violação ao direito à sua inviolabilidade. XIV - Remansosa a jurisprudência no sentido de que a quebra da inviolabilidade dos dados de movimentação bancária é medida excepcional que somente será admitida quando houver fundada suspeita, baseada em outros elementos de convicção do ilícito que se quer apurar, amealhados em sede de investigação policial. Não pode a medida ser desvirtuada para servir como fonte de produção das condições para a persecução penal. XV - Ainda que houvesse elementos suficientes ao embasamento da decisão hostilizada, a mesma deveria ter restringido a quebra do sigilo em relação ao período em que, em tese, teriam ocorrido os fatos apontados como delituosos e não como fez, em período tão abrangente. XVI - Inexiste justa causa para a decretação da medida requerida pelo Ministério Pública Federal. XVII - Ordem concedida. (TRF-3, Processo: HC 26285 SP 2004.03.00.026285-0, Órgão Julgador: SEGUNDA

TURMA, Julgamento: 8 de Novembro de 2005: Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO) ²⁶

Portanto, a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da administração pública, independente de autorização judicial afronta o mandamento constitucional disposto no art. 5º, X, art. 60, §4º, IV e 145, § 1º, ambos do CF/88. Senão vejamos o entendimento do professor James Marin:

Deve-se ter em mente que o dever de investigação jungido à atividade da Administração tributária, aliado ao dever de colaboração que norteia a relação entre a Administração e cidadão, não admite invasão no campo das garantias fundamentais, máxime, se tal ingerência implique em supressão dessas garantias.²⁷

No mesmo sentido, o Professor Arnoldo Wald salienta que deve haver proteção ao sigilo bancário, sob pena de violação dos preceitos constitucionais, nos seguintes termos:

Se podia haver dúvidas no passado, quando as Constituições brasileiras não se referiam especificamente à proteção da intimidade, da vida privada e do sigilo referente aos dados pessoais, é evidente que, diante do texto constitucional de 1988, tais dúvidas não mais existem quanto à proteção do sigilo bancário como decorrência das normas da lei magna.

Efetivamente, as Constituições Brasileiras anteriores à de 1988, não só não asseguravam o direito à privacidade como também, quando tratavam do sigilo, limitavam-se a garanti-lo em relação à correspondência e às comunicações telegráficas e telefônicas, não se referindo ao sigilo em relação aos papéis de que tratam a Emenda nº IV à Constituição Americana, a Constituição Argentina e leis fundamentais de outros países. Ora, foi em virtude da referência aos papéis que tanto o direito norte-americano quanto o argentino concluíram que os documentos bancários tinham proteção constitucional.

Com a revolução tecnológica, os 'papéis' se transformaram em 'dados' geralmente armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder. A computadorização da sociedade exigiu uma maior proteção à privacidade, sob pena de colocar o indivíduo sob contínua fiscalização do Governo, inclusive nos assuntos que são do exclusivo interesse da pessoa. Em diversos países, leis especiais de proteção contra o uso indevido de dados foram promulgadas e, no Brasil, a inviolabilidade dos dados individuais, qualquer que seja a sua origem, forma e finalidade, passou a merecer a

²⁶ JUSBRASIL. Disponível em <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17782639/habeas-corpus-hc-26285-sp-20040300026285-0-trf3>. Acesso em 10/01/2017.

²⁷ MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). 3 ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 246.

proteção constitucional em virtude da referência expressa que a eles passou a fazer o inciso XII do art. 5º, modificando, assim, a posição anterior da nossa legislação, na qual a indevassabilidade em relação a tais informações devia ser construída com base nos princípios gerais que asseguravam a liberdade individual, podendo até ensejar interpretações divergentes ou contraditórias. Assim, agora em virtude dos textos expressos da Constituição e especialmente da interpretação sistemática dos incisos X e XII do art. 5º da CF, ficou evidente que a proteção ao sigilo bancário adquiriu nível constitucional, impondo-se ao legislador, o que, no passado, podia ser menos evidente.²⁸

Entretanto, se já não fossem suficientes os argumentos supra, cabe ainda ressaltar que a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da administração, independentemente de autorização judicial não se coaduna com os princípios da separação orgânica dos poderes e indelegabilidade de atribuições consubstanciados no art. 2º; art. 60, §4º, III, c/c a inteligência do art. 68 da CF/88.²⁹

É cediço que cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função, e, secundariamente, as duas outras. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade. Neste passo, as funções típicas do Legislativo, Executivo e Judiciário são, em razão da preponderância, legislar, executar e julgar.³⁰

No momento que a Constituição assinalou a independência entre os Poderes, naturalmente pressupôs a separação (CF, art. 2º c/c art. 60, §4º, III), desse modo não seria viável que a vontade soberana da Assembleia Constituinte seja ultrapassada pela vontade secundária dos órgãos de delegar suas funções típicas uns para os outros, pois caso a delegação pudesse ser feita ao talante de cada Poder não haveria necessidade da autorização delegatória constitucional.³¹

²⁸ WALD, Arnaldo, Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas, vol. 1/206, 1992, RT

²⁹ Mandado de segurança contra quebra de sigilo bancário (Lei Complementar nº 105). Disponível em <https://jus.com.br/peticoes/16444/mandado-de-seguranca-contra-quebra-de-sigilo-bancario-lei-complementar-n-105/4>. Acesso em 10/03/2017

³⁰ WATANABE, Cintia. Função jurisdicional e decisões políticas: princípio da separação dos poderes e quebra do princípio democrático. Disponível em < http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/001_004_CINTIA_WATANABE_23072009-13h46m1.pdf>. Acesso em 10/03/2017

³¹ Rovaris, Daniela Dornel. Artigo. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-daniela.pdf>. Acesso em 10/03/2017

Nessa seara Francisco Campos, opina que não poderá haver confusão entre os poderes, da seguinte forma:

Não podemos querer conservar um regime constitucional, se começamos por confundir os poderes, ou se não chegamos a estabelecer um regime de convivência pacífica, não somente entre os poderes do Estado, como entre êstes e os direitos individuais.

[...]

Não podemos querer a Constituição se a mutilamos de uma de suas partes essenciais, particularmente, quando da própria estrutura constitucional resulta, de modo manifesto, que as garantias individuais asseguradas na Constituição representam, precisamente, a razão, a um só tempo espiritual e política, que influi nas providências constitucionais destinadas à mediação concreta dos poderes e, assim, à sua contenção.³²

Fundamentado nestes mesmos princípios que o Supremo Tribunal Federal, sob o prisma eminentemente constitucional, ao analisar o art. 129, VIII, da CF/88 anteriormente havia decidido que somente autorização delegatória expressa da Constituição poderia legitimar o Ministério Público a promover a quebra do sigilo bancário diretamente sem a autorização judicial, senão vejamos:

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. (STF, 2ª T., RE nº 215.301-0, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.04.99, DJ 28.05.99)³³

Ademais, cumpre ressaltar que também não se corrobora com o princípio da impossibilidade de exercício simultâneo de funções a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da administração, independente de autorização judicial.

32 CAMPOS, Francisco. Comissão Parlamentar de Inquérito – poderes do Congresso – direitos e garantias individuais. apud. BELLOQUE, Juliana Garcia. op. cit., p. 119)

³³JUSBRASIL. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14697097/recurso-extraordinario-re-215301-ce>> Acesso em 12 de junho de 2017.

No ordenamento constitucional também se extrai o princípio da impossibilidade do exercício simultâneo de funções, segundo o qual "quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro "(...)" ficando evidente que o exercício simultâneo de funções não é tolerado pela Constituição (salvo as hipóteses expressamente mencionadas)", pois o objetivo constitucional é cristalino: "quer se preservar a independência de cada órgão do Poder".³⁴

Cumprе esclarecer ainda a incompatibilidade com o princípio da reserva de jurisdição disciplinado pelo ilustre jurista Canotilho, para quem por efeito de uma verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, a prática de determinados atos que impliquem em restrições a direitos resguardados pela Constituição somente pode ser ordenada por magistrados.³⁵

Em observância a este princípio, desdobrando-o no caso concreto de forma lapidar, o Ministro Carlos Velloso ao relatar o já citado RE 215.301-0, foi acompanhado pelo voto dos Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim, realizou as seguintes ponderações no seu voto condutor:

"VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator):

Todavia, já deixei expresso no voto que proferi no MS 21.729-DF, por se tratar de um direito que tem status constitucional, 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, e que, provocada (...)poderá autorizar a quebra do sigilo.

Então, como poderia a parte, que tem interesse na ação, efetivar, ela própria, a quebra de um direito inerente a privacidade, que é garantido pela Constituição? (...). Há órgãos e órgãos... que agem individualmente, e 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 que brado sem maior cautela, sem a interferência da autoridade judiciária" (STF, 2ª T., RE nº 215.301-0, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.04.99, DJ 28.05.99)³⁶

³⁴ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional, 7ª ed., Malheiros, 2000, p. 124.

³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1995. p. 13.

³⁶ STF. Disponível em <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=95274&tipoApp=.pdf> Acesso em 12 de junho de 2017.

Conforme este Princípio, devidamente aplicável ao ramo do Direito Tributário, o fato gerador deve ser apurado pela autoridade judicial a qual presidirá a determinação do modo e da extensão dessa apuração, tendo em vista que de maneira totalmente arbitrária o contribuinte pode ter sua intimidade devassada pela quebra do sigilo bancário, de modo absolutamente leviano, mediante uma simples solicitação do i. Auditor Fiscal.

Nestes termos, ao ignorar princípios constitucionais delineados em cláusula pétrea, quebrando o sigilo bancário através de uma simples RMF (Requisição para Informação de Movimentação Financeira), o i. Auditor Fiscal, e a própria Receita Federal agiria de maneira arbitrária e com excesso de poderes.

Um ponto relevante levantado por Luiz Ricardo de Azeredo Sá acerca da ilegalidade da transferência de informações da instituição financeira ao fisco, é que para que ocorra a violação não é necessário que várias pessoas tenham acesso a aos dados bancários, mas, sim, que uma terceira pessoa estranha a relação havida entre o cidadão e o banco tenha acesso aos referidos dados, nos seguintes termos:

Arremata-se, por fim, que é sofisma afirmar que a transferência de informações da instituição financeira ao fisco não seria quebra do sigilo bancário e sim transferência do dever de sigilo do banco para o fisco. Ora, como já se disse em linhas outras, ainda que possua interesse público e que esse interesse público no caso concreto venha a ser mais caro e mais importante do que o direito à intimidade e privacidade, esse fato não muda uma realidade, qual seja, a de que o FISCO não é parte da relação entre o contribuinte e a instituição financeira. Logo, quando se passa ao fisco os detalhes e minúcias da relação havida entre o contribuinte e a instituição financeira, se está a divulgar dados a terceiro, eis que o fisco aí é terceiro. 35 Os dados divulgados, como antes se disse, são dados da intimidade do contribuinte, relativos à sua vida privada e, como tal, quando revelados a terceiros expõem a intimidade e privacidade do contribuinte ao terceiro. Esta revelação, quando se dá sem a autorização do contribuinte, que é o titular da intimidade e privacidade devassada, caracteriza e materializa a VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE, PRIVACIDADE E SIGILO BANCÁRIO. Para que ocorra a violação não é necessário que várias pessoas tenham acesso a ela, mas, sim, que uma e tão-somente uma terceira pessoa estranha a relação havida entre o cidadão e o banco tenha acesso aos dados bancários. Quando isso ocorre – e isso ocorre quando o banco transfere os dados ao Fisco – violou-se a intimidade e privacidade do contribuinte, bem como o seu sigilo bancário, mesmo que o fisco mantenha sigilo sobre as informações recebidas.³⁷

³⁷ SÁ, Luiz Ricardo de Azeredo. A quebra do sigilo bancário pelo Fisco. Perigoso precedente judicial que afronta direito e garantia individual assegurado pela Constituição da República. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2723, 15 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18035>. Acesso em: 21 nov. 2014.

Desse modo, mediante requerimento da autoridade administrativa à entidade financeira sem, ao menos, autorização judicial para este fim, contrariaria garantia constitucional de 1ª dimensão, quer seja, o direito a privacidade e a necessidade de autorização judicial para sua “violação”. Em sentido mais amplo, a quebra do sigilo sem qualquer respaldo e sem autorização do Poder Judiciário viola a Dignidade da Pessoa Humana, pois o convívio harmônico em sociedade necessita de segurança e estabilidade o que não coaduna com o ato da Autoridade Administrativa que não respeitaria a inviolabilidade das informações do Contribuinte.

Por essa razão as provas colhidas através destes meios derivam na conhecida teoria dos frutos da árvore envenenada, que se trata da teoria elaborada para identificar as provas ilícitas por derivação, quais sejam as provas derivadas de um ato ilegal de um descumprimento legal.³⁸

Nessa toada, é possível dizer que a prova ilícita por derivação consiste naquela prova que, à primeira vista parece ser lícita, porém, tem seu surgimento através de uma prova ilícita anterior, ou seja, prova contaminada (derivada) por um meio de ato ilícito ou ilegal de obtenção.

Não podemos dizer que a quebra de sigilo bancário seja propriamente ilícita ou ilegal diante da legislação pátria, mas podemos afirmar que a obtenção dessa prova por qualquer outro meio que não seja por determinação ou ordem judicial é ilícita e ilegal por sua própria natureza, eis que ofende de morte cláusula pétrea da Carta Magna, e os princípios constitucionais já comentados.

É esse era o entendimento predominante da doutrina e jurisprudência pátria, consolidada, inclusive, por reiteradas decisões do STF antes do julgamento do RE 601.314, conforme abaixo:

RECURSO EM HABEAS CORPUS – CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E DE LAVAGEM DE DINHEIRO – INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES – QUEBRA DO SIGILO FISCAL DO INVESTIGADO – INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO

³⁸ Junior, Aury Lopes. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5. Ed. Vol. 1 Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

JUDICIAL – REQUISIÇÃO FEITA PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRETAMENTE À RECEITA FEDERAL – ILICITUDE DA PROVA – DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS – TRANCAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NÃO CONTAMINADOS PELA PROVA ILÍCITA – DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. I. A requisição de cópias das declarações de imposto de renda do investigado, feita de forma unilateral pelo Ministério Público, se constituiem inequívoca quebra de seu sigilo fiscal, situação diversa daquela em que a autoridade fazendária, no exercício de suas atribuições, remete cópias de documentos ao parquet para a averiguação de possível ilícito penal. II. A quebra do sigilo fiscal do investigado deve preceder da competente autorização judicial, pois atenta diretamente contra os direitos e garantias constitucionais da intimidade e da vida privada dos cidadãos. III. As prerrogativas institucionais dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções, não compreendem a possibilidade de requisição de documentos fiscais sigilosos diretamente junto ao Fisco. IV. Devem ser desentranhadas dos autos as provas obtidas por meio ilícito, bem como as que delas decorreram. V. Havendo outros elementos de convicção não afetados pela prova ilícita, o inquérito policial deve permanecer intacto, sendo impossível seu trancamento. VI. Dado parcial provimento ao recurso. (RHC 20.329/PR, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), QUINTA TURMA, julgado em 04.10.2007, DJ 22.10.2007 p.312)³⁹

Decorrente das decisões reiteradas, o ordenamento jurídico nacional acolhia a teoria dos frutos da árvore envenenada. Em 2008, a Lei 11.690 deu uma nova redação a diversos dispositivos, um deles foi o parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.⁴⁰

Ademais, a própria CF/88 exhibe o princípio da proibição das provas obtidas por meios ilícitos que dispõe no inciso LVI, do art. 5º, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”, tendo aplicação em qualquer tipo de processo, bem como na órbita penal, tributária, civil ou administrativa.⁴¹

³⁹JUSBRASIL. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=QUEBRA+DO+SIGILO+FISCAL+DO+INVESTIGADO>> Acesso em 12 de junho de 2017.

⁴⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. Artigo nº 157

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Assim, durante um período o nosso ordenamento jurídico acolheu a tese de impossibilidade de quebra do sigilo bancário para ser utilizado como meio de prova em processos que investigam uma possível sonegação de tributos, e proibiu expressamente as provas ilícitas por derivação. Por essa razão, a época era imperiosa a declaração de nulidade absoluta de auto de infração, com base na ofensa clara aos princípios acima comentados, e sobretudo por ofensa a cláusula pétrea da nossa *lex maxima*, estampada no art.5º, incisos X e 145, §1º da Constituição Federal.

4. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001

Ab initio, é importante destacar que o cerne da questão no que tange ao exame da constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 cinge-se na análise do direito a privacidade dos contribuintes em relação ao fisco.

É sabido que o direito a privacidade é devidamente assegurado pela Constituição Federal, além de outros direitos correlatos a tutela da integridade moral dos contribuintes.

Desse modo, vale a explanação do doutrinador André Ramos Tavares acerca do direito à privacidade:

Pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e a quem. Esses elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e projetos de vida. O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, dentro outros.⁴²

⁴² TAVAREZ, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 530-531

Nesse sentido, para o Supremo Tribunal Federal o sigilo bancário encontra guarita na Constituição Federal mais precisamente no art. 5º, X, devido a sua natureza de direito da personalidade.

Assim, tal premissa serviu de embasamento para a confecção da ementa abaixo transcrita do MS 22.801, de relatoria do Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 14.03.2009:

Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 -TCU - Plenário.⁴³

Assim, o sigilo bancário faz parte do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de análises de quem quer que seja inclusive do Fisco e até mesmo da própria instituição bancária.⁴⁴

Para o Estado, a arrecadação dos tributos é essencial para satisfazer aos anseios da sociedade, logo, é indispensável que haja contribuição de forma equânime para os contribuintes.

Nesse sentido acerca do tributo como principal forma de receita pública do Estado Moderno, o Ministro Gilmar Mendes esclarece que:

⁴³JUSBRASIL. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2924135/mandado-de-seguranca-ms-22801-df>> Acesso em 12 de maio de 2017.

⁴⁴ FACHIN, Edson. Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>. Acesso em 12/01/2017.

A construção do Estado Democrático de Direito, anunciado pelo art. 1º, passa por custos e estratégias que vão além da declaração de direitos. Não há Estado Social sem que haja também Estado fiscal, são como duas faces da mesma moeda. Se todos os direitos fundamentais têm, em alguma medida, uma dimensão positiva, todos implicam custos.

[...]

O tributo, principal forma de receita pública do Estado Moderno, revela-se componente fundamental de sua estrutura, bem como do modelo econômico adotado no país. A efetivação dos direitos fundamentais, declarados e assegurados na Constituição, não se faz sem o dispêndio de recursos, fato que não se limita aos direitos prestacionais. Dessa forma, o tema de tributação conecta-se com o próprio cerne da Constituição, os direitos e as garantias fundamentais.⁴⁵

Partindo do pressuposto de que há um dever fundamental de pagar impostos, José Casalta Nabais pontua que:

Pelo que, o dever de pagar impostos constitui um dever fundamental como qualquer outro, com todas as consequências que uma tal qualificação implica. Um dever fundamental, porém, que tem por destinatários, incluindo-se neles, de um lado, as pessoas (ou organizações) colectivas e, de outro, mesmo os estrangeiros e apátridas [...] Há, isso sim, o dever de todos contribuírem, na medida da sua capacidade contributiva, para as despesas a realizar com as tarefas do estado. Como membros da comunidade, que constitui o estado, ainda que apenas em termos econômicos (e não políticos), incumbe-lhes, pois, o dever fundamental de suportar os custos financeiros da mesma, o que pressupõe a opção por um estado fiscal, que assim serve de justificação ao conjunto de impostos, constituindo estes o preço (e, seguramente, um dos preços mais baratos) a pagar pela manutenção da liberdade ou de uma sociedade civilizada.⁴⁶

E ainda;

“A ‘estadualidade fiscal’ significa assim uma separação fundamental entre estado e economia e a conseqüente sustentação financeira daquele através da sua participação nas receitas da economia produtiva pela via do imposto. Só essa separação permite que o estado e a economia atuem segundo critérios próprios ou autónomos.

[...]

⁴⁵ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1432-1424

⁴⁶ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Coimbra: Almedina, 1998, p. 186

É que, tendo o estado fiscal um interesse próprio, se bem que indireto, nas receitas da economia, ele não pode, a título das suas tarefas de controle e correção ou a qualquer outro, afetar inteiramente a produtividade da economia. [...] Pois um estado que, através de regula(menta)ção exacerbada ou de impostos exagerados, estorve, paralize ou destrua a produtividade da economia, destroi-se como estado fiscal, pois que, ao minar a sua base, mina, ao fim e ao cabo, automaticamente a sua própria capacidade financeira.⁴⁷

O dever de pagar tributos tem consequências claras em relação a questão da oponibilidade do sigilo bancário contra a Administração Tributária, tendo em vista que há uma limitação do exercício do direito de fiscalização, vez que seria legítimo utilizar o sigilo bancário com o objetivo de elisão fiscal.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho faz uma importante constatação, nos seguintes termos:

Busca-se evitar, a todo custo, a tributação – não porque se negue a necessidade (e legitimidade) de apropriação da riqueza privada, mas porque os serviços públicos não serão beneficiados pelo incremento da tributação. Para o particular, opor-se à arrecadação tributária corresponderia a uma conduta defensável por dois fundamentos. Por um lado, constituir-se-ia em modalidade de ‘legítima defesa’ do contribuinte em vias de ser espoliado pelo Estado. Por outro, reduzir o montante de recursos em poder do Estado acarretaria correspondente diminuição de desperdício, desvio e corrupção.⁴⁸

Atualmente, os Tribunais brasileiros têm permitido a quebra do sigilo bancário quando há legítimas expectativas por parte do Fisco de obter receitas públicas. Observe-se um trecho do voto do recurso especial 1.134.665 confeccionado pelo Ministro do STJ Luiz Fux:

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

⁴⁷ Ibidem. p. 196 e 198.

⁴⁸ FILHO. Marçal Justen. Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, pp. 215-233, p. 222

14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto.⁴⁹

Acerca do sigilo bancário o Ministro Carlos Velloso na Pet 577, de sua relatoria, Tribunal Pleno, DJ 23.04.1993 entendeu que:

O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (C.F., art. 5º, X), além de atender 'a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito', registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de G. Ruta [...]. Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse a justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte. Esse caráter não absoluto do sigilo bancário, que constitui regra em direito comparado, no sentido de que deve ele ceder diante do interesse público, é reconhecido pela maioria dos doutrinadores [...]. O sigilo há de ceder, entretanto, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei.⁵⁰

No âmbito internacional, o Brasil tem adotado diversas medidas visando estabelecer alianças globais a fim de combater à fraude fiscal internacional, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, por meio da manutenção e do aprimoramento da transparência fiscal em relação às pessoas físicas e jurídicas.

Tal planejamento mostra-se adequado na medida em que haveria uma igualdade em relação ao pagamento e a cobrança dos tributos, observando-se a capacidade contributiva de cada contribuinte, este, por sua vez estaria submetido a um Estado comprometido com a satisfação das necessidades coletivas da sociedade.

Acerca da capacidade contributiva, Luciana Grassano esclarece que:

A capacidade contributiva é considerada o critério adequado para se distinguir os contribuintes nas hipóteses em que a finalidade da imposição tributária seja fundamentalmente arrecadatória (finalidade fiscal). Se o fim da

⁴⁹ STF. Acórdão. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=33&dataPublicacao=20/02/2017&incidente=5128554&capitulo=6&codigoMateria=7&numeroMateria=14&texto=6781975>>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

⁵⁰ STF. Acórdão. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000161466&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 20 de janeiro de 2017.

lei for garantir que todos contribuam para os gastos públicos, parece claro que, para se atingir esse fim de forma isonômica, deve-se utilizar como critério para diferenciar a participação dos contribuintes frente a esse dever, a capacidade que os mesmos têm para contribuir. Assim, apesar de ser um dever de todos, a participação de cada um vai ser mais ou menos intensa, a depender da maior ou menor capacidade contributiva de cada um.⁵¹

Essa premissa coaduna-se ao teor do art. 145, §1º, da Constituição Federal, *in verbis*:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.⁵²

Assim, a verificação do patrimônio, rendimentos e atividades financeiras dos cidadãos pela Administração Tributária visa dar concretude ao princípio da capacidade contributiva, o qual encontra-se mitigado em razão da restrição de acesso da Administração Tributária às transações bancárias dos cidadãos.

Há que se destacar que o legislador estabeleceu critérios objetivos para Administração Tributária requerer informações as instituições financeiras, bem como determinou que houvesse uma transferência do dever de sigilo bancário entre o Fisco e as instituições financeiras, mantendo-se, assim, o sigilo dos dados dos contribuintes.

Note-se que o artigo 6º da Lei Complementar 105/01 é taxativo ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, somente se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Ademais, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal determina

⁵¹ MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. Estado social e tributação: uma abordagem sobre o dever de informar a responsabilidade por infração. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2008, P. 105

⁵² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

que “O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”.⁵³

Desse modo, não pairam dúvidas acerca da aplicação do artigo 198 do CTN na presente hipótese e de todas as limitações que o agente público sofre decorrente do dever de manter o sigilo fiscal, sob pena de ser responsabilizado nas esferas cível, administrativa e penal.

Acerca da inexistência do sigilo bancário para a Administração Tributária a doutrinadora Mary Elbe Gomes Queiroz esclarece que:

Em sua essência, na verdade, não existe qualquer sigilo a ser oposto ao Fisco com relação aos valores objeto de transações bancárias, pois tais valores já são, ou deveriam ser, de conhecimento prévio do próprio Fisco e a ele já deveriam ter sido informados espontaneamente pelo contribuinte através das respectivas declarações, cuja apresentação é prevista em lei como obrigatória. Inclusive, a própria Lei Complementar nº 105/2001, também prevê a transferência de informações bancárias à Comissão de Valores Mobiliários, órgão que fiscaliza as sociedades a fim de proteger ao mercado. Diversamente, entretanto, quando existirem valores de movimentação bancárias não declaradas, caso não haja o devido esclarecimento, a lei autoriza a presunção de que esses valores tiveram suas origens outras e foram omitidos para fins de evitar tributação. Ora, se todos são obrigados a prestar informações ao fisco, inclusive sobre todo o seu patrimônio e rendimentos percebidos de qualquer espécie e não só sobre os valores em contas bancárias, bem como de fatos da vida privada, passíveis de tributação, que poderão ser considerados muito mais íntimos, bem assim se todos os dados têm que ser informados e deverão constar das diversas declarações apresentadas por eles [...] não há, portanto, segredo sobre esses fatos para as autoridades fiscais. Igualmente, os rendimentos que se encontram depositados em contas bancárias já deveriam estar declarados à Fazenda Pública, salvo se o sujeito passivo houver omitido tais informações, o que configuraria crime de sonegação.⁵⁴

Nesse mesmo sentido, Reinaldo Galvão Jr pontua que:

Com efeito, houve uma alteração de natureza instrumental. Se o acesso aos valores dos depósitos bancários de determinado contribuinte será feito a partir de informações prestadas diretamente pelas instituições financeiras por solicitação da administração tributária, ou se será feito a partir de informações prestadas no âmbito da fiscalização da CPMF em cumprimento de obrigação acessória, é circunstância que em nada influi nos aspectos essenciais da obrigação tributária, ou seja, no valor do tributo propriamente dito, tratando-se de prerrogativa que apenas amplia os poderes de fiscalização

⁵³ BRASIL. Lei Complementar nº 105/01

⁵⁴ MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. A Inexistência de Sigilo Bancário para o Fisco. São Paulo: Dialética, 1999, p. 28.

assegurados à administração pública. Não se vê na espécie alteração legislativa de cunho material, dito de outra forma, que implique no estabelecimento de hipótese de incidência nova em relação a esse tributo, a instituição de uma nova obrigação tributária principal para o contribuinte, senão o aprimoramento da atividade fiscalizatória empreendida pelos entes da administração pública direta, assegurando àqueles investidos de atividade plenamente vinculada, instrumentos hábeis à consecução dessa finalidade que redundará no exercício do legítimo direito de cobrança.⁵⁵

Há que se pontuar, ainda, que aos contribuintes foi assegurado constitucionalmente o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos, em razão da necessidade de informação, para preservar o seu nome, patrimônio etc.

Nesse sentido, verifica-se que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 é constitucional, tendo em vista que o mesmo dever de transparência deve haver na relação do contribuinte com o Fisco, mantendo-se sempre a boa-fé, lealdade cívica e cooperação com a atividade fiscal.

Salienta-se, por oportuno, que a solicitação de informações à instituição bancária deve ser devidamente precedida do respectivo procedimento fiscal exigido pelo art. 6º, da LC nº 105/01, e se, porventura, o contribuinte não atender às solicitações de informações acerca da existência de valores não identificados pela Administração Tributária, descabe, em princípio, se falar em ilegalidade/abusividade da conduta do Fisco destinada à apuração da sonegação fiscal.

5. DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO VÁLIDA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA – CERCEAMENTO DE DEFESA – OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme o art. 269 do CPC, a “intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo”. Assim, para que a parte se manifeste ou não, a seu critério, sobre determinado ato processual praticado no curso do processo é necessário que tenha ciência do mesmo, pois a ausência deste

⁵⁵ GALVADÃO JR. Reinaldo. Da natureza do Comando Normativo Insculpido na Lei nº 10.174/2001. In: PIZOLIO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (coords.). Sigilo Fiscal e Bancário. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 383

conhecimento, dentre outras consequências, impossibilita-o de exercer sua liberdade de escolha entre recorrer ou deixar de recorrer de uma determinada decisão.⁵⁶

A Constituição Federal de 1988 consagrou e garantiu em seu art. 5º, LV o direito do contraditório e da ampla defesa, seja na esfera judicial ou administrativa. Desta forma, para que o processo seja justo é necessário observar, dentre outros elementos, se o contraditório e a ampla defesa foram respeitados e, assim, produzir seus efeitos sem a mácula da inobservância a um direito fundamental. Segundo André Albuquerque, o contraditório e ampla defesa são corolários do princípio do devido processo legal, segundo o qual o ato praticado por autoridade, para ser considerado válido, eficaz e completo, deve seguir todas as etapas previstas em lei, sendo caracterizado pela possibilidade de resposta e pela utilização de todos os meios em direito admitidos.⁵⁷

Assim, na concretização deste direito é importante que a Administração Pública, como fiel executora da Constituição e das Leis, garanta aos seus administrados o direito de rechaçar uma injusta decisão da qual fora submetido, permitindo a interposição de recurso a instância administrativa superior. Para isso, é necessário que cumpra as exigências legais e realize os atos necessários para a sua concretização.

É de se observar que o dispositivo Constitucional, assegura aos litigantes, seja em processo administrativo ou judicial todos os meios e recursos inerentes com o fito de concretizar o contraditório e ampla defesa. *Ex vi:*

Art. 5º (omissi)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁵⁸

⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Artigo nº 269. Saraiva. 2017.

⁵⁷ ALBUQUERQUE, André (26/mai/2006). Due Process Of Law: Influências Anglo-saxônicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Diretonet. Página visitada em 23/03/2017.

⁵⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Nos dizeres de Vicente Grego Filho, a ampla defesa é constituída a partir de cinco fundamentos: "a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função é essencial á Administração da Justiça (art. 133 [CF/88]); e e) poder recorrer da decisão desfavorável".⁵⁹

Há que se pontuar que a Receita Federal antes de acessar os dados bancários do contribuinte sem prévia autorização judicial, deve, necessariamente, notificar previamente o contribuinte em relação a dois atos, quais sejam: (i) a decisão que determinou a quebra e a (ii) informação que a diligência teria sido efetivada. Desta forma, o contribuinte deve ter conhecimento da decisão administrativa que autorizou a quebra do seu sigilo bancário e, de igual sorte, ser intimado do resultado da efetivação da diligência.

Segundo o Art. 26 da Lei 9.784/99 que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência da decisão ou a efetivação de diligências.⁶⁰

Assim, cabe a Receita Federal promover a intimação do contribuinte para os dois atos administrativos (decisão de quebra e informação da efetivação da medida), pois o resultado da referida quebra do sigilo bancário poderá trazer consequências nocivas para o contribuinte. Restando claro e evidente o interesse na decisão administrativa, tendo em vista o possível impacto no patrimônio do contribuinte, bem como a possibilidade de haver implicações em outras searas do direito.

Mais adiante, o art. 28 da Lei 9.784/99, deixa claro quais são os atos processuais que devem ser objeto de intimações. Segundo esse dispositivo, o interessado deverá ser intimado sobre os atos que resultem em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direito e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse. *Ex vi*:

⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶⁰ Lei 9.784/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 13/06/2017.

Art. 28. Devem ser objeto de intimações os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrições ao exercício de direito e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.⁶¹

É cristalino que a decisão no sentido da quebra do sigilo bancário proferida no âmbito administrativo poderá impor ao contribuinte deveres e causa-lhes ônus, motivo este, mais do que suficiente para ser ao menos intimado. A ausência de intimação sobre este ato configura total desrespeito ao princípio do devido processo legal, rompendo toda e qualquer noção de Estado Democrático de Direito. Algo que não se pode permitir.

Como já salientado, o processo não pode seguir o império da vontade estatal, mas sim o império da Lei, para que se tenha um julgamento justo e os direitos sejam respeitados.

Registra-se que em matéria tributária, o processo administrativo é regulado pelo Decreto nº 70.235/72. Desta forma a administração tributária deve observar os preceitos constantes no regulamento e realizá-los.

Conforme dispõe o art. 31 do Decreto nº 70.235 (RPAF), “a decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências”.⁶²

Ora, se os responsáveis tributários, em especial o contribuinte, não for intimado da decisão que determinou a quebra do sigilo bancário, não se pode falar em perda de prazo ou ausência de manifestação, ou seja, não deve a autoridade administrativa “quebrar o sigilo bancário” do contribuinte e dar continuidade aos processos administrativos como se o mesmo tivesse abnegado da discussão. Desta maneira, os processos administrativos estarão eivados por vícios, sendo passíveis de nulidade.

⁶¹ Lei 9.784/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 13/06/2017.

⁶² Lei 9.784/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em 13/06/2017.

Apesar de ser anterior a Carta Magna de 1988, o Decreto nº 70.235/72, o qual regula o processo administrativo fiscal federal, em respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa dispôs em seu art. 59 que os despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa seriam nulos, *ex vi*:

Art. 59. São nulos:

I – [...]

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.⁶³

Verifica-se, ainda, que os estados e municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, quando pautados pelas seguintes garantias: pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; a prévia notificação do contribuinte quanto a instauração do processo e a todos os demais atos; sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso; estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios.⁶⁴

Isto posto, constata-se que deve haver prévia notificação do contribuinte quanto a dois atos, quais sejam: (i) a decisão que determinou a quebra e a (ii) informação que a diligência teria sido efetivada, os quais caso sejam inobservados acarretará como via de consequência a nulidade do procedimento administrativo.

6. POSIÇÃO ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF sempre acompanhou a doutrina majoritária brasileira e entendia que o sigilo bancário possuía amparo constitucional e estaria inserido no direito à intimidade

⁶³ Decreto nº 70.235/72. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em 13/06/2017.

⁶⁴ Lei Complementar 105/2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 15/04/2017

e à vida privada, apesar de não ser um direito absoluto, mas relativo, sendo mitigado diante do interesse público, do interesse da justiça e do interesse social, conforme jurisprudências de diversos tribunais abaixo transcritas:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. CPMF. LEI 10.174/2001. LEGALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001. ALCANCE. FATOS PRETÉRITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. O STF já se manifestou sobre a ausência de caráter absoluto do direito ao sigilo bancário (AI AgR 655298/SP, Relator Ministro Eros Grau, publicado no DJ de 28.09.2007). 2. A jurisprudência possui entendimento no sentido da legalidade do § 3º do art. 11 da Lei n. 9.311/96, com redação dada pelo art. 1º da Lei n. 10.174/2001, que autorizou a prestação de informações por requisição da Secretaria da Receita Federal para fins de apuração de CPMF, podendo utilizá-las para a instauração de procedimento administrativo visando a apurar eventual existência de crédito tributário. 3. Em relação à Lei Complementar n. 105/2001, o STJ possui entendimento no sentido da legalidade da aplicação da referida lei, que prevê a quebra de sigilo bancário pela fiscalização tributária, em relação a procedimentos fiscais iniciados após a sua vigência, alcançando, no entanto, fatos anteriores a sua entrada em vigor, por ser uma norma, neste aspecto, de natureza procedimental, que tem aplicação imediata. 4. Apelação da Fazenda e remessa oficial providas. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. CPMF. LEI 10.174/2001. LEGALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001. ALCANCE. FATOS PRETÉRITOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. 1. O STF já se manifestou sobre a ausência de caráter absoluto do direito ao sigilo bancário (AI AgR 655298/SP, Relator Ministro Eros Grau, publicado no DJ de 28.09.2007). 2. A jurisprudência possui entendimento no sentido da legalidade do § 3º do art. 11 da Lei n. 9.311/96, com redação dada pelo art. 1º da Lei n. 10.174/2001, que autorizou a prestação de informações por requisição da Secretaria da Receita Federal para fins de apuração de CPMF, podendo utilizá-las para a instauração de procedimento administrativo visando a apurar eventual existência de crédito tributário. 3. Em relação à Lei Complementar n. 105/2001, o STJ possui entendimento no sentido da legalidade da aplicação da referida lei, que prevê a quebra de sigilo bancário pela fiscalização tributária, em relação a procedimentos fiscais iniciados após a sua vigência, alcançando, no entanto, fatos anteriores a sua entrada em vigor, por ser uma norma, neste aspecto, de natureza procedimental, que tem aplicação imediata. 4. Apelação da Fazenda e remessa oficial providas. (TRF – 1. AC 2001.38.00.011765-3/MG, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim De Sousa, Oitava Turma, e-DJF1 p.284 de 31/10/2008)⁶⁵

E ainda,

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. O Mandado de Segurança foi

⁶⁵ JUSBRASIL. Disponível em <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2016493/apelacao-civel-ac-11765-mg-20013800011765-3>. Acesso em 17/02/2017.

impetrado contra ato consubstanciado na Solicitação de Esclarecimento 98/2009, feita pela Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, em razão da diferença constatada entre o valor das operações comerciais declaradas e os dados fornecidos pelas instituições administradoras de cartões de crédito/débito, no período de julho/2007 a dezembro/2008.2. A ilegalidade suscitada pela impetrante, ora recorrente, não reside na Solicitação de Esclarecimento em si, mas em ato preexistente, qual seja, a obtenção de informações financeiras pelo Fisco.3. De qualquer modo, ressalto inexistir a suposta ilegalidade, tendo em vista que tais informações foram obtidas pela autoridade fiscal com respaldo na Lei 11.651/1991 (Código Tributário do Estado de Goiás).4. Com a implementação da Lei Complementar 105/2001, a quebra do sigilo bancário, em procedimento administrativo-fiscal, passou a prescindir de autorização judicial (art. 6º). Precedentes do STJ.5. Recurso Ordinário não provido. (STJ- Processo: RMS 31435 GO 2010/0017624-0, Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA, Publicação: DJe 21/06/2010, Julgamento: 11 de Maio de 2010, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN⁶⁶

Do mesmo modo;

TRIBUTÁRIO. QUEBRA DE SIGILO FISCAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. LEGALIDADE. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. ART. 197 DO CTN. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ORIGEM DOS RECURSOS FINANCEIROS. 1 - Verifica-se que não merecem prosperar as alegações trazidas pelo apelante, uma vez que não se mostram aptas a desconsubstanciar os fundamentos da sentença proferida. 2 - No que diz respeito à alegação de ilegalidade na quebra de sigilo bancário efetuada, toda a documentação acostada aos autos recai no sentido da existência de fortes indícios de fraude fiscal, principalmente considerando os depósitos efetuados na conta corrente do autor desacompanhados de qualquer declaração de sua origem, não havendo configuração de ilicitude na quebra efetuada, uma vez que o sigilo bancário não se caracteriza como direito absoluto, principalmente quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, como na hipótese em apreço. 3 - O art. 197, II, do CTN, impõe que os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras prestem à autoridade administrativa fiscal todas as informações de que disponham em relação aos bens, atividades e negócios de terceiros, sendo desnecessária a autorização judicial para tal fim.4 - Houve por bem disciplinar a atuação dos agentes fiscais tributários, estabelecendo-se que a quebra de sigilo bancário somente poderia efetivar-se quando houvesse procedimento administrativo instaurado, ou procedimento fiscal em curso, bem como tais dados fossem considerados imprescindíveis à apuração, o que expressa o art. 6º da LC 105/01. 5 - Nota-se que a situação retratada nos autos é plenamente amparada pelo art. 6º, da LC 105/01, não havendo qualquer ocorrência de ilegalidade ou ofensa a direito fundamental esculpido na Carta Magna. 6 - As normas tributárias procedimentais ou formais aplicam-se imediatamente ao lançamento do tributo, ainda que digam respeito a fato gerador ocorrido antes de sua entrada em vigor. Já as leis de natureza material, ou seja, aquelas que descrevem os elementos dos tributos, somente alcançam fatos geradores ocorridos durante a sua

⁶⁶ JUSBRASIL. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19146877/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-31435-go-2010-0017624-0>. Acesso em 17/03/2017.

vigência. 7 - Os dispositivos que permitem a utilização de dados da CPMF pelo fisco para apuração de eventuais créditos fiscais relativos a outros tributos são normas procedimentais e, sendo assim, não prevalece a irretroatividade das leis preconizadas pelo apelante. 8 - Não há qualquer violação ao Princípio da Irretroatividade das Normas, igualmente ao direito à intimidade e à vida privada, sendo legítima a cobrança em questão, visto que à autoridade fiscal é permitida a utilização de dados bancários fornecidos por instituições financeiras ou pelo próprio contribuinte com a finalidade de apurar eventuais créditos fiscais referentes a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. 9 - Frise-se, ainda, que a quebra de sigilo bancário efetivada em decorrência de determinação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito é plenamente amparada pelo direito pátrio, visto se tratar de instrumento eficiente e necessário nas investigações patrimoniais e financeiras tendentes à apuração da autoria dos atos relacionados com a prática contra o erário de condutas ilícitas, como soem ser a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito e os ilícitos fiscais. 10 - Toda a documentação acostada aos autos demonstra a ocorrência de depósitos na conta bancária do autor, os quais foram omitidos em sua declaração de imposto de renda, o que caracteriza lucro não originalmente oferecido à tributação, não tendo o apelante colacionado qualquer prova apta a amparar suas alegações. 11 - Apelação improvida. (TRF – 2. Processo: AC 200451010197373 RJ 2004.51.01.019737-3, Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Publicação: E-DJF2R - Data::04/11/2011 - Página::103/104, Julgamento: 25 de Outubro de 2011, Relator: Juíza Federal Convocada SANDRA CHALU BARBOSA)⁶⁷

Entretanto, com o julgamento do Recurso Extraordinário de número 601314 / SP, o qual apreciou o tema 225 de repercussão geral, a discussão de quem teria poderes para afastar o dever de sigilo teve solução final.

Nesse sentido, o Recurso Extraordinário de número 601314 foi conhecido e teve o provimento negado por maioria dos votos, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

Assim, por maioria dos votos e seguindo os parâmetros do voto do Relator, o Ministro Edson Fachin, o Tribunal fixou que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofendia o direito ao sigilo bancário, utilizando a seguinte tese:

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”; e, quanto ao item “b”, a tese: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da

⁶⁷ JUSBRAZIL. Disponível em <https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22250315/apelacao-civel-ac-200451010197373-rj-20045101019737-3-trf2>. Acesso em 12/02/2017.

irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN.⁶⁸

Outrossim, verifica-se que os argumentos desenvolvidos pelos votos dos Ministros vencidos, de um modo geral, foram pautados na jurisprudência anterior do STF, ao enfatizar que a restrição ao direito fundamental em apreço só pode ser feita por intermédio de decisão judicial devidamente fundamentada (princípio da reserva de jurisdição).

Entretanto, em apertada síntese constata-se que os votos favoráveis para acolher a tese da constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/01, pautaram-se nos fundamentos de que os dados bancários são de conteúdo patrimonial, cujo âmbito de proteção pelo direito de intimidade e privacidade é menos intenso. Ademais, não haveria quebra do dever de sigilo, mas mera transferência do dever de segredo e proibição de divulgação, transmutando-se o sigilo bancário em sigilo fiscal. Asseveraram, ainda que em razão da existência de um dever fundamental de pagar tributos e em face da liquidação de boa parte dos tributos atualmente ser de inteira responsabilidade do sujeito passivo, não haveria dúvidas de que impedir o acesso aos dados bancários que indicam os valores envolvidos nas movimentações financeiras impediria que a administração pública atuasse de forma eficiente e eficaz no combate a sonegação e na necessária busca pela garantia da isonomia na tributação.

Nessa seara, o STF pôs fim a controvérsia acerca da discussão de quem teria poderes para afastar o dever de sigilo, entendendo que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofendia o direito ao sigilo bancário, consubstanciando a tese na jurisprudência abaixo transcrita:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO 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

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 3.

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 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. (RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016)⁶⁹

Por fim, no tópico subsequente detalharemos de modo sintetizado o conteúdo dos votos de cada um dos Ministros que participaram do julgamento, expondo os aspectos atinentes a possibilidade da quebra do sigilo bancário pela Administração Tributária, sem prévia autorização judicial e os argumentos contrários a tese.

6.1. EDSON FACHIN

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 1.

Para o Ministro Edson Fachin duas questões merecem destaque no que tange a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, a primeira é a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 e a segunda, mas não menos importante, é saber se a utilização das formas de fiscalização designados na Lei 10.174/2001 ofende o princípio da irretroatividade das leis.⁷⁰

Inicialmente Fachin conceitua o sigilo bancário como “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”.⁷¹

Nesse sentido, os tributos seriam contribuições essenciais destinadas ao progresso e ao bem-estar social da comunidade organizada.

Assim, o constituinte decidiu formar um Estado Fiscal para poder estabelecer a obrigatoriedade do pagamento do tributo, pautando-se no princípio da subsidiariedade, o qual dispõe que seria de responsabilidade da comunidade política satisfazer os anseios da população, notadamente aqueles que detêm um baixo poder econômico.⁷²

Desse modo, a quebra do sigilo bancário figura-se aceitável, tendo em vista que seria ilegítimo utilizar o sigilo bancário com o objetivo de sonegar tributos devidos por um contribuinte.⁷³

Salienta ainda o referido ministro que os Tribunais pátrios têm garantido a flexibilização do direito ao sigilo bancário quando for constatado legítimas expectativas de obtenção de receitas públicas para os cofres públicos.⁷⁴

Destaca Fachin que no âmbito internacional:

O Estado brasileiro tem reiteradamente tomado decisões soberanas a fim de se integrar ao conjunto de esforços globais de combate à fraude fiscal internacional, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, por

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 18.

⁷¹ Ibidem, p. 19

⁷² Ibidem, p. 20

⁷³ Ibidem, p. 21

⁷⁴ Ibidem, p. 22

meio do aprimoramento da transparência fiscal em relação às pessoas jurídicas e arranjos comerciais.⁷⁵

Constata que a igualdade entre os contribuintes é satisfeita com o pagamento dos tributos, de acordo com a capacidade contributiva de cada um, o qual se submete a um Estado soberano comprometidos em satisfazer a necessidade da população.⁷⁶

Nessa seara, Edson Fachin entende que:

“A identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela Administração Tributária serve para a efetivação do princípio da capacidade contributiva, o qual, por sua vez, encontra-se em risco de violação em todas as restritivas hipóteses autorizadoras de acesso da Administração Tributária às transações bancárias dos contribuintes, tal como arroladas nos incisos do art. 3º do Decreto 3.724/01, que regulamenta o art. 6º da lei impugnada”.⁷⁷

Verifica-se que o Fisco pautou-se conforme os dispositivos constitucionais na medida em que determinou comandos específicos para a requisição de informações para as instituições bancárias, bem como manteve o sigilo de dados a respeito das transações financeiras dos contribuintes, de modo que houve a transferência do sigilo da esfera bancária para a esfera fiscal.

Observa o Ministro que o teor do artigo 6º da Lei Complementar 105/01:

É taxativo ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, somente se (i) houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e (ii) tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.⁷⁸

Desse modo, não haveriam dúvidas acerca da aplicação do artigo 198 do CTN no caso da quebra do sigilo bancário e de todas as limitações incidentes sob o agente

⁷⁵ Ibidem, p. 36

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 37

⁷⁷ Ibidem, p.38

⁷⁸ Ibidem, p. 39

público em decorrência do sigilo bancário e fiscal, sob pena de responsabilização nas esferas cível, administrativa e criminal.

Por fim, o voto do Ministro Edson Fachin é concluído da seguinte forma:

Nesse sentido, ante a ausência de uma dicotomia definitiva e real entre Fisco e Contribuinte, como colocado nas premissas desse voto, a meu ver, a mesma lógica de boa-fé, lealdade cívica e cooperação com a atividade fiscal é exigível de todos os contribuintes, em decorrência do imperativo de igualdade que se coloca em relação aos demais concidadãos.

Por isso, firmo a convicção no sentido da compatibilidade material do art. 6º da Lei Complementar 105/01 em cotejo com a normatividade constitucional.⁷⁹

6.2. LUÍS ROBERTO BARROSO

O Ministro Luís Roberto Barroso inicia o voto tratando da questão do sigilo bancário, dividindo-o em três partes: a primeira fala sobre o contexto atual da tributação e do sigilo bancário no mundo, na segunda parte, ressalta o aspecto constitucional da matéria e na terceira e última discorre sobre os efeitos práticos que a manutenção do sigilo bancário pode acarretar.

Pontua Barroso que o principal argumento constitucional contra a quebra do sigilo bancário reside na salvaguarda de dois direitos fundamentais: a intimidade e a vida privada.⁸⁰

Antes a jurisprudência do STF colocava o Brasil em situação diversa da maioria dos países civilizados na medida em que a jurisprudência era sedimentada na proteção ao direito da intimidade, de modo que havia interdição ao acesso dos dados bancários pela própria Administração Tributária, sem prévia autorização judicial.

Observa o Ministro que, embora o sigilo fiscal decorrente do art. 5º, X da CF/88 mereça proteção constitucional, há de se destacar que a proteção a esse direito é exclusivamente patrimonial e não é absoluto, comportando uma certa flexibilidade. Ou seja, há de ser observado o dever constitucional de pagar tributos e o princípio da

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 43.

⁸⁰ Ibidem, p.44

isonomia, consubstanciado no âmbito fiscal como o dever de todos os contribuintes contribuírem de forma igualitária para a manutenção financeira do Estado, de modo que o princípio insculpido no art. 5º, X, da CF/88 não deveria prevalecer sobre o dever de pagar o tributo e o princípio da isonomia entre os contribuintes.⁸¹

Acerca da colisão entre direitos fundamentais previstos constitucionalmente, Barroso esclarece que:

Não tenho dúvidas que o direito à intimidade e à proteção da vida privada dos indivíduos são direitos fundamentais de extrema relevância, já que se ligam diretamente aos valores da liberdade e da dignidade humana, pilares de qualquer Estado que se pretenda Democrático e de Direito. Todavia, considero que a oposição de sigilo bancário à Administração Tributária não tem relação direta com tais garantias constitucionais. Ou, ainda que tenha, não estão no seu núcleo essencial a ponto de apresentarem a eficácia jurídica de regra, como pretendem os defensores de uma concepção quase absoluta de sigilo bancário.

Em outros termos, o que se quer dizer com isso é algo absolutamente trivial em matéria de direito constitucional: os direitos fundamentais, aí incluídos a intimidade e a vida privada, podem sofrer restrições e o grau aceitável de compressão desses direitos varia também de acordo com circunstâncias e os demais direitos em jogo, sem que isso, *prima facie*, possa ser considerada uma violação à Constituição. Sendo assim, somente através de uma análise à luz do caso concreto será possível definir se a restrição promovida a um determinado direito fundamental respeitou ou não o princípio da proporcionalidade, postulado que irá conduzir o processo de decisão.⁸²

Desse modo, verifica-se que a cobrança de tributos não atende somente aos interesses do Estado, mas também atende aos interesses coletivos. Tendo em vista que o valor recolhido a título de tributos que beneficiarão a coletividade, esteja descrito de forma igualitária, de acordo com a efetiva capacidade contributiva de cada cidadão. Assim, a quebra do sigilo bancário promove o aumento da arrecadação tributária e burlam os desvios daqueles que tentam de escusar indevidamente do pagamento do tributo.

De mais a mais, ressalta o Ministro que a quebra do sigilo bancário auxilia o fisco no combate à sonegação fiscal de forma que haverá uma coibição em relação

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 63.

⁸² *Ibidem*, p.65

aos contribuintes que se escusem de maneira ilegal da repartição do ônus de custear as despesas do Estado.⁸³

Apona, ainda, o Ministro que a quebra do sigilo bancário, sem que haja prévia autorização judicial viabilizará a celeridade processual e evitará sobrecarregar o poder judiciário.⁸⁴

Em síntese preliminar, analisa Barroso que os custos e os benefícios da quebra do sigilo bancário por parte da autoridade fiscal, acarreta inúmeros ganhos a sociedade, de modo que os benefícios se sobrepõem as restrições meramente patrimonial relacionadas aos direitos fundamentais de intimidade e privacidade dos contribuintes.⁸⁵

Para Barroso os benefícios relacionados a quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal são:

Em relação aos benefícios decorrentes da medida em questão, é possível apontar: (i) a promoção da isonomia tributária e da justiça fiscal (art. 150, II, da CF); (ii) a realização dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade na cobrança dos créditos tributários (arts. 37 e 70, CF); (iii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que alguns agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos (art. 170, IV, CF), e (iv) o descongestionamento do Judiciário, em benefício da realização do princípio da razoável duração do processo (art. 5, LXXVIII, CF).⁸⁶

Barroso destaca que não haveria violação do direito a intimidade, pois os referidos dados bancários não são tornados públicos, em verdade, existe apenas transferência do dever de sigilo, vez que os dados continuam excluídos do público, apenas em custódia do Poder Público. Ademais, burlar tal regra implica em sanções da esfera administrativa, civil e criminal.⁸⁷

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 65.

⁸⁴ Ibidem, p.66

⁸⁵ Ibidem, p.67

⁸⁶ Ibidem, p. 68

⁸⁷ Ibidem, p.69

Pontua, ainda, que de todo modo terceiros tem acesso aos dados bancários dos contribuintes por meio de contratos, sem que haja a alegação de quebra do sigilo bancário a exemplo dos gerentes bancários.⁸⁸

Opina Barroso que nesse caso:

O direito à intimidade, no caso, não é afetado, tendo em vista que tais informações são gerenciadas para finalidades específicas e de maneira a manter o seu sigilo salvaguardado do público, em geral. Levar às últimas consequências a argumentação trazida pelos defensores de uma versão ampliada do sigilo bancário, poderia conduzir a um engessamento das próprias relações bancárias e dos sistemas de proteção ao crédito.

Também é preciso lembrar que a Administração Tributária já é a guardiã natural da compilação de todas as informações bancárias e econômicas daqueles contribuintes que cumprem corretamente suas obrigações e entregam esses dados ao Fisco, sendo corriqueira a utilização de tais dados para promover a cobrança. Imaginando no caso do imposto de renda das pessoas físicas, há informações diretamente ligadas à porção existencial da vida do contribuinte, tais como: a assunção como dependente de um filho havido fora do casamento e sem o conhecimento do conjugue; despesas médicas por tratamentos de doenças graves que são discriminados para que possam ser deduzidos da base de cálculo; doações feitas a outras pessoas físicas; a indicação de alguma das enfermidades grave que dão direito à isenção do imposto; entre outras. Nem por isso, se cogita de declarar tais obrigações inconstitucionais ou condicionar o seu fornecimento à prévia determinação judicial.⁸⁹

Outro ponto relevante levantado pelo Ministro diz respeito a hipótese da consagração da necessidade de prévia autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, vez que a administração tributária além de não poder exigir das instituições bancárias, também não poderiam exigir diretamente dos contribuintes tais informações, tendo em vista que os contribuintes que fornecem as referidas informações fiscais de forma espontânea ao fisco no prazo regulamentar, o fazem por imposição legal, de modo que caso a quebra do sigilo bancário seja acolhido, haveria de ser declarado inconstitucional todos os atos normativos que exigem tais dados dos contribuintes, o que indubitavelmente acarretaria um efeito catastrófico da atividade fiscalizatória e arrecadatória tributária de um modo geral.⁹⁰

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p.71

⁸⁹ Ibidem, p.72

⁹⁰ Ibidem, p.73

Por fim conclui o referido ministro que:

Em conclusão parcial, penso que, no mundo atual e em constante revolução tecnológica, não se pode ter a ilusão de sigilo absoluto de dados. Cada vez mais se caminha, por razões jurídicas ou de ordem prática, para a garantia de uma troca segura de informações entre os órgãos de controle, bancos e até mesmo Estados soberanos, afastando-se da ultrapassada noção de interdição total do acesso aos dados acobertados por sigilo bancário ou fiscal, bem como de uma reserva de jurisdição para obtenção dessas informações.⁹¹

6.3. TEORI ZAVASCKI

O Ministro Teori Zavascki acompanhou o voto do relator salientando que a análise da quebra do sigilo, sem prévia autorização judicial deve ser analisada sob três óticas, quais sejam: o direito à privacidade e a intimidade, a preservação da segurança das informações e finalmente a reserva prévia da jurisdição, já que todo ato administrativo está sujeito ao controle jurisdicional.⁹²

Em relação à questão da privacidade dos dados bancários, opina o Ministro que a matéria não pode ser focada com base no art. 5º da Constituição, fundamentando a negativa da seguinte forma:

Se examinarmos as operações elencadas no § 1º do art. 5º da Lei, constataremos, como já foi acentuado aqui, que, a rigor, todos os contribuintes já têm obrigação de fornecê-las ao Fisco, ainda que essa obrigação seja um retrato de um determinado dia do ano, 31 de dezembro, que serve de base para o ajuste anual. Mas nada impediria, teoricamente, que, como já ocorre com as empresas, haja obrigação de prestar informações numa periodicidade menor. De modo que, a se afirmar que há uma reserva de intimidade em relação a elas, teríamos de afirmar que há uma reserva de intimidade também em relação às demais informações exigidas pelo Fisco. E sabemos que não é assim. O Ministro Barroso mostrou muito bem que prestamos à Receita informações muito mais íntimas, inclusive sobre as pensões alimentícias ou sobre a nossa saúde, a nossa condição pessoal, dos nossos filhos, dos nossos dependentes, que vai desde a pediatria até a geriatria, passando pela psiquiatria.⁹³

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 73.

⁹² Ibidem, p. 86

⁹³ Ibidem, p. 87

Pontua Teori que em relação a segurança das informações dos contribuintes, não há quebra do sigilo bancário já que a lei autoriza que as autoridades fiscais dos Estados, Municípios e da União examinem os documentos, livros e registros das instituições financeiras, pois, em verdade, a Administração Fiscal não tem autorização para quebrar o sigilo muito pelo contrário, é autorizada a tão somente examinar os dados sem, contudo, divulgá-los a terceiros.⁹⁴

O risco de vazamento de dados pode decorrer da própria instituição financeira, pelos agentes que tem acesso a esses dados em razão da atividade laboral, bem como no âmbito jurisdicional, já que a prévia autorização judicial para quebra do sigilo bancário não inibiria o vazamento dos dados.

Sobre o tema, o referido Ministro questiona:

O que a prévia reserva de jurisdição acrescentaria em termos de segurança? Penso que, nesse aspecto, absolutamente nada. Pelo contrário! A não ser que transformássemos essa prévia reserva de jurisdição num processo sigiloso, a participação do Judiciário somente ampliaria o risco de insegurança das informações. Aliás, Ministro Toffoli referiu exemplos recentes que mostram que há muito mais vazamento de informações protegidas por lei que constam em processo judicial do que propriamente vazamentos de informações bancárias ou de informações fiscais.

Ressalta, Teori que no caso da reserva da jurisdição, a jurisdição repressiva satisfaz as necessidades, vez que se houver abusos por parte da Administração Pública, será assegurado ao contribuinte ajuizar as ações anulatórias pertinentes para conter os referidos abusos.⁹⁵

Em suma, Teori Zavascki acompanhou o relator concluindo o voto nos seguintes termos:

No meu entender, Senhor Presidente, e um pouco na linha do que Vossa Excelência ontem falou a respeito da indesejada tendência de se cultuar muito mais os valores patrimoniais do que os pessoais, eu vejo, nesse embate envolvendo sigilo bancário - que não é novo -, uma espécie de culto fetichista aos dados bancários, preocupado, não propriamente a preservar a intimidade das pessoas, mas a impedir que o acesso das autoridades a dados bancários impeça que eles realizem, com eficiência, a fiscalização da correção das

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 87

⁹⁵ Ibidem, p. 88

informações, que já são obrigatoriamente prestadas nas declarações anuais.⁹⁶

6.4. ROSA WEBER

Para a Ministra Rosa Weber não há quebra do sigilo bancário no acesso do Fisco as informações bancárias dos contribuintes sem prévia autorização judicial, mas sim transferência de sigilo bancário, pautando-se na supremacia do interesse público em detrimento do privado.⁹⁷

Pontua a referida Ministra que os preceitos constitucionais discutidos nesse tema são:

Os preceitos constitucionais indicados contemplam, em síntese, o direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (5º, X), a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (5º, XXXVI), os princípios do devido processo legal e da ampla defesa (5º, LIV e LV), da irretroatividade tributária (150, III, “a”). Merecedores, ainda, de reprodução integral o inciso XII do art. 5º, que versa sobre o sigilo de dados e aponta a necessidade de ordem judicial à sua quebra, e o § 1º do art. 145, § 1º, da Carta Política, que informa, por um lado, que a administração tributária deve observar a capacidade econômica do contribuinte, buscando identificar o seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas, e, por outro, que a efetivação desse objetivo se faça em respeito aos direitos individuais e nos termos da lei.⁹⁸

Já os preceitos infraconstitucionais são:

Cumpre registrar os preceitos infraconstitucionais igualmente necessários ao deslinde da controvérsia, a saber: i) o parágrafo único do art. 6º da LC 105/01, pelo qual autorizados agentes fiscais e autoridades tributários a examinar dados bancários, na forma e hipóteses que elenca, observado o dever de sigilo; e ii) o § 3º da Lei 10.174/01, que alterou o art. 11 da Lei 9.311/96, facultando a utilização de informações decorrentes da CPMF, para fins de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário.⁹⁹

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 89

⁹⁷ Ibidem, p. 90

⁹⁸ Ibidem, p. 91

⁹⁹ Ibidem, p. 92

Para Rosa Weber dois aspectos foram levados para a apreciação do Supremo Tribunal Federal um deles foi a oponibilidade do sigilo bancário a Receita Federal, visando restringir que o Fisco tenha acesso as informações dos contribuintes, ainda que trasladado o dever de sigilo e no âmbito do processo administrativo devidamente formalizado, sem que haja prévia autorização judicial. Outro aspecto levado em consideração foi a sujeição da Lei 10.174/01 em relação ao princípio da irretroatividade tributária, visando inviabilizar a cobrança de tributos, com base nos dados decorrentes da CPMF, do período anterior à vigência do referido dispositivo legal.¹⁰⁰

Em relação a quebra do sigilo bancário pelo Fisco sem prévia autorização judicial, opina a Ministra que:

Não há dúvida de que o interesse público há de sobrepassar sim sobre o interesse privado, bem como de que o sigilo bancário tem estatura, sim, constitucional, proteção constitucional. Sob tal prisma, entendo que os contornos do direito fundamental ao sigilo bancário não impedem a existência de um sistema de arrecadação que inclua, adotadas as devidas cautelas, o acesso do Estado a determinados dados por instituições do Estado responsáveis por zelar pela lisura das relações tributárias, em hipótese em que se opera verdadeira transferência de sigilo.

Não se trata, enfatizo, de afastar ou eliminar o direito ao sigilo de dados (bancários), como se o particular fosse ficar a descoberto em face do Estado. Preserva-se o delineamento dessa tão importante garantia constitucional, verificando a sua conformação com outros preceitos constitucionais regentes da disciplina e compatibilizando-o com a moldura jurídico-constitucional tributária vigente.¹⁰¹

Salienta, Rosa Weber, que o Estado nunca está em posição de igualdade em relação aos contribuintes, até mesmo nos casos do poder público atuar sem as prerrogativas que lhe são conferidas, pois nunca poderá afastar-se do dever de prezar pelo interesse público em detrimento do particular.¹⁰²

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p.92

¹⁰¹ Ibidem, p.94

¹⁰² Ibidem, p.95

Pontua, ainda, a Ministra que a Administração Tributária deve observar a capacidade financeira de cada contribuinte, devendo essa conferência ser efetivada observando o patrimônio de cada contribuinte, para que todos passam contribuir de forma igualitária.¹⁰³

Em suma, a referida Ministra conclui o voto opinando que:

E por essa ótica, sem que se possa apontá-lo desprovido de razoabilidade ou de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), labora o preceito do parágrafo único do art. 6º da LC 105/01, ao franquear a autoridades e agentes fiscais tributários, por um lado, o acesso a documentos, livros e registros de instituições financeiras – em ganho de eficiência no sistema tributário, e, portanto, em medida de igualação dos contribuintes segundo as suas capacidades -, e, por outro, ao exigir que o acesso se dê no bojo de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e desde que a autoridade responsável considere indispensável o exame dos dados, bem como ao trasladar aos agentes públicos o dever de sigilo, cuja inobservância acarreta consequências não somente na esfera administrativa, mas também na penal.¹⁰⁴

6.5. DIAS TOFFOLI

O Ministro Dias Toffoli acompanhou o relator Edson Fachin e votou no mesmo sentido, ou seja, de que não há inconstitucionalidade na quebra do sigilo bancário pelo Fisco no âmbito do processo administrativo.¹⁰⁵

6.6. CÁRMEN LÚCIA

Para a Ministra Cármem Lúcia não há quebra do sigilo na medida em que este é mantido mediante várias normas que são úteis para que o contribuinte tenha segurança e por outro lado que o interesse público seja assegurado. Ademais, o Fisco

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 96

¹⁰⁴ Ibidem, p. 97

¹⁰⁵ Ibidem, p. 98

precisaria ter acesso aos dados dos contribuintes para que sejam praticados atos visando coibir fraude fiscal.¹⁰⁶

A referida ministra concluiu o voto opinando no sentido de que a quebra do sigilo bancário pelo Fisco não agride ou afronta a Constituição Federal pelos seguintes fundamentos:

Então, mantenho a minha compreensão de que aqui não há agressão ou afronta ao art. 5º, ao princípio do sigilo dos dados financeiros, até porque, como lembrou o Ministro Teori, falar-se na intimidade da empresa já traz uma dificuldade de compreensão, porque intimidade vem de imo, que é a alma do ser humano. Quer dizer, nós podemos falar em privacidade das pessoas jurídicas, e a privacidade não está rompida, porque não é para dar a público, é para dar a outro ente que demanda esses dados e que realmente nem pelo princípio da eficiência da Administração Pública necessitaria dessa reserva de jurisdição.¹⁰⁷

6.7 MARCO AURÉLIO

Inicialmente o Ministro Marco Aurélio ressalta que a inviolabilidade de dados, inclusive os dados bancários estão previstos no art. 5º no inciso XII da Constituição Federal.¹⁰⁸

Aduz que, o sigilo bancário somente pode ser afastado por ordem judicial, por ser um órgão equidistante do interesse das partes.¹⁰⁹

Salienta, ainda, que a decisão judicial que determina a quebra do sigilo bancário deve ser devidamente fundamentada e utilizada para apenas para fins de investigação criminal e instrução processual penal.¹¹⁰

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 101.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 102.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 108.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 109.

¹¹⁰ Ibidem, p. 110.

Para o referido Ministro “a Receita Federal é parte de uma relação jurídico-tributária. Por isso, não se pode cogitar de interesse público primário, mas, sim, de secundário, como arrecadadora de tributos”.¹¹¹

Ressalta Marco Aurélio que:

Já ressaltai, e ressalto muito, que, em Direito, há princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio e que, na pureza da linguagem, está o entendimento desejável, a paz social, não se podendo confundir sigilo com compartilhamento. A partir do momento em que haja o compartilhamento totalmente fora das balizas constitucionais, desaparece o próprio sigilo. É a questão que acabei de referir: sigilo com compartilhamento não é sigilo; como segredo participado a outrem deixa de ser segredo.¹¹²

Por fim, vota o referido Ministro no sentido de afastar a possibilidade de acesso direto aos dados bancários pelos órgãos públicos.¹¹³

6.8. LUIZ FUX

O Ministro Luiz Fux acompanhou o voto da maioria concluindo que a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, nos moldes do art. 105 da CF, objetivando à fiscalização dos tributos, não padece de nenhuma ilegalidade. Defende, ainda, a aplicação imediata desse método de apuração e processo de fiscalização tributária, conforme dispõe o art. 144, § 1º, do CTN.¹¹⁴

6.9. GILMAR MENDES

Inicialmente pontua o Ministro Gilmar Mendes que o cerne da questão acerca do direito fundamental ao sigilo, previsto constitucionalmente, perpassa pelo acesso

¹¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 116.

¹¹² Ibidem, p. 121.

¹¹³ Ibidem, p. 122.

¹¹⁴ Ibidem, p. 125.

das informações bancárias dos contribuintes pela Autoridade Fiscal, sem prévia autorização judicial.¹¹⁵

Ressalta que os principais artigos constitucionais que tratam do tema são os incisos X e XII do art. 5º, que asseguram a inviolabilidade do sigilo de dados e o art. 145, § 1º, da Constituição Federal.¹¹⁶

Reconhece o referido ministro não haver garantia universal contra o acesso dos dados bancários pelo Estado, pois tal medida é necessária para que certas atividades estatais possam ser desempenhadas.¹¹⁷

Entretanto, destaca que o acesso direto aos dados bancários dos contribuintes pela Autoridade Fiscal violaria a privacidade e colocaria o comando constitucional em risco.¹¹⁸

Nesse sentido, votou o referido ministro no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, sob o fundamento de que pode haver restrições aos direitos fundamentais mesmo sem autorização dos contribuintes para que haja concretização dos direitos constitucionais.¹¹⁹

Assim, o julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 perpassa pela análise da adequação, necessidade e proporcionalidade.

Para o Ministro a Lei Complementar 105/2001 mostra-se adequada “porque promovem o propósito a que se destinam, que é fornecer à Autoridade Fazendária os subsídios – no caso, as informações – de que precisa para levar a cabo seu mister constitucional de fiscalizar e cobrar tributos”.¹²⁰

Desse modo, o cerne da questão estaria na autorização para que o Fisco utilize os dados bancários para promover cruzamentos, averiguações e conferências para

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 126.

¹¹⁶ Ibidem, p. 127.

¹¹⁷ Ibidem, p. 128.

¹¹⁸ Ibidem, p. 129.

¹¹⁹ Ibidem, p. 130.

¹²⁰ Ibidem, p. 138.

que posteriormente possa cobrar os tributos que, porventura, tenham sido pagos a menor.¹²¹

Pontua, que o Estado depende da arrecadação dos tributos para que possa existir e desempenhar as obrigações previstas na Constituição Federal, mas isso não significa um desprestígio aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte.¹²²

Nesse sentido, ressalta que:

Assim, instrumentos como os previstos na Lei Complementar 105/2001, destinam-se a conferir efetividade a esse dever geral de pagar impostos e, sobretudo, a garantir que se faça de forma justa a repartição dos custos do Estado, na forma do previsto no art. 145 da Constituição Federal.

Aliás, é bom lembrar que os instrumentos de fiscalização em exame refiro-me, é claro, à transferência ao Fisco de informações sigilosas – não representam medidas isoladas no contexto da atuação fazendária. Ao contrário, a legislação, aqui e alhures, confere à Autoridade Fazendária diversos poderes/prerrogativas específicos para fazer valer o dever geral de pagar impostos.¹²³

Ademais, o Ministro Gilmar Mendes entende que a Lei Complementar 105/2001 figura-se necessária, pois o Fisco precisa de acesso direto às informações bancárias dos contribuintes para fiscalizar e cobrar os tributos devidos.¹²⁴

Ressalta ainda que, caso houvesse necessidade de autorização judicial para que o Fisco tenha acesso às informações bancárias dos contribuintes, haveria procrastinação do envio das informações e alguns créditos poderiam tornar-se prescritos ou sequer constituídos de fato.¹²⁵

Outro ponto relevante trazido no voto do Ministro é que há uma tendência mundial no sentido de ampliar a troca de informações fiscais entre países, visando garantir a efetividade da fiscalização tributária, combater a evasão fiscal, lavagem de dinheiro e a corrupção.¹²⁶

¹²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 138

¹²² Ibidem, p. 139

¹²³ Ibidem, p. 140

¹²⁴ Ibidem, p. 141

¹²⁵ Ibidem, p. 142

¹²⁶ Ibidem, p. 143

No mais, haveria proporcionalidade na quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, pois a restrição imposta pelo sigilo é superada pela importância dos objetivos visados.¹²⁷

Destaca que continua com o fisco a obrigação de manter o sigilo acerca das informações adquiridas por meio da Lei Complementar 105/2001, já que não pode haver “quebra” do sigilo e sim “transferência” das informações.¹²⁸

Para o Ministro Gilmar Mendes o “Fisco tem o dever de “identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”, como prevê expressamente o §1º do art. 145 da Constituição Federal. E precisa dos meios necessários para tanto”.¹²⁹

Salienta, por fim, que a legislação possui meios suficientes para proteger a intimidade financeira dos contribuintes e mantê-las longe do alcance de terceiros e caso haja descumprimento o processo estará eivado de nulidade.¹³⁰

6.10. CELSO DE MELLO

O Ministro Celso de Melo inicia o voto ressaltando que a Constituição Federal não pode ser transgredida nem degradada pelo Estado, muito menos por seus respectivos prepostos.¹³¹

Nesse sentido, vota vencido o referido Ministro reafirmando que:

Reafirmando a posição que adotei no julgamento plenário do RE 389.808/PR, ênfase, uma vez mais, neste processo, que a controvérsia suscitada na presente causa impõe algumas reflexões em torno do delicadíssimo tema pertinente ao alcance da norma inscrita no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição, cujo texto, ao consagrar a tutela jurídica de valores essenciais, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)” (grifei).

Cabe esclarecer, desde logo, que a noção de privacidade leva em consideração as múltiplas dimensões em que essa ideia nuclear se

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 144

¹²⁸ Ibidem, p. 145

¹²⁹ Ibidem, p. 146

¹³⁰ Ibidem, p. 150

¹³¹ Ibidem, p. 152

desenvolve, projetando-se, p. ex., no plano da privacidade financeira, que se revela comum tanto às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas.

Esse tema ganha maior relevo se considerar o círculo de proteção que o ordenamento constitucional estabeleceu em torno das pessoas, notadamente dos contribuintes do Fisco, objetivando protegê-los contra ações eventualmente arbitrárias praticadas pelos órgãos estatais da Administração Tributária, o que confere especial importância ao postulado da proteção judicial efetiva, que torna inafastável a necessidade de autorização judicial para efeito de exposição e revelação de dados protegidos pela cláusula do sigilo bancário.¹³²

Salienta o referido Ministro que a reserva da jurisdição traduz uma garantia a proteção dos direitos e garantias dos cidadãos.¹³³

Assim, havendo colisão entre os princípios constitucionais dos contribuintes e da Administração Tributária a lide deve ser resolvida por terceiros desinteressados juridicamente, tal como o Estado.

Ressalta o referido Ministro que:

Não tem sentido, contudo, que o legislador haja outorgado essa competência à própria Administração Tributária, incumbindo-a de superar, ainda que mediante critérios e procedimentos indicados na lei, a situação de polaridade conflitante que a opõe ao contribuinte, quando, na realidade, essa função, de caráter eminentemente arbitral, deve ser desempenhada pelo Poder Judiciário, que ostenta, nessa particular condição institucional, o atributo – inerente à jurisdição – da “terzietà”.

A primazia judiciária, por isso mesmo, fundada no postulado da essencialidade do controle jurisdicional, verdadeiro “parágrafo régio do Estado democrático de Direito”, na feliz expressão do saudoso GARCIA DE ENTERRÍA, desempenha importantíssimo papel na defesa e amparo dos direitos das pessoas, notadamente quando postas em situação de antagonismo em suas desiguais relações com a potestade do Estado.

Já se enfatizou que os órgãos estatais da Administração Tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância nem dispõem do atributo (apenas inerente à jurisdição) da “terzietà”, o que põe em destaque o sentido tutelar da cláusula inscrita no § 1º do art. 145 de nossa Lei Fundamental.¹³⁴

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 152

¹³³ Ibidem, p. 153

¹³⁴ op. cit, p. 153

Dispõe o referido Ministro que em que pese os direitos não serem absolutos, as normas tributárias estão sujeitas a observância de um complexo de direitos e garantias constitucionais, os quais se forem desrespeitados caracterizam-se ilícitos.¹³⁵

Destaca que a Administração Tributária já possui mecanismos suficientes para a preservação dos seus interesses, tal como o CTN, sendo meio eficaz para a fiscalização e cobrança dos tributos.¹³⁶

Frisa o Ministro Celso de Mello que:

A submissão do Fisco às limitações decorrentes da cláusula da reserva de jurisdição não desampara os direitos dos entes tributantes, pois estes sempre poderão pretender o acesso às contas bancárias e aos dados existentes em instituições financeiras, referentes aos contribuintes, desde que o façam por intermédio do Poder Judiciário, expondo a sua postulação ao controle e à supervisão dos juízes e Tribunais.

O que me parece significativo, no contexto ora em exame – e assim já me pronunciei no julgamento do RE 389.808/PR –, é que a Administração Tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que lhe é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República.¹³⁷

Um ponto importante relatado pelo Ministro Celso de Mello é que a questão do sigilo bancário põe em evidência a garantia constitucional de privacidade financeira dos contribuintes, embora não seja um direito absoluto.¹³⁸

Acerca da quebra do sigilo bancário o Ministro alega que:

Tenho enfatizado, por isso mesmo, que a quebra do sigilo bancário – ato que se reveste de extrema gravidade jurídica e que se submete, por isso mesmo, ao postulado da reserva de jurisdição – só deve ser decretada, e sempre em caráter de absoluta excepcionalidade, quando existentes fundados elementos que justifiquem, a partir de um critério essencialmente apoiado na prevalência do interesse público, a necessidade da revelação dos dados

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 154.

¹³⁶ Ibidem, p. 155.

¹³⁷ Ibidem, p. 156.

¹³⁸ Ibidem, p. 157.

pertinentes às operações financeiras ativas e passivas resultantes da atividade desenvolvida pelas instituições bancárias.

A relevância do direito ao sigilo bancário impõe, por isso mesmo, cautela e prudência ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da esfera de privacidade individual que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva constitucional (CF, art. 5º, X).¹³⁹

Dispõe o referido ministro que para que seja autorizada a quebra do sigilo bancário, é imprescindível a existência de fundada suspeita quanto a ocorrência de fato relevante ao interesse público.¹⁴⁰

Nesse sentido, acerca da preservação do sigilo bancário, ressalta Celso de Mello que:

A exigência de preservação do sigilo bancário – enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, excepcional e motivadamente, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias.

Em tema de ruptura do sigilo bancário, somente os órgãos do Poder Judiciário dispõem do poder de decretar essa medida extraordinária, sob pena de a autoridade administrativa interferir, indevidamente, na esfera de privacidade constitucionalmente assegurada às pessoas. Apenas o Judiciário, ressalvada a competência das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º), pode eximir as instituições financeiras do dever que lhes incumbe em tema de sigilo bancário.¹⁴¹

Em apertada síntese, o Ministro Celso de Mello acompanhou o voto divergente do Ministro Marco Aurélio ressaltando que a decretação da quebra do sigilo bancário, ressalvada a competência das CPI's, necessita de autorização judicial, independentemente da autoridade que tenha solicitado a referida quebra.¹⁴²

6.11. RICARDO LEWANDOWSKI

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 163

¹⁴⁰ Ibidem, p. 164

¹⁴¹ Ibidem, p. 166

¹⁴² Ibidem, p. 170

Para o ministro Ricardo Lewandowski não há quebra de sigilo bancário, mas apenas transferência de sigilo para finalidades de natureza eminentemente fiscal. De modo que a confidencialidade dos dados seja mantida, sob pena de responsabilização dos agentes que porventura, repassem as informações tidas como sigilosas a terceiros diverso do próprio Estado.¹⁴³

De acordo com o entendimento do referido ministro estão em confronto o direito fundamental à proteção da privacidade em relação aos dados pessoais do cidadão, e, do outro lado, o dever constitucional de pagar tributos, recaindo sobre o fisco o ônus de fiscalizar de modo eficiente o cumprimento desta obrigação.¹⁴⁴

Nesse sentido, pondera o Ministro que:

O poder-dever de tributar conferido ao Estado permite que este dê concreção à denominada segunda geração de direitos fundamentais, arrolados basicamente no art. 6º da Carta Magna – tais como educação, saúde, segurança, habitação, previdência social -, exigindo que o Estado coloque em prática políticas públicas para atingir tal desiderato, especialmente para alcançar o objetivo listado no art. 3º, III, da Constituição, que consiste em “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, para que se logre estabelecer a tão desejada igualdade material entre os integrantes de nossa sociedade.¹⁴⁵

Pontua, por fim, que os dados sigilosos de interesse fiscal sejam acessados depois da instauração do processo administrativo, nos seguintes moldes:

(...), dou interpretação conforme ao art. 6º da Lei Complementar 101/2001, para que os dados sigilosos de interesse fiscal somente possam ser acessados depois da instauração de competente processo administrativo, por ato devidamente motivado, nos moldes hoje preconizados no Decreto 3.724/2002, compreendendo os três níveis político-administrativos da Federação. Além disso, com a imediata notificação do contribuinte, ao qual se assegurará o mais amplo acesso aos autos, garantindo-lhe o direito à extração de cópias de quaisquer documentos ou decisões, de maneira a

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 171

¹⁴⁴ op. cit, p. 171

¹⁴⁵ op. cit, p. 171-172

permitir que possa exercer, a todo o tempo, o controle jurisdicional dos atos da Administração, nos termos do que atualmente dispõe a Lei 9.784/1999.¹⁴⁶

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre destacar que os sigilos bancários e fiscais comportam informações da seara mais íntima do indivíduo, tais como remunerações, renda, dívidas, discriminação de contas, de modo que se fosse permitido externá-las em qualquer situação, não apenas as relações interpessoais estariam em constante fragilização, como a própria noção de crédito contaria os dias para seu fim, uma vez que seria substituída pela possibilidade de obtenção de tais informações a qualquer tempo.

Nesse sentido, a discussão acerca da legalidade da Lei Complementar 105/2001 surgiu em virtude da possibilidade da quebra do sigilo bancário pelo Fisco, pois a partir dessa lei, a Administração Tributária pôde obter diretamente (ou seja, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário) alguns dados bancários dos contribuintes e, sendo o caso, efetuar as cobranças devidas.

Este é o panorama geral da legislação editada em 2001 e que continua em vigor que trata do tema em análise. Entretanto, antes do tema ser pacificado, grande parte da doutrina entendia que o texto constitucional não permitia o acesso direto do Fisco às informações, acesso que seria possível apenas por ordem judicial.

Nessa seara, a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, figurava-se ilegal, pois violaria a Dignidade da Pessoa Humana, vez que o convívio harmônico em sociedade necessita de segurança e estabilidade o que não coadunaria com o ato da Autoridade Administrativa que não respeitaria a inviolabilidade das informações do Contribuinte.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>, Acesso em 19/01/2017. Brasília, DF, p. 172

Portanto, a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da administração pública, independente de autorização judicial afrontaria o mandamento constitucional disposto no art. 5º, X, art. 60, §4º, IV e 145, § 1º, ambos do CF/88.

Com efeito, é assente que a proteção do sigilo bancário e fiscal tem seu fundamento na Constituição, havendo na doutrina, ao menos, três explicações diversas para tanto: as operações bancárias e as informações do Fisco sobre os contribuintes são armazenadas, atualmente, em bancos de dados, a garantia da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X da CF), abriga, como princípios, o sigilo, sendo este derivado daqueles, o sigilo bancário e o fiscal são imposições legais aos profissionais, respectivamente de bancos e da Fazenda Pública.

Nesse sentido, constata-se que, ao se falar de sigilo bancário está se falando, ao mesmo tempo, de um dever e de um direito, ou seja, constitui um dever da instituição bancária de guardar sob sigilo as informações que lhe são prestadas pelos clientes e um direito do cliente de manter em sigilo as informações pessoais que forneceu a instituição bancária.

Em contrapartida, a obrigação de pagar tributos, bem como de informar ao Fisco todos os dados pessoais e patrimoniais necessários ao perfazimento dessas contribuições, apesar de desagradável no decorrer de todos os tempos, encontra relevância e fundamento na própria ideia de contrato social, oferecendo um papel social de justiça distributiva.

Assim, o dever fundamental de pagar tributos não impõe uma tributação que desrespeite os direitos fundamentais e nem ampara qualquer pretensão fazendária. A existência do dever fundamental não faz com que se desapareça a preservação do mínimo vital nem legitima uma tributação separada da capacidade contributiva. O tributo, compreendido como um dever fundamental, não se esgota em uma simples relação de poder ou sujeição, devendo ser visto como um meio para se atingir a finalidade prevista na Constituição Federal.

A discursão acerca da legalidade da quebra do sigilo bancário por parte do Fisco, sem que haja prévia autorização judicial, mostra-se devida em virtude da possibilidade de confronto dos dados para se descobrir a verdade dos fatos, frente a

situações em que o resguardo ao sigilo deixaria de ser um direito individual para ser um artifício usado pelo Banco ou seus clientes para acobertar atividades ilícitas.

O acesso direto aos dados bancários (movimentações financeiras) pela administração tributária permitirá o efetivo controle da atividade do contribuinte – inclusive com a conferência das declarações recebidas pela Receita Federal - e permitirá não só combater a sonegação como buscar a aplicação isonômica da lei tributária, de forma a permitir uma equânime repartição dos gastos públicos.

No âmbito internacional, o Brasil tem adotado diversas medidas visando estabelecer alianças globais a fim de combater à fraude fiscal internacional, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, por meio da manutenção e do aprimoramento da transparência fiscal em relação às pessoas físicas e jurídicas.

Tal planejamento mostra-se adequado na medida em que haveria uma igualdade em relação ao pagamento e a cobrança dos tributos, observando-se a capacidade contributiva de cada contribuinte, este, por sua vez estaria submetido a um Estado comprometido com a satisfação das necessidades coletivas da sociedade.

Há que se destacar que o legislador estabeleceu critérios objetivos para Administração Tributária requerer informações as instituições financeiras, bem como determinou que houvesse uma transferência do dever de sigilo bancário entre o Fisco e as instituições financeiras, mantendo-se, assim, o sigilo dos dados dos contribuintes, sob pena de responsabilização do agente público nas esferas cível, administrativa e penal.

Nesse sentido, verifica-se que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 é constitucional, tendo em vista que o mesmo dever de transparência deve haver na relação do contribuinte com o Fisco, mantendo-se sempre a boa-fé, lealdade cívica e cooperação com a atividade fiscal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abrão, Nelson. **Direito Bancário**. 9ª edição rev., ampl. E atual. Por Carlos Henrique Abrão. Editora Saraiva, São Paulo, 2005.

ALBUQUERQUE, André (26/mai/2006). Due Process Of Law: **Influências Anglo-saxônicas no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Direitonet. Página visitada em 23/03/2017

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. **Legislação Complementar** nº 105/2001

BRASIL. **Instrução Normativa** nº 802, de 27/12/2007

BRASIL. **Código Tributário Nacional**, de 25/10/1966

BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 03/10/1941

BRASIL. **Código de Processo Civil**, de 16/03/2015.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29/01/1999.

BRASIL. **Decreto nº 70.235**, de 06/03/1972.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 601.314. Direito ao sigilo bancário. Art. 6º da Lei Complementar. Relator: Edson Fachin. 24 de fevereiro de 2016.

BOBBIO, Norberto (1909), **A Era dos Direitos**, 4 º Reimpressão, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1995. p. 13.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**.14º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2015.

COSTA, Regina Helena. **Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário**. 6ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2016

DELGADO, José Augusto. **O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, n. 13, p. 13-51, jan./mar. 2001.

EL SECRETO BANCARIO, Abeledo, 1970

FACHIN, Edson. **Fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial**. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo814.htm>>. Acesso em 12/01/2017.

FILHO. Marçal Justen. **Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica**. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, pp. 215-233, p. 222

GALVADÃO JR. Reinaldo. **Da natureza do Comando Normativo Insculpido na Lei nº 10.174/2001**. In: PIZOLIO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (coords.). Sigilo Fiscal e Bancário. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 383

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. Ed. Vol. 1 Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33º Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2012.

MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. **A Inexistência de Sigilo Bancário para o Fisco**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 28.

MARTINS. Ives Gandra da Silva. **Direitos Fundamentais do Contribuinte**. "Direitos Fundamentais do Contribuinte", RT.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Sigilo Bancário e Privacidade**. IN: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco. Sigilos Bancário e Fiscal: Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 89-90.

MARTINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro** (administrative e judicial), São Paulo: Dialética, 2001.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Estado social e tributação: uma abordagem sobre o dever de informar a responsabilidade por infração**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2008, P. 105

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. **Curso de Direito Constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1432-1424

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 186

ROVARIS, Daniela Dornel. **Artigo**. Disponível em <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-daniela.pdf>. Acesso em 10/03/2017

SÁ, Luiz Ricardo de Azeredo. **A quebra do sigilo bancário pelo Fisco. Perigoso precedente judicial que afronta direito e garantia individual assegurado pela Constituição da República**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2723, 15 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18035>. Acesso em: 21 nov. 2014.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8^oed. São Paulo: Editora Saraiva. 2016

SILVA, David Gonçalves de Andrade, **O fim da CPMF e a questão do sigilo bancário**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-jan-04/fim_cpmf_questao_sigilo_bancario. Acesso em 10/01/2017

TAVAREZ, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 530-531.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 7^a ed., Malheiros, 2000, p. 124.

WALD, Arnaldo, **Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**, vol. 1/206, 1992, RT

WATANABE, Cintia. **Função jurisdicional e decisões políticas: princípio da separação dos poderes e quebra do princípio democrático**. Disponível em <http://anape.org.br/site/wpcontent/uploads/2013/10/001_004_CINTIA_WATANABE_23072009-13h46m1.pdf>. Acesso em 10/03/2017

Sites acessados:

<https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23542825/apelacao-civel-ams-3369-sp-0003369-9320124036100-trf3>

<https://jus.com.br/peticoes/16444/mandado-de-seguranca-contra-quebra-de-sigilo-bancario-lei-complementar-n-105/4>.

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14697097/recurso-extraordinario-re-215301-ce>

www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=95274&tipoApp=.pdf

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=QUEBRA+DO+SIGILO+FISCAL+DO+INVESTIGADO>

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2924135/mandado-de-seguranca-ms-22801-df>

<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=33&dataPublicacao=20/02/2017&incidente=5128554&capitulo=6&codigoMateria=7&numeroMateria=14&texto=6781975>.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000161466&base=baseMonocraticas>.