



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MARA EDWIGES GUIMARÃES BREVES**

**A INFLUÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO NO CRIME DE SONEGAÇÃO
FISCAL**

**Juiz de Fora
2016**

MARA EDWIGES GUIMARÃES BREVES

**A INFLUÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO NO CRIME DE SONEGAÇÃO
FISCAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração de Direito Tributário sob orientação da Prof.^a Dr.^a Elizabete Rosa de Mello.

**Juiz de Fora
2016**

MARA EDWIGES GUIMARÃES BREVES

**A INFLUÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO NO CRIME DE SONEGAÇÃO
FISCAL**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração de Direito Tributário submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientadora: Prof.^a Doutora Elizabete Rosa de Mello
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^o Mestre Leandro Oliveira Silva
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Doutora Waleska Marcy Rosa
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 19 de julho de 2016.

Dedico este trabalho à minha amada mãe, quem sempre trabalhou e viveu em prol da melhor educação aos seus filhos, ensinando o caminho da honestidade e da busca pela verdade. Eu te amo incondicionalmente.

Agradeço, primeiramente, à minha família, que sempre me motivou ao estudo, demonstrando ser este o melhor caminho para alcançar meus objetivos. À minha orientadora Elizabete, agradeço toda atenção e compreensão, seus ensinamentos foram fundamentais para a realização deste trabalho. Em especial, ao Filipe, pela paciência e por estar sempre ao meu lado, incentivando e somando. Por fim, a todos os amigos que dividiram comigo esta etapa tão preciosa e singular da minha vida.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto.” Trecho do discurso "Requerimento de Informações sobre o Caso do Satélite - II", em dezembro de 1914, do senador Rui Barbosa.

RESUMO

Esta pesquisa tem por intuito demonstrar que o instituto do sigilo bancário consiste em instrumento de notável recurso para acobertar os contribuintes no crime de sonegação fiscal. Para tanto, utilizou-se como marco teórico o neoconstitucionalismo, e a posterior teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, cuja interpretação visa estabelecer uma relação de precedência condicionada por meio da materialização dos valores presentes nos princípios, na justificativa da preponderância do interesse público no combate ao crime de sonegação fiscal em detrimento ao direito fundamental à inviolabilidade da vida privada. Assim, realizou-se um estudo acerca da matéria constitucional que envolve o direito do sigilo bancário, bem como do caráter não absoluto deste instituto, de modo a compreender a necessidade de uma relativização para a quebra do sigilo bancário, conforme vem sendo adotado pelo ordenamento jurídico e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Após, analisou-se minuciosamente o crime de sonegação fiscal, para então constatar, por meios de opiniões doutrinárias e dados estatísticos, a influência do sigilo bancário e, conseqüentemente, a necessidade de sua relativização para o fim do delito no Brasil.

Palavras-chave: Vida privada. Sigilo bancário. Sonegação fiscal. Princípios constitucionais.

ABSTRACT

This research has aimed to demonstrate that the institute of banking secrecy consists in an instrument of notable feature to cover up the taxpayers in the crime of tax evasion. To this end, it was used as a theoretical framework the neoconstitucionalismo, and the subsequent theory of legal argumentation of Robert Alexy, whose interpretation is to establish a relation of precedence guests through the materialization of the values present in the principles, in the background of the preponderance of public interest in the fight against the crime of tax evasion in detriment to the fundamental right to the inviolability of private life. So, we carried out a study on the matter to the constitution which involves the right of banking secrecy, as well as the character not absolute of this institute, in order to understand the need for a relativization to the breaking of banking secrecy, as has been adopted by the legal and by the decisions of the Supreme Court. After, we analyzed in detail the crime of tax evasion, to then say, by means of views doctrinal and statistical index, the influence of banking secrecy and, consequently, the need for their relativization to the end of the crime in Brazil.

Keywords: Private life. Banking secrecy. Tax evasion. Constitutional principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|-----------|--|
| AP | Ação Penal |
| AGINQ | Agravo Regimental de Inquérito |
| ADIN | Ação Direta de Inconstitucionalidade |
| CE | Corte Especial |
| COSIF | Plano contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional |
| CPMF | Contribuição provisória sobre movimentações financeiras |
| CRFB | Constituição da República Federativa do Brasil |
| CTN | Código Tributário Nacional |
| DF | Distrito Federal |
| DJ | Decisão do julgador disponibilizada no Diário Oficial |
| LC | Lei Complementar |
| PIB | Produto Interno Bruto |
| RE | Recurso Ordinário |
| RHC | Recurso Ordinário em Habeas Corpus |
| SINPROFAZ | Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| SUS | Sistema Único de Saúde |

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 11 |
| 2. O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA..... | 13 |
| 2.1 Histórico | 13 |
| 2.1.1 Direito brasileiro..... | 14 |
| 2.2 Inviolabilidade da vida privada como direito fundamental..... | 15 |
| 2.3 A relação do Princípio da Inviolabilidade da Vida Privada com o Princípio da Proporcionalidade..... | 20 |
| 3 O SIGILO BANCÁRIO | 21 |
| 3.1 Conceito e fundamento..... | 21 |
| 3.2 Legislação..... | 22 |
| 3.3 A quebra do sigilo bancário: requisitos e entendimento jurisprudencial | 25 |
| 4 O CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL..... | 30 |
| 4.1 Conceito e elementos do tipo penal..... | 32 |
| 4.2 Crime de sonegação fiscal e princípio da insignificância | 33 |
| 4.3 Causas e principais tipos da sonegação fiscal | 35 |
| 4.4 Extinção de punibilidade do crime de sonegação fiscal..... | 37 |
| 5 A INFLUÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL | 40 |
| 5.1 O exemplo da contribuição provisória sobre as movimentações financeiras..... | 42 |
| 5.2 Colisões de princípios e conflitos de regras – Teoria da Argumentação Jurídica..... | 45 |
| 6 CONCLUSÃO..... | 47 |
| REFERÊNCIAS | 49 |

1. INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, principalmente após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), tem como finalidade a garantia de um bem-estar social com o intuito de assegurar direitos fundamentais como educação, saúde, assistência e previdência social. Para isso ser possível, o Poder Público precisa ter consolidada uma receita orçamentária que seja capaz de gerar o necessário para sua subsistência e manutenção, o que ocorre justamente por meio de uma alta carga tributária.

Não obstante a importância indubitável da arrecadação tributária no Brasil, é fundamental também, além da instituição dos tributos pelo ordenamento jurídico, que o poder fiscalizatório da Administração Pública seja eficiente de modo a garantir o efetivo pagamento pelo contribuinte e, conseqüentemente, a inexistência de crimes, como o de sonegação fiscal.

Ocorre que muito se questiona se o instituto do sigilo bancário não estaria sendo utilizado como meio de difusão para a prática da sonegação fiscal, inibindo, com isso, a atuação fiscalizatória da Fazenda Pública. Nessa toada, é importante analisar a Lei Complementar nº 105/2001, que passou a regulamentar o sigilo bancário, e a finalidade da contribuição provisória sobre a movimentação financeira (CPMF), que surgiram como instrumentos no combate ao crime de sonegação, através da possibilidade de quebra do sigilo bancário, a qual será detalhada no presente estudo. E ainda, quais são as possíveis motivações para a prática desse ilícito penal e sua relação com o contexto político atual no Brasil, haja vista os índices alarmantes deste crime apontados pelas pesquisas nos últimos anos.

A influência ou não do sigilo bancário na prática do crime em comento coloca em tensão o embate criado entre princípios constitucionais, como a inviolabilidade da vida privada, interesse público e moralidade administrativa. Assim, para o presente estudo, elegeu-se como referência a teoria da argumentação jurídica para ponderação dos princípios conflitantes na questão, de modo a estabelecer a relação entre direito e ética, respeitando, sobretudo, princípios inerentes à ordem jurídica constitucional. Para esse fim, utilizou-se como referencial teórico o neoconstitucionalismo, dado o reconhecimento da supremacia da Constituição, a expansão da sua jurisdição, bem como o desenvolvimento de uma recente hermenêutica constitucional.

Por fim, para chegar ao objetivo com expectativa de constatar acertadamente a existência ou não da influência do instituto do sigilo bancário no crime de sonegação fiscal,

adotou-se como metodologia bibliográfica ou crítico-dialética extensa doutrina, bem como se realizou uma reflexão analítica do objeto de estudo através de dados estatísticos fornecidos por órgãos nacionais que norteiam o tema.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À INVIOABILIDADE DA VIDA PRIVADA

É indubitável que o sigilo bancário está atrelado à segurança jurídica e à proteção dos dados pessoais financeiros que os indivíduos têm. Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) tutela o direito fundamental à inviolabilidade da vida privada, com o objetivo de reforçar esta proteção e estabelecer os limites da autonomia privada frente ao Estado. É a inviolabilidade à vida privada o fundamento maior do sigilo bancário.

Sendo assim, é necessário entender como o direito à inviolabilidade à vida privada nasceu na sociedade de uma forma geral e, também, seu surgimento no Brasil. E após, entender a referência do direito à vida privada no que tange ao sigilo bancário, e não a aplicação do direito à intimidade. Realizando, ainda, uma correlação ao princípio da proporcionalidade, haja vista que deverá ser efetuada uma análise minuciosa dos momentos em que será preciso a quebra do sigilo bancário com o intuito de promover maior efetividade no poder fiscalizatório da Fazenda, de modo a restringir o crime de sonegação fiscal, através de informações disponibilizadas pelas instituições financeiras no Brasil.

2.1 Histórico

A necessidade da proteção à exclusividade e intimidade é historicamente recente. Somente após a Idade Moderna, com a intervenção do Estado na esfera privada do indivíduo é que foi surgindo essa necessidade, que se fortaleceu com o advento dos códigos civis do século XX, de caráter privado¹.

A positivação dessa tutela iniciou-se em vários documentos internacionais, entre os quais o Brasil participa. A destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual prevê no artigo 12 que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra ou reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda pessoa tem direito à proteção da lei”.²

¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 48-53.

² BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 31.

Nesse diapasão, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica também fez referência à proteção da vida privada, estabelecendo que “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais a sua honra ou reputação” (artigo 11, nº 2) ³.

O direito à vida privada começou a ser aplicado na doutrina alemã e na jurisprudência francesa, mas foi nos Estados Unidos que teve seu grande desenvolvimento, ainda que baseado no direito de propriedade ou no descumprimento de contratos, apresentando diversos precedentes a respeito.

Foi assim que o direito à vida privada começou a se positivizar, com o reconhecimento jurisprudencial que estimulou a normatização da proteção à esfera privada em constituições estaduais americanas, como a Constituição da Califórnia, e diversas leis, como o *Privacy Act* de 1974 e o *Privacy Protection Act* de 1980, as quais promoveram o reconhecimento do direito à vida privada como um direito constitucional⁴.

2.1.1 Direito Brasileiro

O direito à vida privada no Brasil somente se fortaleceu com o advento da Carta Magna de 1988, antes, as constituições brasileiras apenas pautavam o direito de forma bastante genérica, incorporando-o a direitos como sigilo da correspondência e inviolabilidade de domicílio⁵.

Não obstante a isto, quanto às normas infraconstitucionais, a primeira referência ao direito à vida privada surgiu com a Lei de Imprensa em 1967 (Lei nº 5.250), ao tratar de responsabilidade civil e direito ao esquecimento. Outrossim, a Lei da Informática, Lei nº 7.232/1984, também ressaltou a preservação dos dados quanto esta for de interesse à privacidade do indivíduo⁶.

Com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, a proteção do direito à privacidade de fato tornou-se direito fundamental, abrangendo o direito de imagem (inciso X),

³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 32.

⁴ LEVINSON, Sanford. Privacy In: **Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992, p. 671. *Apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 35.

⁵ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 36.

⁶ *Idem*. p. 36.

a inviolabilidade de domicílio (inciso XI), o sigilo de correspondência e das comunicações (inciso XII), e o acesso a bancos de dados (incisos XXXIII, XXXIV, *b* e LXXII).

Todavia, não foi só na Constituição que constou expresso o direito à vida privada. O Capítulo II do Código Civil de 2002, em seu artigo 21, estabelece que “A vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”, promovendo o surgimento na legislação civilista da tutela no âmbito da autonomia privada. Nesse sentido, o sigilo bancário além de direito fundamental, pode ser visto como verdadeiro direito de personalidade.

Portanto, no Brasil, o direito à vida privada teve previsão expressa com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, uma vez que os direitos da personalidade são decorrentes da instituição dos direitos fundamentais, a chamada constitucionalização do direito civil (NADER, 2008). Antes disso, nas legislações infraconstitucionais, o direito era pautado apenas com alusões no sentido da proteção à vida privada, conforme retro mencionado.

2.2 Inviolabilidade da vida privada como direito fundamental

A determinação conceitual da vida privada não é ainda consolidada em virtude da interseção existente entre os conceitos de vida privada e intimidade. A dúvida existente entre as expressões gira em torno tanto da jurisprudência quanto da própria doutrina.

A grande indefinição da vida privada pode ser justificada pelo caráter eminentemente cultural e relativo de tais conceitos⁷, haja vista que o que hoje é privado, amanhã poderá não ser, e vice versa. O que é íntimo para alguns, para outros pode não ser. Não há dúvidas de que os conceitos se misturam e confundem no momento de aplicação ao caso concreto. Justamente por isso que muitas vezes as utilizações dessas expressões tornaram-se indistintas, sendo utilizadas até mesmo como sinônimas, visto que tanto para a vida privada quanto para a intimidade está sendo referenciado um controle de acessibilidade sobre a pessoa, conforme ocorreu no julgado do STJ no Agravo Regimental no Inquérito nº 187/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, C.E., un., DJ 16.9.96, p. 33.651:

⁷ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 23.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO BANCARIO. DIREITO NÃO ABSOLUTO A INTIMIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. VERDADE REAL. DEFERIMENTO. JUÍZO DE VALOR SOBRE A PROVA PRETENDIDA. RECURSO DESPROVIDO.

I - É certo que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito a intimidade consagrado no art. 5, X, da Constituição, direito esse que revela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do estado. Todavia, não o consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior. Sua relatividade, no entanto, deve guardar contornos na própria lei, sob pena de se abrir caminho para o descumprimento da garantia a intimidade constitucionalmente assegurada.

II - Tendo o inquérito policial por escopo apurar a existência do fato delituoso, completa dever ser a investigação criminal, em prestígio ao princípio da verdade real ínsito ao direito processual penal.

III - É impossível exercitar, "ab initio", um juízo de valor a respeito da utilidade do meio de prova pretendido, tendo em vista que ele pode ser válido ou não diante do contexto de todas as provas que efetivamente vierem a ser colhidas.⁸

Não obstante a isto, ainda que haja uma proximidade entre os termos e a aplicação ocorra indistintamente, é necessário entender a diferença para análise do presente estudo.

A intimidade está ligada à personalidade no âmbito afetivo, no trato íntimo da pessoa humana, incorporados pelas relações familiares e de amizade, como recordações pessoais, vida amorosa, liberdade de crença, saúde física e mental etc. Por outro modo, a vida privada diz respeito a relações mais sociais, que interligam a pessoa à sociedade, isto é, inviolabilidade do domicílio, direito ao esquecimento, sigilo bancário e financeiro, segredo profissional (inerente aos advogados, por exemplo) ⁹.

Realizada a distinção, cumpre destacar que o conceito mais hábil a ser utilizado é a inviolabilidade à vida privada, expressão mais adequada acerca do sigilo bancário, objeto de análise no que tange ao crime de sonegação fiscal.

Dessa forma, será utilizado o conceito técnico formulado pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Junior o qual define que: o direito à vida privada é um direito subjetivo fundamental, emanado do direito de personalidade, que tem como sujeito qualquer pessoa física, brasileira ou estrangeira, que resida ou transite no Brasil, que tem como conteúdo

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental de Inquérito n° 187/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, C.E., un., DJ 16.9.96.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+19960821&processo=187&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

⁹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 27.

constranger os demais ao respeito, ao que é próprio ou privado ao cidadão, e como objeto a sua integridade moral¹⁰.

Além da indefinição com a expressão “intimidade”, outra ressalva importante é em relação ao direito de proteção à honra. Nota-se que, embora também haja uma proximidade com o direito à vida privada, o direito à honra é a preservação da utilização de informações da pessoa por terceiros com o fim deprecativo da imagem e que rebaixe a moral da pessoa diante da sociedade; enquanto o direito à vida privada é a segurança de ter estas informações preservadas¹¹.

Desse modo, o direito à vida privada é um direito de personalidade que não se pode confundir com o direito à intimidade e, menos ainda, com o direito de proteção à honra.

Após as diferenciações entre os direitos retro mencionados, cumpre agora explicar acerca do direito à inviolabilidade da vida privada como um direito fundamental garantido pela CRFB/88.

O direito à inviolabilidade da vida privada surge a partir da proteção à dignidade da pessoa humana prevista no inciso III, do art. 1º, da CRFB/88, como direito fundamental de primeira dimensão, a qual engloba direitos civis e políticos¹².

O Supremo Tribunal Federal utilizou este direito como fundamento em diversos precedentes, dentre os quais se destaca a utilização como prova, em processo civil, de interceptação telefônica, com a exposição de terceiro estranho ao processo (STF, RE nº 100.094/PR, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, DJ 24.8.84, p. 13.482.) e, também, de inadmissibilidade de prova, em processo penal, de gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento de outro de apreensão de microcomputador (STF, Ação Penal nº 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.10.95, p. 34.247 (*Caso Collor de Mello*). Conforme ementas dos acórdãos a seguir, respectivamente:

DIREITO AO RECATO OU A INTIMIDADE. GARANTIA
CONSTITUCIONAL. INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO

¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo. EDITORA, n. 1, p. 83, 1992.

¹¹ PISÓN CAVERO, José Martínez de. **El Derecho a la Intimidad em la Jurisprudencia Constitucional**. Madrid: Civitas, 1993, p. 102 *apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, p. 28.

¹² A doutrina tem estabelecido uma divisão dos direitos fundamentais em quatro dimensões: a primeira, diz respeito aos direitos civis e políticos, como a inviolabilidade do domicílio, a proteção da liberdade de locomoção e o afastamento da prisão arbitrária; a segunda, direitos sociais, trabalhistas e coletivos surgidos a partir do Estado de Bem-Estar Social; a terceira, inerentes ao meio ambiente, saúde pública, consumidor, dentre outros, cuja preservação objetiva a direitos metaindividuais (difusos e coletivos); e os direitos de quarta dimensão, atrelados ao contexto da globalização, avanços tecnológicos e da genética.

TELEFÔNICA. CAPTAÇÃO ILEGÍTIMA DE MEIO DE PROVA. ART-153, PAR-9. DA CONSTITUIÇÃO. ART-332 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INFRINGENTE DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO DA PERSONALIDADE E MORALMENTE ILEGÍTIMO E O PROCESSO DE CAPTAÇÃO DE PROVA, MEDIANTE A INTERCEPTAÇÃO DE TELEFONEMA, A REVELIA DO COMUNICANTE, SENDO, PORTANTO, INADMISSÍVEL VENHA A SER DIVULGADA EM AUDIÊNCIA DE PROCESSO JUDICIAL, DE QUE SEQUER É PARTE. LESIVO A DIREITO INDIVIDUAL, CABE O MANDADO DE SEGURANÇA PARA DETERMINAR O TRANCAMENTO DA PROVA E O DESENTRANHAMENTO, DOS AUTOS, DA GRAVAÇÃO RESPECTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO¹³.

PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE RELAXAMENTO FUNDADO EM DEMORA NO JULGAMENTO EM RAZÃO DE DILIGÊNCIA DETERMINADA PELO PLENÁRIO, PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA VINCULADA A QUATRO OUTROS ACUSADOS. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL, CARACTERIZADO POR EXCESSO DE PRAZO, NÃO JUSTIFICADO PELA COMPLEXIDADE DO PROCESSO E PELO ALENTADO NÚMERO DE ACUSADOS E DE VOLUMES DOS AUTOS, TRANSFORMA-SE A PRISÃO PROVISÓRIA, QUE JÁ SE ESTENDE POR MAIS DE DEZ MESES, EM ANTECIPAÇÃO DA PENA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO PARA JULGAMENTO IMEDIATO DO REQUERENTE. .

Processo considerado um dos mais volumosos e dos mais céleres que tem tido curso No Supremo Tribunal Federal, aspectos suficientes para descaracterização do alegado excesso de prazo decorrente de diligência que, contrariamente ao afirmado, não é demorada, já se encontrando em fase de cumprimento. . Lições de doutrinadores autorizados segundo as quais não é ilegal o constrangimento, se eventual excesso de prazo é devido a diligências determinadas pelo julgador ou se há demora no julgamento, assertiva essa tanto mais correta quanto não se verifica negligência na condução do processo. Por outro lado, tratando-se de caso em que a competência do Supremo Tribunal Federal se deu em face de conexão e continência, inviável se torna o pretendido desmembramento do processo. Requerimentos indeferidos¹⁴.

Fundamental é aquilo que serve de alicerce, isto é, tem caráter essencial. Nesse sentido, são direitos fundamentais do ser humano aqueles direitos indispensáveis, que o

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 100.094/PR, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, DJ 24.8.84.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28100094%2E%2E+OU+100094%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p7yhz33>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

¹⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.10.95.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28307%2E%2E+OU+307%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+19951020%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zmqcr9y>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

direito positivo tem como prerrogativa sua instituição para concretizar a garantia de convivência digna, livre e igual para todas as pessoas.

O reconhecimento do direito à vida privada como direito fundamental é importante, pois gera sua aplicabilidade imediata, além de estabelecer uma limitação material de reforma, protegida pela *cláusula pétrea* (artigo 60, §4º, CRFB/88), bem como a rigidez de seu núcleo essencial, devendo eventuais restrições obedecer ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, conforme será analisado a seguir.

Nota-se, pois, que o direito à vida privada traz dois aspectos distintos ao sigilo bancário: um positivo e outro negativo. No âmbito positivo, ressalta-se que o direito à vida privada promove uma liberdade ao indivíduo de manter sob seu controle informações acerca de sua vida privada, como, por exemplo, o banco de dados de órgãos públicos, informações garantidas por remédio constitucional como o *habeas data*. De outro modo, o aspecto negativo promove o bloqueio dessas informações da vida privada com o universo externo, de forma a impedir a invasão na esfera privada do indivíduo, o que fundamenta a inibição da atuação fiscalizatória da Fazenda no que diz respeito aos dados bancários do contribuinte.

O direito à vida privada apresenta três características primordiais: generalidade, visto que este direito não abrange somente os brasileiros, mas também os estrangeiros presentes no país, uma vez que os transeuntes também têm direito à preservação da vida privada; extrapatrimonialidade, baseada na liberdade e não na propriedade; e, por fim, a inalienabilidade, por ser principalmente um direito pessoal, que visa à privacidade¹⁵.

Além dessas características, é possível também citar: oponibilidade *erga omnes* (atrelada à generalidade), indisponibilidade (não pode ser negociado), intransmissibilidade (direito personalíssimo), irrenunciabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e vitaliciedade (FURLAN, 2008).

Não obstante a todas essas características, o direito à inviolabilidade da vida privada, embora tenha caráter de indispensabilidade, não é absoluto, visto que nem o direito à vida, direito maior do ordenamento jurídico brasileiro de fato é. E é justamente a relativização do direito ao sigilo bancário o fundamento básico para uma maior efetivação do exercício da Receita Federal no combate ao crime de sonegação fiscal.

¹⁵ AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: *Lumen Jures*, 1999, p. 112.

2.3 A relação do Princípio da Inviolabilidade da Vida Privada com o Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade consolidou-se em virtude da supremacia da Constituição, da possibilidade do controle de constitucionalidade das leis e da existência de direitos fundamentais. É um princípio de extrema importância para o ordenamento brasileiro, sendo base fundamental de muitos julgados.

O princípio da proporcionalidade configura-se com a soma de três subprincípios, que juntos garantem uma aplicação mais justa e racional da norma jurídica: o princípio da adequação, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito¹⁶.

A importância da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no presente tema justifica-se pela necessidade da quebra do sigilo bancário em detrimento ao princípio fundamental da inviolabilidade à vida privada.

A necessidade preventiva ou mesmo repressiva do crime de sonegação fiscal, muitas vezes possibilita e justifica o acesso das autoridades fazendárias a dados bancários, observando-se sempre o princípio da razoabilidade. Deste modo, para haver o respeito do direito à inviolabilidade da vida privada será necessário que haja adequação ao caso concreto, necessidade, bem como proporcionalidade em sentido estrito, de modo que não ultrapasse os limites necessários para a dilação probatória a fim de tipificar a sonegação fiscal.

Por fim, nota-se que o princípio da proporcionalidade, com fundamento no devido processo legal, na dignidade da pessoa humana ou mesmo na igualdade material, pode ter grande atuação nos processos administrativos que buscam pormenorizar o crime de sonegação fiscal. Possibilitando, de certo modo, uma relativização da aplicação do direito à inviolabilidade da vida privada.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 143.

3 O SIGILO BANCÁRIO

O sigilo bancário tem força no princípio da inviolabilidade da vida privada e precisa ser compreendido visualizando-se, sobretudo, a mitigação quanto ao seu aspecto não absoluto, uma vez que em certos momentos e cumpridos todos os requisitos legais, o sigilo deverá ser rompido de modo a propiciar a efetividade da função fiscalizatória da Fazenda.

Para isso, é necessário um exame acerca do próprio conceito e fundamento do sigilo bancário e, após, um estudo sobre a possibilidade de sua quebra mediante os requisitos legais e entendimentos jurisprudenciais mais recentes aplicados pelo Supremo Tribunal Federal hoje no Brasil.

3.1 Conceito e fundamento

O sigilo bancário concerne na obrigação que as instituições financeiras têm de proteger os dados das movimentações financeiras realizadas pelos particulares titulares de contas bancárias, sendo, sobretudo, uma relação bilateral entre ambas as partes. Nesse diapasão, Nelson Abrão (2010, p.98) destaca que o sigilo bancário simboliza uma “benesse do particular e um ônus para a instituição bancária”, já que há sobre esta a previsão de responsabilização pela inobservância dessa proteção.

Embora utilizados como sinônimos, sigilo bancário não tem o mesmo significado de sigilo financeiro, uma vez que aquele trata de dados sigilosos preservados em função de serviços bancários, enquanto este, de dados, documentos e informações do patrimônio como, por exemplo, cartões de crédito, ações em bolsa, debêntures e outros créditos (LUÍS, Alberto, 2001). E ainda, o sigilo financeiro também corresponde à proteção das informações relacionadas a dados fiscais pela Fazenda. Não obstante esta distinção, é necessário esclarecer que com a edição da Lei Complementar nº 105/2001 o conceito de sigilo financeiro acabou sendo ampliado, englobando, inclusive, o sigilo bancário, conforme será tratado a seguir.

A necessidade da análise do sigilo bancário será fundamental na constatação de sua influência para o crime de sonegação fiscal, visto que o exame das movimentações financeiras configura um dos meios mais eficientes e probatórios pelo qual se detecta a ocultação nas declarações ao Fisco.

Conforme estudado no capítulo anterior, o sigilo bancário encontra fundamento no direito fundamental à inviolabilidade à vida privada, mais precisamente no artigo 5º, inciso X, da Carta Magna: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...]”, bem como no artigo 21 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que “A vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

A finalidade do sigilo bancário é respeitar a dignidade da pessoa humana, de modo a preservar a segurança jurídica das relações entre particulares e instituições financeiras, propiciando tutela aos dados bancários e impedindo a exposição a terceiros não interessados. O sigilo bancário deve, sobretudo, ser tratado como matéria de segredo profissional pelos responsáveis atinentes às instituições bancárias, os quais têm acesso livre aos dados dos titulares e suas contas bancárias, não podendo publicizar informações particulares em decorrência da função que exercem, salvo disposições legais ao contrário.

Nesse sentido, destaca-se que o sigilo bancário no Brasil, de acordo com recentes entendimentos do Supremo, é um direito não absoluto, podendo sofrer restrições peculiares, com ou sem autorização judicial, conforme se verá adiante.

3.2 Legislação

No Brasil, a primeira fonte legal a tratar de sigilo bancário foi o Decreto-lei nº 5.844/43, o qual regulamenta e fiscaliza a cobrança do Imposto de Renda, garantindo o sigilo e disciplinando as exceções para seu rompimento. Posteriormente, a Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958, alterou o referido Decreto-lei, todavia, reafirmou os termos a respeito do sigilo bancário¹⁷.

Em 31 de dezembro de 1964, publicou-se uma nova legislação acerca do sigilo bancário, por meio da Lei nº 4.595, a qual visou disciplinar, em seu artigo 38, a matéria discriminando exaustivamente as exceções possíveis para a quebra do sigilo bancário, quais sejam:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas Instituições

¹⁷ KÖHLER, Etiane Barbit. **Direito Bancário**. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2012, p. 56.

financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

§2º O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, **podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidas em reserva ou sigilo.**

§3º **As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação** (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

§4º Os pedidos de informações a que se referem os §§2º e 3º, deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros.

§5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, **quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente [...]**¹⁸ (grifo nosso).

Entretanto, este artigo foi revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, a qual será tratada minuciosamente ao final deste item.

O Código Tributário Nacional – CTN, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, recepcionado pela Constituição Federal como Lei Complementar, também fez menção em seus artigos 197 e 198, acerca do sigilo bancário, estabelecendo os sujeitos obrigados a prestar as informações, bem como reafirmando a vedação de sua divulgação pela Fazenda:

Atualmente, o sigilo bancário é previsto na Lei Complementar nº 105/2001, a qual regulamenta a quebra do sigilo bancário como um mecanismo de fortalecer a fiscalização tributária, relativizando o direito fundamental à inviolabilidade à vida privada. Nesse diapasão, a quebra do sigilo bancário se justificaria como medida de enrijecimento da fiscalização tributária pela Fazenda, possibilitando a disponibilização de informações necessárias ao conhecimento do Estado, com o intuito de evitar eventuais sonegações e, ainda, gerar uma maior efetividade ao princípio da capacidade contributiva, motivada pelo interesse público (KÖHLER, 2012, p. 59).

Nessa toada, o artigo 6º da LC nº 105/2001 disciplina a quebra do sigilo bancário, estabelecendo a possibilidade de excepciona-lo quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e tais informações bancárias serem indispensáveis pela autoridade administrativa competente:

¹⁸ Revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.**

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária (grifo nosso).

Nota-se, portanto, que o art. 6º não exigiu autorização judicial para determinar aos bancos a divulgação das movimentações financeiras dos contribuintes.

Essa omissão quanto à autorização acarretou em Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2390, 2386, 2397 e 2859 e Recurso Extraordinário nº 601.314, sobre as quais, em 2010, havia sido firmada jurisprudência no sentido de condicionar à autorização judicial o fornecimento aos dados das movimentações financeiras dos titulares, com fundamento de que a ausência de autorização judicial geraria insegurança jurídica¹⁹.

Todavia, conforme se verificará no item 3.3, este entendimento foi modificado pelo Supremo em fevereiro de 2016, em meio a um contexto conturbado de controle da corrupção brasileira pelos Poderes Judiciário e Legislativo, repercutindo indubitavelmente no processo fiscalizatório da Fazenda no combate ao crime de sonegação fiscal.

Dessa forma, a decisão proferida pela Suprema Corte foi provavelmente uma das mais importantes em matéria tributária por restringir direito fundamental à vida privada em detrimento aos princípios da transparência e interesse público.

3.3 A quebra do sigilo bancário: requisitos e entendimento jurisprudencial

O sigilo bancário, ainda que previsto como garantia constitucional, não deve ser tratado como direito absoluto. É possível seu rompimento na forma e com observância do procedimento previsto na LC nº 105/2001, com respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A matéria é disposta pelos artigos 1º e 6º da respectiva lei complementar:

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento sobre acesso do Fisco a dados bancários será retomado na próxima quarta (24)**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310242>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

[...] §4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante sequestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.**

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária (grifo nosso).

Destaca-se que o rol presente no art. 1º é meramente exemplificativo haja vista a opção adotada pelo legislador ao prever “qualquer ilícito, [...] especialmente”.

A quebra do sigilo bancário demanda cautela de modo a respeitar rigidamente os requisitos legais, para não tipificar conduta ilícita e penalmente imputável. Dessa forma, embora haja previsão de restrição aos limites postos ao sigilo bancário, este sempre deverá observar o devido processo legal²⁰ e, ainda, a existência de justa causa e a indispensabilidade da medida, quando esgotado todos os meios de prova legítimos, pressupostos essenciais para a ruptura dessa tutela.

O polêmico artigo 6º da Lei nº 105/2001 gerou enormes discussões em torno da necessidade ou não de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, e passou a ser objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n^{os} 2390, 2384, 2397 e 2859, bem como do RE 601.314, nos quais se defendia a ideia de que a ausência de autorização judicial como exigência para a quebra do sigilo bancário promoveria insegurança jurídica. Ressalta-se que o julgamento deste RE com repercussão geral reconhecida liberou, pelo menos, 353 processos sobrestados no país que estavam à espera de uma decisão consolidada. Este grande número de processos relacionados à questão da legitimidade da quebra do sigilo bancário demonstra a

²⁰ LIMA, Rogério. **Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte?** Revista Tributária de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, set./out. 2000, p. 147.

influência do sigilo bancário na seara probatória dos processos brasileiros, principalmente no que diz respeito a políticas antielisivas.

Em 2010, o STF havia firmado entendimento no sentido da inconstitucionalidade do mencionado artigo, conforme defendido pelo Ministro Marco Aurélio, o qual afirmou que somente o Poder Judiciário teria a imparcialidade fundamental para a concessão da respectiva autorização, tendo em vista que o Fisco, sendo parte na relação jurídica com o titular da conta bancária, não poderia obter os dados automaticamente, por mera liberalidade. Nesse sentido, declarou: “Não pode entrar na minha cabeça que a Receita, que é órgão arrecadador, tenha uma prerrogativa superior à garantida pela Constituição ao Judiciário”. Para o ministro, o combate ao ilícito tributário não escusa a observância das normas constitucionais pré-estabelecidas²¹.

Todavia, em fevereiro de 2016, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, por nove votos a dois, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001 no julgamento conjunto dos cinco processos supracitados. No que tange ao teor da decisão, esta estabeleceu que o art. 6º não fere o direito ao sigilo bancário (RE nº 601.314²²), conforme corrobora a seguir:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 225 da repercussão geral, conheceu do recurso e a este negou provimento, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Por maioria, o Tribunal fixou, quanto ao item a do tema em questão, a seguinte tese: **“O art. 6º da 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 irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, § 1º, do CTN”, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 24.02.2016²³ (grifo nosso).

Portanto, com fulcro na decisão supracitada, a Fazenda pode aplicar a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, respeitando, contudo, condições, quais sejam: o

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento sobre acesso do Fisco a dados bancários será retomado na próxima quarta (24)**. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310242>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

²² Origem: Apelação em Mandado de Segurança 200561000068031 – Tribunal Regional Federal.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601.314, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, São Paulo – SP, DJe 19.11.2009**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28601314%2E%2E+OU+601314%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lzvs2cq>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

Fisco tem a obrigação de preservar o sigilo dos dados, não divulgando a terceiros; as instituições financeiras só poderão informar as quantias creditadas e debitadas na conta, não violando o princípio à vida privada, haja vista que não se pode penetrar no conteúdo dos gastos (caso em que seria necessária uma autorização judicial); e ainda, a necessidade de a Fazenda instaurar um processo administrativo e informar o contribuinte para, se for o caso, contestá-la, por meio de uma intimação prévia.

Salientou-se nessa decisão a necessidade dos Estados e Municípios estabelecerem em regulamento a instauração desse processo administrativo com objetivo de coordenar sistemas de certificado de segurança e registro do acesso do órgão público, de modo a evitar excessos e desvios de finalidade, garantindo, sobretudo, o devido processo legal, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

De acordo com o Ministro Edson Fachin, “o caráter não absoluto do sigilo bancário, que deve ceder espaço ao princípio da moralidade, nas hipóteses em que transações bancárias denotem ilicitudes.”²⁴. Destacou ainda, que além da efetividade ao princípio da capacidade contributiva, devem ser respeitados compromissos firmados pelo Brasil em tratados internacionais²⁵ na busca de transparência fiscal, promovendo permuta de informações tributárias com o intuito de combater crimes contra a Ordem Tributária.

O Ministro Gilmar Mendes ressaltou ainda que, embora a inspeção de bagagens em aeroportos também seja uma medida bastante hostil, esta não é contestada, e trata-se de procedimento fundamental para a fiscalização e cobrança de tributos no desembarço aduaneiro.

Não obstante a divergência de entendimento preconizada pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio no sentido da indispensabilidade de reserva de jurisdição à quebra de sigilo bancário, prevaleceu, portanto, no STF, a interpretação de que o artigo 6º da LC 105/2001 tão somente promove a transparência de informações dos bancos ao Fisco, como instrumento necessário para evitar atos ilícitos, respeitando o sigilo bancário em seu caráter não absoluto.

Caso haja para a quebra do sigilo bancário desrespeito do devido processo legal previsto pela legislação e pelo entendimento jurisprudencial do STF, poderá ser aferida a responsabilidade criminal do agente, nos termos do art. 10, da LC nº 105/2001:

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601.314, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, São Paulo – SP, DJe 19.11.2009**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28601314%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lzvs2cq>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

²⁵ FATCA (*Foreign Accounts Tax Compliance Act*) e Convenção Multilateral sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais.

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Tendo em vista que o art. 10 não tenha revogado as condutas tipificadas nos artigos 153 (Divulgação de segredo), 154 (Violação de segredo profissional) e 325 (Violação do sigilo funcional), do Código Penal, ocorre um conflito aparente de normas, o qual é solucionado pelo próprio Código Penal em seu art. 12: “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Sendo assim, o princípio da especialidade é suficiente para determinar qual tipo penal se configurará no caso específico, respeitando-se, pois, o disposto no art. 10.

Dessa forma, a decisão da Suprema Corte mostra-se bastante razoável acerca da possibilidade de quebra do sigilo bancário sem reserva jurisdicional, uma vez que o sigilo bancário simboliza hoje uma das maiores preocupações que acobertam a efetivação da prática de ilícitos contra a ordem tributária no Brasil.

4 O CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

O crime de sonegação fiscal está previsto no art. 1º, *caput*, da Lei 8.137/1990, o qual dispõe acerca dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, praticados por particulares. Insta destacar que este artigo trata apenas do crime de sonegação fiscal e o art. 2º abrange os demais crimes praticados por particulares contra a ordem tributária, conforme Seção I, do Capítulo I, da mencionada lei:

CAPÍTULO I - Dos Crimes Contra a Ordem Tributária

Seção I - Dos crimes praticados por particulares

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.²⁶ (grifo nosso)

Ressalta-se a discussão gerada pelo referido artigo no sentido de que estaria criando modalidade nova de prisão civil por dívida, e isso justificaria sua inconstitucionalidade tendo em vista a vedação presente no art. 5º, inciso LXVII, da CRFB/88. Todavia, é importante esclarecer que não incide inconstitucionalidade, uma vez que o artigo não trata de prisão civil por dívida, mas sim de criminalização de condutas de

²⁶ BRASIL. Lei nº 8.137/1990, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 11 jun. 2016.

fraude ou de falsidade destinadas a dissimular declarações fiscais²⁷. Nesse diapasão é a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

'HABEAS CORPUS'. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. ARTIGO 5º INCISO LXVII DA MAGNA CARTA. ARTIGO 1º, INCISO I DA LEI Nº 8.137/90. INOCORRÊNCIA. SANÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRISÃO CAUTELAR. ESCOPO DE ASSEGURAR EVENTUAL DECRETO CONDENATÓRIO. PACIENTE FORAGIDA, CAPTURADA PELA POLÍCIA FEDERAL, SOMENTE APÓS MESES. EXISTÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS ACERCA DA INTENÇÃO E MEIOS DE SE FURTAR À APLICAÇÃO DA LEI PENAL EM CASO DE EVENTUAL SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. EVENTUAL APLICAÇÃO DE PENA ALTERNATIVA. ARTIGO 312 DO CPP. REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. A inconstitucionalidade da figura típica prevista no artigo 1º, I, c.c. o artigo 12, I, da Lei n. 8.137/90, não está caracterizada, dado que, nesse dispositivo, não foi criada uma nova hipótese de prisão civil, o que seria vedado face o disposto no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal. Está alçado, isto sim, à categoria ilícito penal, a conduta consubstanciada na supressão ou redução de tributo. De sorte que o desvalor da conduta está no comportamento ardiloso de suprimir ou reduzir tributo, daí ter sido tal conduta considerada delituosa.

[...]

8. Ordem denegada (grifo nosso).²⁸

Nota-se, ainda, que o art. 1º não faz alusão ao *nome iuris* do crime previsto. Embora haja essa omissão, essa falta de denominação legal pode ser suprimida pelo chamado crime de sonegação fiscal, designação dada pela Lei 4.729/1965, a qual antecede a Lei 8.137/1990. Portanto, é correta a referência ao crime de sonegação fiscal quando versar sobre o tipo previsto no art. 1º.

A seguir será analisado o conceito do crime de sonegação fiscal, quais os elementos do seu tipo penal, quando poderá ser aplicado o princípio da insignificância, quais são as causas e os principais tipos deste crime, bem como a extinção da sua punibilidade, para, por fim, poder ser realizado um exame e uma correlação acerca da influência do crime de sonegação fiscal a despeito do sigilo bancário, estudado no capítulo anterior.

²⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 78.

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Habeas Corpus nº 14979, DJ 02 mar. 2004**. Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em 21 jun. 2016.

4.1 Conceito e elementos do tipo penal

Primeiramente, é necessário entender a estrutura analítica do crime. O conceito de delito como conduta típica, antijurídica e culpável refere-se a um critério analítico, pois primeiro observa-se a conduta, para só então constatar o autor. Sendo assim, crime é a conduta individualizada do ser humano prevista em lei, a qual irá proibi-la por não haver causa de justificação e, ainda, por agir o indivíduo de maneira diversa aquela exigível e aprovada por lei (Zaffaroni, 2011).

Outro ponto importante a ser analisado é o conceito de tipo penal. De acordo com Zaffaroni, tipo penal é “instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas).”²⁹. Portanto, é a descrição da conduta considerada penalmente coibida para qual será estabelecida determinada sanção. Sendo assim, o tipo penal corresponde à lei e a tipicidade, à conduta.

Todo tipo penal possui um núcleo representado pelo(s) verbo(s) previsto(s) em sua norma legal. No que tange ao crime de sonegação fiscal, previsto no art. 1º, da Lei 8.137/90, o núcleo do tipo penal são os verbos *suprimir* e *reduzir*, constantes em seu *caput*. Dessa forma, a sonegação fiscal consistirá na supressão e redução de tributos pelo agente, configurando, pois, crime de dano material (dano ao erário público) ou de resultado³⁰. Isso significa, portanto, que a prática de apenas uma das condutas descritas nos incisos do art. 1º sem que haja, posteriormente, vinculada à conduta, a supressão ou redução de tributo, não caracteriza crime de sonegação fiscal. É fundamental a ocorrência dos verbos retro mencionados para o ato ser típico.

Neste contexto, o verbo *suprimir tributo* significa a inadimplência total do montante devido a título tributário e, *reduzir tributo*, quando o contribuinte realiza o pagamento de importância menor do que a de fato é devedor³¹.

Portanto, não basta que o contribuinte realize uma das condutas presentes nos incisos do art. 1º, é necessário que efetue um dos núcleos do tipo para a conduta ser punível como crime contra a ordem tributária, destacando-se a possibilidade de ser realizado tanto na forma consumada, quanto na forma tentada. É reconhecido pelos tribunais o caráter material

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 389.

³⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 5.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 88.

³¹ Idem. p. 89.

ou de dano do crime de sonegação fiscal, conforme decisão dos embargos infringentes do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITO DO ARTIGO 1º, I, DA LEI 8.137/90. RÉU ABSOLVIDO COM BASE NO ART. 386, VI, DO CPP.

1. A condenação do acusado deve fundamentar-se em fatos provados. O indício, isoladamente, não é suficiente para embasar o decreto condenatório.

2. **O Supremo Tribunal Federal já afirmou que o crime do art. 1º, inc. I, da Lei 8.137/90 é delito material, exigindo, portanto, o resultado previsto no seu caput: supressão ou redução do tributo, incomprovado na espécie.**

3. Embargos infringentes acolhidos, para absolver o réu, nos termos do artigo 386, VI, do CPP.³² (grifo nosso)

Nesse sentido, também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Crime contra a ordem tributária (L. 8.197/90, art. 1º, I): infração material - ao contrário do que sucedia no tipo similar da L. 4.729/65 -, à consumação da qual é essencial que, da omissão da informação devida ou da prestação da informação falsa, haja resultado efetiva supressão ou redução do tributo: circunstância elementar, entretanto, em cuja verificação, duvidosa no caso, não se detiveram as decisões condenatórias: nulidade.³³

Sendo assim, será objeto material do crime de sonegação fiscal o tributo devido pelo sujeito passivo da obrigação tributária principal que fora suprimido ou reduzido mediante as condutas discriminadas no art. 1º da lei supracitada.

4.2 Crime de sonegação fiscal e princípio da insignificância

Outro ponto importante é a relação do crime em questão com o princípio da insignificância, quais são os valores mínimos para propositura de ações de execução fiscal, isto é, qual é o parâmetro utilizado pelo Fisco para a incidência do princípio da insignificância.

O princípio da insignificância, também chamado de *princípio da bagatela*, teve suas primeiras aplicações nos crimes contra a ordem tributária após a edição das normas que possibilitaram a abstenção pelo Advogado-Geral da União ou seus representantes judiciais das

³² BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 20264, Distrito Federal, DJ 20 set. 1999.** Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75945, Distrito Federal, DJ 13 fev. 1998.** Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

autarquias, fundações e empresas públicas federais em detrimento do valor da causa de acordo com um mínimo estabelecido³⁴.

Depois de sucessivas reedições da Medida Provisória nº 1.561/1996, o valor mínimo para propositura foi determinado pelo art. 21 da Lei nº 11.033/2004, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais):

Art. 21 Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Diante disso, passou a existir a possibilidade de não haver condenação para os crimes contra a ordem tributária cujo valor do tributo federal não excedesse ao mínimo estipulado.

Portanto, o princípio da insignificância opera como excludente de tipicidade. Não há que se considerar a conduta típica (tipicidade substancial³⁵) se a lesão ao bem jurídico é inofensiva (extremamente diminuta), e se não atinge à ordem social, a chamada conduta com perigosidade social. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt ensina:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de *princípio de bagatela*, é imperativa uma *efetiva proporcionalidade* entre a *gravidade* da conduta que se pretende punir e a *drasticidade da intervenção estatal*. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma *relevância material*. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.³⁶

Embora o valor diminuto do crédito fiscal seja utilizado como parâmetro no ajuizamento das execuções fiscais, não significa que diante de valores inexpressivos será sempre aplicado o princípio da insignificância, porque isso poderia gerar um grande estímulo à sonegação fiscal por parte dos contribuintes, acarretando em efeitos extremamente negativos

³⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 98.

³⁵ Tipicidade substancial diz respeito à dimensão da ofensa ao bem jurídico protegido, enquanto a tipicidade formal, aquela em que a conduta corresponde à descrição legal.

³⁶

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V.1. Parte geral.

tanto para o Fisco quanto para a sociedade de uma forma geral, uma vez que deixaria de arrecadar valores significativos para a receita derivada dos tributos.

Assim, conforme preconiza a teoria de Robert Alexy, a qual será tratada no último capítulo, é necessário, sobretudo, proporcionalidade e razoabilidade na aplicação deste princípio quando a matéria for crime de sonegação fiscal, tendo em vista, principalmente, a repercussão social e fiscalizatória que a banalização de sua utilização pode motivar. Deve sempre ser um débito fiscal inofensivo quantitativo e socialmente.

4.3 Causas e principais tipos da sonegação fiscal

A tributação no Brasil advém de fenômenos jurídicos, econômicos e políticos os quais ensejam em uma obrigação moral, social e legal ao contribuinte. Nesse sentido, é indubitável que o contexto sócio-político do país tem papel fundamental no que tange à prática de crimes contra a ordem tributária, como é o caso da sonegação fiscal.

Podem ser apontadas como grandes impulsionadoras para o crime de sonegação fiscal causas como: constantes elevações de alíquotas; impunidade e ineficácia da fiscalização; deficiência na esfera administrativa na adequação de seus recursos materiais, humanos e tecnológicos; morosidade nos processos administrativos fiscais; economia informal, concorrência entre empresas e recessão; falta de educação e consciência tributária; ausência de credibilidade e transparência governamental; prevaricação e corrupção de agentes³⁷.

A sonegação fiscal usualmente ocorre por meio de vendas sem notas fiscais, compras dessas notas, passivo fictício (saldo negativo de caixa), acréscimo patrimonial a descoberto³⁸, alienação de bens ou direito ao sócio por valor inferior ou superior ao de mercado, ausência, supressão ou redução de dados em declarações, dentre outros instrumentos disciplinados na Lei de Sonegação fiscal, nº 8.137/1990.

Hoje no Brasil, diante dos últimos acontecimentos políticos, é possível afirmar que a corrupção é uma das grandes motivadoras do aumento do crime de sonegação fiscal. Isso porque, em consequência da Operação Lava Jato³⁹, a grave crise político-econômica

³⁷ GOMES, Antonia Helena Teixeira. **Tributação e sonegação fiscal: um estudo do comportamento do Estado ante a sonegação fiscal**. Fortaleza, 25 nov. 2007. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041431.pdf> >. Acesso em: 7 jul. 2016.

³⁸ Acréscimo patrimonial a descoberto é quando há presunção legal lógica, isto é, se o patrimônio do contribuinte aumentou além dos rendimentos declarados por ele, esse aumento decorreu necessariamente de rendimentos tributáveis omitidos em sua declaração de rendimentos.

³⁹ A Operação Lava Jato simboliza a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que já ocorreu no Brasil. De acordo com o Ministério Público Federal: “Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobrás, maior estatal do país, esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e

gerada, além de retirar a credibilidade do governo, promoveu grande dificuldade financeira aos contribuintes, repercutindo ainda mais na alta carga tributária brasileira e na falência das empresas que precisam hoje optar entre pagar tributos ou realizar sua manutenção (como, por exemplo, pagar o salário dos funcionários).

A investigação denominada Operação Lava Jato será utilizada no próximo Capítulo para análise de casos práticos que exemplificam a importância da quebra do sigilo bancário na fiscalização pelos entes públicos, de modo a reprimir o crime de sonegação fiscal.

É importante destacar que, de acordo com dados do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional - SINPROFAZ, o Fisco brasileiro, no período de janeiro a junho de 2016, perdeu com a sonegação fiscal, em média, R\$ 255.371.395.586,00 (duzentos e cinquenta e cinco bilhões, trezentos e setenta e um milhões, trezentos e noventa e cinco mil e quinhentos e oitenta e seis reais)⁴⁰. O alarmante número demonstra quanto o Estado perde para realizar as políticas públicas fundamentais para o desenvolvimento social, como educação, saúde e segurança pública, por exemplo. É um dado extremamente preocupante.

Em 2013, conforme dados da SINPROFAZ, a sonegação de impostos chegou a ser sete vezes maior que a própria corrupção⁴¹, correspondendo a R\$ 415,1 bilhões, ou seja, mais de 10% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional.

Ressalta-se, contudo, que o contribuinte ao sonegar está sujeito às penalidades constantes no art. 1º, *caput*, da Lei 8.137/1990, qual seja, pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa, a qual pode chegar a 225% do valor ocultado, além da indisponibilidade dos bens e restrição de crédito no mercado financeiro (certidão positiva)⁴².

Interessante notar que se houvesse no Brasil uma tributação justa, com base verdadeiramente no princípio da capacidade contributiva dos contribuintes, muito provavelmente o crime de sonegação fiscal tenderia a diminuir. Embora a estrutura tributária

política dos suspeitos de participar do esquema de corrupção que envolve a companhia.”. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal de Curitiba, a Operação vem gerado enorme repercussão na economia brasileira, principalmente por envolver grandes nomes da política brasileira como Eduardo Cunha, ex-Presidente da Câmara dos Deputados, e Luiz Inácio Lula da Silva, ex-Presidente da República. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em: 27 jun. 2016.

⁴⁰ Dado estatístico disponibilizado pelo SONEGÔMETRO®, o qual é marca registrada, de propriedade exclusiva do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – SINPROFAZ, com todos os direitos reservados. Em 22 de outubro de 2015, foi instalado um painel em São Paulo que mostram constantemente os números relacionados à sonegação fiscal brasileira. Disponível em: <<http://www.quantocustaobrasil.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

⁴¹ DRUMMOND, Carlos. **Sonegação de impostos é sete vezes maior que a corrupção**. Carta Capital, 30 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/sonegacao-de-impostos-e-sete-vezes-maior-que-a-corrupcao-9109.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

⁴² RIESENBERG, Fabio. **IBPT explica consequências de “driblar” o Fisco**. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 3 set. 2014. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/1893/IBPT-explica-consequencias-de-driblar-o-Fisco>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

brasileira seja de qualidade e bem delineada no ordenamento jurídico, ela se mostra muitas vezes deficiente e ineficaz justamente por haver práticas governamentais que tiram a credibilidade ou mesmo desviam a finalidade de onde de fato deveriam ser empregados os recursos advindos da receita derivada dos tributos. Acredita-se que, se essa cultura sócio-política de utilizar indevidamente o dinheiro público não fosse praticada, o Brasil teria um modelo tributário de excelência e não haveria por que se falar em sonegação fiscal.

Portanto, é indubitável que a alta carga tributária brasileira decorrente da má gestão e aplicação dos recursos é o principal fundamento para os contribuintes procurarem meios ilícitos com o intuito de driblar as altas cobranças e possíveis execuções fiscais.

4.4 Extinção de punibilidade do crime de sonegação fiscal

Causas extintivas de punibilidade descrevem atos ou fatos que impossibilitam a aplicação de sanção penal. Dessa forma, a extinção de punibilidade somente produz efeito quando o crime já se encontra consumado e reconhecido, isto é, existe a infração, mas esta não é mais punível.

O Código Penal prevê um rol exemplificativo de causas extintivas da punibilidade em seu art. 107, a destacar: morte, anistia, graça, indulto, *abolitio criminis*, prescrição, decadência, perempção, renúncia, perdão e retratação. No que diz respeito ao crime de sonegação fiscal, é possível ainda a verificação de extinção da punibilidade em virtude do pagamento do tributo devido.

A extinção de punibilidade do crime de sonegação fiscal em decorrência do pagamento do tributo sonegado surgiu por meio da Lei nº 4.357/1964, a qual dispõe sobre a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do imposto sobre a renda, e dá outras providências. O art. 2º da referida lei previa que, se o pagamento do tributo devido fosse realizado anteriormente ao início do processo administrativo, haveria extinção da punibilidade.

Posteriormente, a Lei nº 8.137/90 passou a estabelecer em seu art. 14 acerca da extinção de punibilidade para os crimes contra a ordem tributária, possibilitando-a quando o contribuinte efetuasse o pagamento do tributo devido ou contribuição social, inclusive acessório, antes do recebimento da denúncia. Não obstante a isto, com a criação da Lei nº

8.383/1991, houve a revogação do benefício constante nas legislações mencionadas anteriormente⁴³.

Somente a partir de 1º de janeiro de 1996, com o advento da Lei nº 9.249, que fora restabelecida a extinção de punibilidade do crime de sonegação fiscal em virtude do pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia do Ministério Público, conforme preceitua o art. 34:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Insta frisar que este é, atualmente, o entendimento prevalecido pelo ordenamento jurídico pátrio e pela jurisprudência do STF, conforme precedente abaixo:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. INEXISTÊNCIA. SONEGAÇÃO FISCAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE DE FATOS E DE PROVAS. VEDAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE NÃO VERIFICADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. O trancamento da ação penal por meio de habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes: HC 101.754, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 24.06.10; HC 92.959, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 11.02.10. 2. A negativa de autoria do delito não é aferível na via do writ, cuja análise se encontra reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. Precedentes: HC 114.889-AgR, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 24.09.13; HC 114.616, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 17.09.13. **3. O pagamento integral do crédito tributário constitui causa de extinção da punibilidade do agente**, nos termos do artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/03. Precedentes: HC 84.965, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 11.04.12; HC 93.351, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 1º.07.09; HC 89.794, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 10.08.07. 4. In casu, o paciente não efetuou o pagamento do crédito tributário, mas apenas contratou seguro-garantia como tentativa de assegurar o seu futuro adimplemento. Assim, não operou-se a extinção de sua punibilidade. 5. Destarte, verifica-se que a defesa pretende o mero rejuízo da causa, ao

⁴³ LOPES, Hálisson Rodrigo. **A extinção da punibilidade dos crimes tributários**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9778>. Acesso em: 28 jun. 2016.

invés de indicar os vícios ensejadores dos aclaratórios. 6. Embargos de declaração desprovidos.⁴⁴ (grifo nosso)

Desse modo, quanto à extinção de punibilidade do crime de sonegação fiscal, além das hipóteses exemplificativas previstas no art. 107, do CP, é aplicada a exceção sancionatória quando há o pagamento do tributo suprimido ou reduzido anterior ao oferecimento da denúncia Ministério Público.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117173, Rel. Min. Luiz Fux, Distrito Federal, DJe 22 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84%2E965%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gvp399m>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

5 A INFLUÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL

É incontestável que o sigilo bancário tornou-se de fato um instrumento de proteção essencial para a sociedade como um todo. O desenvolvimento tecnológico e as grandes mudanças sociais decorrentes deste avanço motivaram a criação da tutela à privacidade, garantindo, sobretudo, um direito fundamental (art. 1º, III, CRFB/88).

O sigilo bancário embora simbolize uma conquista como direito fundamental, preservando a privacidade dos dados e movimentações bancárias, acabou por configurar uma grande preocupação da vida moderna ao tornar instrumento para a efetivação da prática de ilícitos, retirando do Estado mecanismo necessário para vedar crimes como a sonegação fiscal, propagando-se, com isso, a impunidade.

Essa proteção aos dados bancários sempre foi o principal inibidor à Administração Fazendária no combate ao crime de sonegação fiscal. De acordo com o plano contábil das Instituições do Sistema Financeiro Nacional – COSIF, a maior perda de recursos pelo Fisco referente a tributos sonegados ocorre no mercado de capitais por meio da tutela ao sigilo bancário⁴⁵.

É indubitável que a Lei Complementar nº 105/2001, bem como o recente entendimento da Suprema Corte, pormenorizam este problema. A flexibilização da quebra do sigilo bancário tem se mostrado cada vez mais necessária para a Administração, trata-se de ferramenta muitas vezes indispensável para a descoberta e comprovação de ilícitos penais, esclarecendo casos de enriquecimento ilícito e lavagem de dinheiro.

Embora essa flexibilização tenha ocorrido recentemente, o Ministro do STF Nelson Jobim, em uma entrevista dada ao Jornal O Globo em 22/10/1995, já enxergava a necessidade dessa maleabilidade defendendo “a flexibilização do sigilo bancário como a única forma de o país não se tornar um centro internacional de lavagem de dinheiro”⁴⁶.

Também nesse sentido, o Procurador da República Marcelo Moscolliato, em 26/11/1996, afirmou que “se o cidadão brasileiro refletir a respeito dos altos índices de sonegação fiscal e de alguns fatos recentes coloridos por “contas-fantasma”, operações de

⁴⁵ COSIF – Plano de Contas. Disponível em:

<http://cosif.com.br/publica.asp?arquivo=sigilo1#O_Sigilo_como_inibidor_da_Fiscalização>. Acesso em: 8 mai. 2016.

⁴⁶ Jornal O Globo, Primeiro Caderno. Ed. 22/10/1995. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/consulta-acervo/?navegacaoPorData=199019951022>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

crédito e balanços financeiros fraudados etc, compreenderá a extensão do problema posto ao redor do sigilo.”⁴⁷.

De fato o entendimento do procurador estava correto, porque nos últimos dois anos, a polêmica em torno da corrupção existente nos Poderes Legislativo e Executivo brasileiro tornou-se um grande exemplo disso.

Em maio de 2016, o Ministro Teori Zavascki do STF (relator da Operação Lava Jato) autorizou a quebra do sigilo bancário do ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, com o objetivo de analisar, no período entre 2005 e 2014, supostas contas secretas na Suíça, o que possibilitaria o repasse de dinheiro público da Petrobrás a uso irregular de empresas. Em virtude disso, a Receita Federal passou a investigar se o deputado cometeu crime de sonegação fiscal ao manter estas contas secretas no exterior, com base em documentos enviados pelo Ministério Público suíço à Procuradoria Geral da República que demonstraram que Cunha mantinha contas não declaradas naquele país, inibindo, dessa forma, a arrecadação do imposto de renda sobre o produto mantido fora do Brasil⁴⁸. Nota-se, neste caso, que será por meio da quebra do sigilo bancário que se poderá constatar se haverá ou não crime de sonegação fiscal.

A corrupção não é útil apenas para exemplificar a necessidade da flexibilização do sigilo bancário no que diz respeito ao combate ao crime de sonegação fiscal, mas, também, para refletir o que a corrupção gera em todo o contexto que vem sendo abordado neste estudo. A falta de credibilidade do governo brasileiro, promovida por meio dessas polêmicas, corrobora para a justificativa dada por contribuintes “sonegadores” de que o dinheiro que pagariam pelos tributos seria destinado a este tipo de prática corruptiva claramente existente no Brasil. Todavia, um crime jamais poderá justificar outro, trata-se de um argumento contraditório, pois, conforme dito anteriormente, o índice de crime de sonegação em 2013 chegou a ser sete vezes maior que a corrupção.

Para dar efetividade ao poder fiscalizatório, bem como ao princípio da capacidade contributiva, a decisão do Tribunal Regional da 2ª Região entendeu pela necessidade da Administração Tributária identificar o patrimônio, o rendimento e as atividades econômicas do contribuinte suspeito por meio da quebra do sigilo bancário no intuito de definir se há ou não o crime de sonegação fiscal, conforme ementa a seguir:

⁴⁷ MOSCOGLIATO, Marcelo. **Sigilo Bancário**. Folha de São Paulo. Ed. 26 nov. 1996.

⁴⁸ Jornal G1. **Receita abre investigação para apurar se Cunha Cometeu sonegação fiscal**. Pub. 28 out. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/10/receita-abre-investigacao-para-apurar-se-cunha-cometeu-sonegacao-fiscal.html>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

TRIBUTÁRIO – CPMF – REPASSE DE DADOS AO FISCO - SIGILO BANCÁRIO – INTERESSE PÚBLICO - SONEGAÇÃO FISCAL. I – “O sigilo bancário não é um direito de natureza absoluta. Há de ceder diante do interesse público caracterizado pela necessidade do fisco em definir se há sonegação fiscal pela via de omissão de receitas.” (STJ, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, MC 3060/PR, Processo: 200000832294.) II – Apelação e remessa necessária providas.⁴⁹

A sonegação fiscal é realidade no país e é fortemente acobertada pelo sigilo bancário. Em 2015, o SINPROFAZ estimou R\$ 420 bilhões perdidos em razão da sonegação de impostos. Se fosse para empregar este montante em políticas públicas, com certeza o brasileiro faria jus a uma tributação justa, contribuindo para a diminuição do crime de sonegação fiscal e, conseqüentemente, para a desnecessidade de quebra da privacidade bancária pela Fazenda Pública.

5.1 O exemplo da contribuição provisória sobre a movimentação financeira - CPMF

A criação pelo Governo Federal da contribuição provisória sobre as movimentações financeiras, a chamada CPMF, é uma boa ilustração da importância da quebra do sigilo bancário para a inibição do crime de sonegação fiscal pelo Fisco, pois surgiu justamente como instrumento para combater este crime.

Criada, inicialmente, como um imposto provisório sobre a movimentação financeira (IPMF) pela Emenda Constitucional nº 03/1993, sua finalidade primordial era quebrar o sigilo bancário para inibir o crime de sonegação fiscal. Em detrimento de seu caráter provisório, o respectivo imposto vigoraria apenas até dezembro de 1994, com alíquota de 0,25%. Todavia, o IPMF feria duas cláusulas pétreas da Carta Magna, quais sejam: o princípio da anterioridade de exercício e a imunidade recíproca e, por isso, o imposto foi julgado inconstitucional, conforme ADIn nº 939-7/DF:

Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5º, par. 2º, 60, par. 4º, incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 15 set. 1993**. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000117880&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica "o art. 150, III, "b" e VI", da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1º - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5º, par. 2º, art. 60, par. 4º, inciso IV e art. 150, III, "b" da Constituição); 2º - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4º, inciso I, e art. 150, VI, "a", da C.F.); 3º - a norma que, estabelecendo outras imunidades impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: "b"): templos de qualquer culto; "c"): patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e "d"): livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão; 3. Em consequência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3º, 4º e 8º do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993.⁵⁰

Assim surgiu a CPMF. O governo do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, por meio da Emenda Constitucional nº 12/1996, em uma campanha realizada em prol da saúde, criou a contribuição provisória sobre movimentação financeira, vinculando seu produto de arrecadação ao Fundo Nacional de Saúde.

Nota-se que ao ser criada como contribuição social no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT nº 74⁵¹, não se tratava de uma contribuição residual e,

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 15 set. 1993**. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000117880&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 1 jul. 2016.

⁵¹ Art. 74. A União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira.

§ 1º A alíquota da contribuição de que trata este artigo não excederá a vinte e cinco centésimos por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou restabelecê-la, total ou parcialmente, nas condições e limites fixados em lei.

§ 2º À contribuição de que trata este artigo não se aplica o disposto nos arts. 153, § 5º, e 154, I, da Constituição.

§ 3º O produto da arrecadação da contribuição de que trata este artigo será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde.

§ 4º A contribuição de que trata este artigo terá sua exigibilidade subordinada ao disposto no art. 195, § 6º, da Constituição, e não poderá ser cobrada por prazo superior a dois anos.

portanto, deveria respeitar apenas o princípio da anterioridade nonagesimal, presente no art. 195, §6^a, da CRFB/88⁵². Sendo, pois, constitucional.

O ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva prorrogou a CPMF até 31/12/2007, a qual se extinguiu devido ao caráter provisório. Destaca-se, com isso, que o Partido dos Trabalhadores perdeu não só receita para aplicar no Sistema Único de Saúde – SUS, como também um grande instrumento contra a sonegação fiscal, haja vista que os dados fornecidos ao Fisco por meio da CPMF apontaram a movimentação de milhares de reais em contas de contribuintes pessoas físicas, as quais se declaravam isentas à Fazenda, ou pessoas jurídicas, que se declaravam inativas.

Os dados divulgados pela Secretaria da Receita Federal, em 2000, acerca dos montantes arrecadados com a CPMF demonstram que de fato a quebra do sigilo bancário através de informações prestadas à Fazenda Nacional sobre as movimentações financeiras dos contribuintes ajudou em muito para a descoberta de autorias de sonegação fiscal, conforme demonstrado a seguir:

- (a) 62 pessoas físicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 11,03 bilhões;
- (b) 139 pessoas físicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 28,92 bilhões;
- (c) 45 pessoas jurídicas incluídas no SIMPLES (pressupõe receita bruta anual inferior a R\$ 120 mil) tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 53,21 bilhões;
- (d) 46 pessoas jurídicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 18,39 bilhões;
- (e) 139 pessoas jurídicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 70,96 bilhões.⁵³

Conclui-se, com isso, que é indubitável a influência do sigilo bancário no crime de sonegação fiscal. O direito fundamental à privacidade precisa ser relativizado, conforme vem

⁵² Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

⁵³ Informação para a imprensa na Instrução Normativa SRF nº 123, de 29/12/2000. Secretaria da Receita Federal. Análise estatística do cruzamento de informações da CPMF e do Imposto de Renda. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=52184&visao=anotado>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

ocorrendo, em detrimento do interesse público, uma vez que não se pode permitir que condutas ilícitas como esta promovam ao país perdas de receita que assegura direitos constitucionais fundamentais, como saúde, educação e moradia, por exemplo. O contribuinte não pode esquecer que ao praticar o crime de sonegação fiscal está, sobretudo, deixando de gerar ao governo brasileiro recursos financeiros importantes para garantir a manutenção dos direitos sociais.

É necessário ter em mente que a tributação justa não é possível quando o que se tem é uma sonegação fiscal exorbitante acobertada pelo sigilo bancário. Não se pode considerar a afirmativa de que no Brasil a sonegação fiscal se justifica em virtude do mau emprego das verbas arrecadadas, da escancarada corrupção, bem como da alta carga tributária unida a um contexto de crise econômica. Embora seja uma infeliz realidade, não é motivação para a prática de crimes contra a ordem tributária, sobretudo, porque quem mais perde ao deixar de pagar tributos é a própria sociedade brasileira, que além de execuções fiscais e processos criminais, deixam de dar subsistência às garantias constitucionais.

5.2 Colisões de princípios e conflitos de regras – Teoria da Argumentação Jurídica

O autor Robert Alexy sustenta que princípios são mandados de otimização, que dependem tanto das possibilidades reais quanto das jurídicas, podendo ser cumpridos em diferentes graus, sobretudo, devido ao seu critério valorativo. O conceito de princípio apresenta-se relevante pelo fato do presente estudo estar diante de conflitos produzidos pelo ordenamento jurídico acerca da aplicação entre o princípio da inviolabilidade da vida privada e os princípios do interesse público ou da moralidade administrativa.

Se o conflito ocorre entre espécies de normas jurídicas distintas, ou seja, entre regras (mandados definitivos) e princípios (mandados de otimização), aplica-se o critério da superioridade hierárquica dos princípios sobre as regras e facilmente o conflito será solucionado. Isso ocorre, pois os princípios como normas gerais e fundamentais prevalecem sobre a qualificação das regras como normas de generalidade relativamente baixa. Insta destacar, contudo, que é possível em determinadas situações a aplicação de uma regra específica, afastando a aplicação do princípio, todavia, não o invalidando. O contrário ocorre quando há conflito entre regras, uma vez que se insere uma cláusula de exceção, ou seja, se preciso a aplicação de duas regras válidas, porém contraditórias, a escolha por uma regra acarreta na invalidação da outra, como meio de preservação do ordenamento (ALEXY, 2001).

Todavia, o caso em exame trata-se de colisão entre princípios. Diferentemente do critério utilizado quando as espécies normativas são diferentes, o conflito entre princípios será solucionado de acordo com o âmbito valorativo, o que permite um princípio não invalidar o outro. Desse modo, analisar-se-á a relação de precedência condicionada, isto é, qual é o princípio que tem maior relevância e prepondera sobre o outro mediante situação específica. Sendo indispensável, portanto, a análise do caso concreto para realizar uma ponderação pautada na máxima racionalidade possível. O entendimento pela relação de precedência condicionada originou a teoria defendida pelo autor alemão denominada lei de colisão.

Embora a existência de preponderância de determinados mandados de otimização sobre outros em situações específicas de tensão seja solucionada por meio do critério de precedência condicionada, ressaltam-se exemplos de princípios que praticamente em quase todas as situações são capazes de prevalecer sobre os demais, quais sejam, princípio da dignidade humana, cidadania, ordem democrática e higidez do meio ambiente (CRISTÓVAM, 2003).

Ainda que existente a teoria da lei da colisão, foi necessária a criação da teoria da argumentação jurídica por Alexy com o propósito de fundamentar a aplicação pela preponderância por meio da condição valorativa dos princípios e, assim, buscar a racionalidade da fundamentação jurídica das decisões, ultrapassando-se a subsunção lógica.

É incontestável que este procedimento criado pelo jurista alemão se fez extremamente necessário na aplicação de uma metodologia que possibilitasse uma decisão jurídica mais adequada e fundamentada. Principalmente, porque o neoconstitucionalismo constituiu paradigma para a teoria da argumentação jurídica, preconizando uma mudança no viés de interpretação dos preceitos constitucionais ao reconhecer a força normativa à Constituição⁵⁴.

Destarte, a metodologia criada pela teoria da argumentação jurídica por meio de critérios de aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme visto no primeiro capítulo, com a relação de precedência condicionada, garante a aplicação ora da inviolabilidade da vida privada, por intermédio do sigilo bancário, ora do princípio do interesse público e da moralidade administrativa pela Fazenda Pública no combate ao crime de sonegação fiscal.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

6 CONCLUSÃO

O poder fiscalizatório da Administração Pública tem papel fundamental no cumprimento do objetivo do Estado Social na garantia dos direitos fundamentais através da busca pela eficácia do sistema tributário brasileiro. Restou indubitável que seu modo operante ocorre por meio do combate ao crime de sonegação fiscal, cuja finalidade nada mais é do que garantir a arrecadação fiscal.

Neste contexto, indagou-se se o instituto do sigilo bancário seria instrumento de difusão da prática desse ilícito penal, inibindo a atuação fiscalizatória do Poder Público. Não obstante, constatou-se que em decorrência do desenvolvimento social e tecnológico, a sociedade teve que atuar no sentido de criar normas protetivas à esfera privada, o que propiciou o surgimento do sigilo bancário, com base no direito à inviolabilidade da vida privada, configurando, portanto, um direito fundamental pela CRFB/88.

A análise da LC nº 105/2001 possibilitou visualizar o caráter não absoluto do sigilo bancário, dispondo sobre a relativização de sua aplicabilidade e permitindo a restrição dessa inviolabilidade, de acordo com os requisitos legais e entendimentos jurisprudenciais. A decisão recente do Supremo Tribunal Federal demonstrou que cada vez mais o poder fiscalizatório da Fazenda vem se fortalecendo, a ponto de permitir a quebra do sigilo bancário sem reserva jurisdicional.

No que concerne ao estudo sobre o crime de sonegação fiscal, verificou-se a forte presença desse delito no Brasil e suas principais causas e tipos. Notou-se que a alta carga tributária brasileira é utilizada muitas vezes para justificar o crime de sonegação fiscal pelos contribuintes. Outrossim, além da ineficiência do princípio da capacidade contributiva, as práticas de corrupção dos políticos são utilizadas como motivação para o contribuinte se escusar de efetuar o pagamento do tributo. Também foi salutar a análise em torno da CPMF, a qual ilustrou como a quebra do sigilo bancário pode ser instrumento no combate ao crime de sonegação fiscal.

A forte influência do sigilo bancário ao crime de sonegação fiscal foi demonstrada por meio dos dados estatísticos auferidos por órgãos responsáveis e exemplos práticos de casos de corrupção ligados ao delito, bem como pela própria jurisprudência. Dessa forma, foi possível visualizar como o contribuinte se acoberta na prática de ilícitos contra a ordem tributária.

Embasada pelos preceitos do neoconstitucionalismo, a teoria da argumentação jurídica preconizada por Robert Alexy permitiu idealizar possível solução para o conflito existente entre os princípios inerentes ao sigilo bancário e à sonegação fiscal. Não tem como deixar de considerar o contexto de crise política e econômica presente no Brasil para realizar a ponderação através da relação de precedência condicionada.

Diante da perda exorbitante gerada pelo crime em comento e as graves consequências no implemento das políticas sociais, que deveriam ser feitas pela arrecadação tributária, o aspecto valorativo dos princípios do interesse público e da moralidade administrativa mostraram-se preponderantes em relação à inviolabilidade da vida privada, se aplicados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que presente a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Por fim, conclui-se que, ainda que o sigilo bancário seja tratado como direito fundamental à privacidade, a quebra dessa proteção aos dados bancários além de ratificar a sua qualidade de não ser absoluto (adequação), é instrumento fundamental no exercício fiscalizatório e arrecadatório do Poder Público (necessidade) e, deste modo, deve operar no intuito de combater o tão indesejado crime de sonegação fiscal (proporcionalidade em sentido estrito). Permitindo-se, com isso, o respeito à capacidade contributiva e à tributação justa, e a efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução por *Zilda Hutchinson Schild Silva*. São Paulo: Landy, 2001.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. V.1. Parte geral.

BRASIL, Cyntia Facundo Alencar. **A relativização do sigilo bancário através da Lei Complementar nº 105/2001 pela Receita Federal**. Universidade de Brasília – UNB. Fortaleza, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.137/1990, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 11 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Penal nº 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.10.95**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28307%2EENUME%2E+OU+307%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+19951020%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zmqcr9y>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental de Inquérito nº 187/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, C.E., un., DJ 16.9.96**. Disponível em: <

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+19960821&p rocesso=187&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> >. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 15 set. 1993.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000117880&base=baseAcordaos> >. Acesso em: 1 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 117173, Rel. Min. Luiz Fux, Distrito Federal, DJe 22 mai. 2014.**

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+84%2E965%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gvp399m>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75945, Distrito Federal, DJ 13 fev. 1998.** Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento sobre acesso do Fisco a dados bancários será retomado na próxima quarta (24).** Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310242>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 100.094/PR, Rel. Min. Rafael Mayer, 1ª Turma, DJ 24.8.84.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28100094%2ENU ME%2E+OU+100094%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p7yh z33>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601.314, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, São Paulo – SP, DJe 19.11.2009.** Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28601314%2ENU ME%2E+OU+601314%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/lz vs2cq>> . Acesso em: 15 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 20264, Distrito Federal, DJ 20 set. 1999.** Disponível em: <

<https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Habeas Corpus nº 14979, DJ 02 mar. 2004.** Disponível em: < <https://www2.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Acesso em 21 jun.

2016.

COSIF – Plano de Contas. Disponível em:

<http://cosif.com.br/publica.asp?arquivo=sigilo1#O_Sigilo_como_inibidor_da_Fiscalização> . Acesso em: 8 mai. 2016.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O combate à sonegação fiscal e o direito ao sigilo bancário.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 61, 1 jan. 2003. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/3664>>. Acesso em: 3 jul. 2016.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DRUMMOND, Carlos. **Sonegação de impostos é sete vezes maior que a corrupção**. Carta Capital, 30 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/sonegacao-de-impostos-e-sete-vezes-maior-que-a-corrupcao-9109.html>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado**. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo, n. 1, 1992.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **Sigilo bancário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Antonia Helena Teixeira. **Tributação e sonegação fiscal: um estudo do comportamento do Estado ante a sonegação fiscal**. Fortaleza, 2007.

Instrução Normativa SRF nº 123, de 29/12/2000. Secretaria da Receita Federal. **Análise estatística do cruzamento de informações da CPMF e do Imposto de Renda**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=521>> . Acesso em: 1 jul. 2016.

Jornal G1. **Receita abre investigação para apurar se Cunha Cometeu sonegação fiscal**. Pub. 28 out. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/10/receita-abre-investigacao-para-apurar-se-cunha-cometeu-sonegacao-fiscal.html>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

Jornal O Globo, Primeiro Caderno. Ed. 22/10/1995. Disponível em: <<http://acervo.oglobo.globo.com/consulta-ao-acervo/?navegacaoPorData=199019951022>>. Acesso em: 30 jun. 2016.

KÖHLER, Etiane Barbi. **Direito Bancário**. Rio Grande do Sul, 2012.

LEVINSON, Sanford. Privacy In: **Oxford Companion to the Supreme Court of the United States**. New York: Oxford University Press, 1992. *apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

LIMA, Rogério. **Pode o fisco, por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte?** Revista Tributária de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, set./out. 2000.

LOPES, Hálisson Rodrigo. **A extinção da punibilidade dos crimes tributários**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9778>. Acesso em: 28 jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, André Mendes e COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **A CPMF e os Princípios Constitucionais Tributários**. In: Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas – do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico. SANTI, Eurico Marcos Diniz de (organizador). São Paulo: Saraiva, 2008.

MOSCOGLIATO, Marcelo. **Sigilo bancário**. *Folha de São Paulo*, São Paulo, pg. 2-2, 26 nov. 1996.

MOTA, Luig Almeida. **Quebra dos sigilos fiscal, bancário e financeiro**. Conteúdo Jurídico, 17 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,quebras-dos-sigilos-fiscal-bancario-e-financeiro,43002.html>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil, Parte Geral**. 5. Ed. São Paulo: Forense. 2008.

PISÓN CAVERO, José Martínez de. **El Derecho a la Intimidad em la Jurisprudencia Constitucional**. Madrid: Civitas, 1993. *apud* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

RIESENBERG, Fabio. **IBPT explica consequências de “driblar” o Fisco**. Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, 3 set. 2014. Disponível em: <<http://www.ibpt.com.br/noticia/1893/IBPT-explica-consequencias-de-driblar-o-Fisco>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito à Intimidade e à Vida Privada**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SONEGÔMETRO. Disponível em: <<http://www.quantocustaobrasil.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF garante ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>>. Acesso: 6 de jun. de 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.