

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

Carolina Auzier Bentes Couri

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

Juiz de Fora

2010

Carolina Auzier Bentes Couri

**A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE
FAZENDÁRIA: UMA ANÁLISE DA AUTORIZAÇÃO TRAZIDA PELA LEI
COMPLEMENTAR Nº. 105/2001.**

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora, na
área de Direito Constitucional, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel.

Orientação: Professor RENATO CHAVES
FERREIRA

Juiz de Fora

2010

Carolina Auzier Bentes Couri

**A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE
FAZENDÁRIA: UMA ANÁLISE DA AUTORIZAÇÃO TRAZIDA PELA LEI
COMPLEMENTAR Nº. 105/2001.**

Monografia de Conclusão de Curso
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel.

Orientação: Professor RENATO CHAVES
FERREIRA

Aprovado em __/__/__

Prof. Orientador Renato Chaves Ferreira

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Frederico Augusto Riani

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Mússio Moura Soares

Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2010

Dedico este trabalho aos meus pais, Evaldo e Heloiza, pelos grandes momentos compartilhados, o investimento na minha educação e o incentivo constante.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado forças e iluminado meu caminho para que concluísse mais uma importante etapa da minha vida.

Agradeço especialmente às queridas amigas Carol e Beth, presentes da vida acadêmica e aos amigos Miller e Gabriel, pelo conhecimento compartilhado, os momentos de descontração e por sempre me incentivarem a acreditar em mim e nos meus sonhos.

Ao Vinícius, meu namorado, que me acompanhou nestes 5 anos de faculdade, pela amizade, amor, companheirismo e felicidade.

À minha mãe, por ser tão dedicada e amiga, e ao meu pai, exemplo de dedicação, honestidade e retidão, em quem me inspiro a cada dia.

Aos mestres, que contribuíram para a minha formação, em especial, ao professor Renato Chaves Ferreira, pelo auxílio na concretização desta monografia.

RESUMO

O presente estudo tem por escopo uma análise da autorização trazida pela Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, que possibilitou às autoridades da Receita Federal do Brasil o acesso a dados bancários sigilosos de contribuintes sob investigação, independentemente de autorização judicial, abordando as situações abrangidas pela autorização, a forma de acesso e seu impacto sobre a sonegação fiscal e a criminalidade. Destarte, partiremos em defesa da constitucionalidade do dispositivo que permitiu este acesso direto por parte das autoridades administrativas fazendárias, desde que havendo a devida obediência dos parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar e pelas normas regulamentadoras.

Palavras-chave: Lei Complementar nº. 105/2001; Decreto nº. 3724/2001; quebra de sigilo bancário; Fisco; direito constitucional.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 O SIGILO BANCÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	9
1.1 HISTÓRICO DO SIGILO BANCÁRIO.....	9
1.2 FUNDAMENTO DO SIGILO BANCÁRIO.....	11
1.3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
2 O SIGILO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.....	17
2.1 LEI COMPLEMENTAR Nº. 105/2001.....	17
2.2 DECRETO Nº. 3724/2001.....	20
3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA.....	24
3.1 O POSTULADO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO.....	24
3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	26
3.3 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	29
3.4 TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS.....	32
4 A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO COMO MEDIDA DE COMBATE À SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA E À CRIMINALIDADE.....	33
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	41

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa objetiva analisar os principais aspectos relacionados à quebra de sigilo bancário pela autoridade fazendária, independentemente de autorização judicial, buscando demonstrar a compatibilidade do art. 6º da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001 (regulamentado pelo Decreto nº. 3.724, de 10 de janeiro de 2001), com o Texto Constitucional vigente.

Para tanto, será levantado no decorrer desta exposição o conflito entre a competência da Administração Pública para fiscalizar, cobrar e executar tributos e a proteção conferida ao sigilo bancário pelo inciso X do art. 5º, da Lei Maior. Nesta seara, objetiva-se dirimir a controvérsia constitucional entre o direito individual de proteção da vida privada e o interesse social na arrecadação tributária, através da técnica da ponderação ou harmonização dos princípios.

Este trabalho é de fundamental relevância, uma vez que se trata de tema polêmico, sendo a referida Lei Complementar objeto das ADIs 4010, 2397, 2390 e 2386 (esta, proposta em 2001), que até a conclusão deste estudo permanecem sem apreciação definitiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Esta monografia, em seu capítulo inicial, apresenta um histórico do sigilo bancário e busca definir a proteção constitucional que lhe é dispensada, a fim de se concluir acerca da natureza absoluta ou não de tal direito.

Na seqüência, o segundo capítulo traz os aspectos gerais da disciplina legal do sigilo bancário no Brasil, com uma análise das hipóteses de acesso pelo Fisco, a forma desse acesso, a requisição e o uso das informações referentes aos contribuintes pela Secretaria da Receita Federal, bem como os requisitos necessários para o exercício desse poder sem autorização judicial.

No terceiro capítulo analisa-se a questão da constitucionalidade da atribuição conferida à autoridade fazendária, em vista do respeito ao devido processo legal, da inexistência de reserva de jurisdição no tocante ao sigilo bancário, da proporcionalidade da medida e do poder conferido às autoridades fiscais pelo constituinte originário, conforme se demonstra com a teoria dos poderes implícitos.

Ao final, destaca-se o avanço da Lei Complementar nº. 105/2001 em relação ao regramento anterior, que fez da quebra de sigilo bancário uma medida de combate à evasão fiscal e à criminalidade antes acobertadas pelo manto da proteção da vida privada do cidadão.

O Estado, ao localizar a renda tributável que não foi declarada pelo contribuinte, será capaz de efetivar o princípio da capacidade contributiva e por fim à sonegação fiscal no país, o que lhe dará condições de concretizar seus objetivos fundamentais. Neste capítulo foram abordados os desafios trazidos à administração tributária pela globalização e informatização e a tendência global de combate aos paraísos fiscais e ao sigilo bancário indiscriminado, enfatizando, por fim, a importância da flexibilização do direito ao sigilo bancário.

1. O SIGILO BANCÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1. Histórico do sigilo bancário

O sigilo bancário é fenômeno antigo na história, sua origem e evolução se confundem com o surgimento e crescimento das instituições bancárias, que remontam às civilizações mesopotâmicas. Na Babilônia a atividade de guarda de dinheiro e câmbio era realizada pelos sacerdotes em templos, ou pelos reis nos palácios, havendo ali algo de sagrado (LARA, 2006, p. 22). O autor libanês Raymond Farhat (1980, p. 12-15 apud CHINEN, 2005) destaca que

“a atividade bancária apresentava um caráter sagrado e dispunha de uma aura de mistério que cercava tudo o que relacionava com o divino. Mais que uma simples descrição, as operações bancárias constituíam-se de magia, de mistério e do desconhecido”.

Com o processo de laicização do Estado e com a atividade bancária passando às mãos de civis, nos primeiros bancos privados, fez-se necessário o resguardo das informações sigilosas dos negociadores por estas instituições, e o sigilo obteve proteção legal, havendo registro disso no Digesto.

O sigilo bancário torna-se ainda mais relevante na sociedade moderna, porque a propriedade mobiliária assumiu uma importância maior que a propriedade imobiliária e, além disso, atualmente, a quase totalidade dos negócios é efetivada com intermediação bancária (BALTAZAR, 2005).

A criação do Banco do Brasil em 1808 deu início à atividade bancária em nosso país. E foi em 1850, com o advento do Código Comercial que, pela primeira vez em nosso ordenamento, se tratou da matéria em apreço, com a previsão do segredo dos livros comerciais.

O Código Civil de 1916 dispunha em seu art. 144, reproduzido no atual Código em seu art. 229, que: “Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo”. Em 1940, o Código Penal entra em vigor incluindo nos crimes contra a liberdade individual a inviolabilidade dos segredos, e passou a punir, em seu art. 154, a violação de segredo profissional. Assim, o indivíduo que em virtude de sua profissão detenha informações alheias sigilosas, deve mantê-las em segredo absoluto,

sob pena de sofrer as sanções estabelecidas pelo Código Penal, sendo certo que a revelação poderá ser autorizada pelo indivíduo, principal interessado.

A Lei nº. 4595, de 31 de dezembro de 1964, que regulamentou o Sistema Financeiro Nacional, durante muito tempo foi o único instrumento a regular o sigilo bancário no Brasil. Seu art. 38, revogado expressamente pela LC nº. 105/01, de forma sucinta, estabelecia que o sigilo bancário fosse regra geral a ser observada e disciplinava as hipóteses de sua quebra:

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 financeiras, e a exibição de livros e documento 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 1.579, 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 aos §§ 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 exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados se não reservadamente.

§ 7º A quebra do sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

A superveniência do Código Tributário Nacional (CTN), não revogou o dispositivo supracitado ao prever a possibilidade de acesso a informações por parte das autoridades fiscais. O parágrafo único do art. 197, do CTN, dispõe que a obrigação prevista em seu *caput*, não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função,

ministério, atividade ou profissão, o que torna tais dispositivos compatíveis entre si.

Posteriormente, surgiram novas disposições complementando a obrigação das instituições financeiras de prestar informações à Administração Tributária.

Atualmente, é a Lei Complementar nº. 105/01 que disciplina a matéria atinente ao sigilo bancário.

1.2. Fundamento do sigilo bancário

Não há consenso doutrinário acerca do fundamento do sigilo bancário, o que leva à existência de inúmeras teorias, sendo certo que nunca haverá uma conclusão absoluta e indiscutível sobre o tema, pois tal fundamentação varia no tempo e no espaço, de país para país (BALTAZAR, 2005).

Segundo a Teoria Consuetudinária, o fundamento se encontra nos usos e costumes, sendo o sigilo bancário um dever legal fruto de uma prática que se impregnou na consciência da sociedade. Mas é sabido que a lei está acima do costume, de forma que o sigilo não subsistiria a depender da regulamentação legal dada à matéria.

A corrente contratualista segue o pensamento de que o sigilo consta de cláusula acessória implícita no contrato bancário ajustado entre o banco e o cliente, vedando a divulgação dos dados relativos aos clientes ou suas operações. Nada impede o pacto dessa cláusula, mas a crítica ressalta que ela é incomum, pois além de não abranger as informações pré-contratuais e pós-contratuais, não impõe a obrigação de sigilo aos terceiros auxiliares do serviço bancário. E, por fim, não é eficaz em relação a normas de ordem pública que determinem o fornecimento de informações (BALTAZAR, 2005).

O fundamento na Teoria da Responsabilidade Civil está hoje superado e não encontra mais defensores no Brasil, pois apenas destacava a consequência de seu descumprimento, qual seja, a responsabilização da instituição pelos prejuízos causados com a revelação indevida dos dados de seus clientes, não servindo, por isso, de base para o dever de sigilo.

O sigilo bancário é visto como segredo profissional em Luxemburgo, na Argélia, em Portugal e na França, onde inclusive há previsão de sanção penal para a violação do dever de sigilo profissional. Na doutrina brasileira há vasta aceitação desta teoria, o que não a isenta de críticas.

Entre os defensores de que o banqueiro possui o dever de colaborar com a autoridade fiscal está o autor José Paulo Baltazar Junior. Adotando referência feita por Aliomar Baleeiro ao comentar o parágrafo único do art. 197 do CTN, diz que os banqueiros não estão adstritos a tal regra, que exclui do dever de colaboração com a autoridade “... a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão”. Nas palavras de Baleeiro (1971, p. 551 apud BALTAZAR, 2005), os banqueiros “em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis”.

Por fim, o sigilo terá fundamento legal quando previsto em lei e o fundamento será constitucional quando consagrado de forma explícita no texto constitucional ou dele derivar.

A Constituição Federal de 1988 não menciona expressamente o direito ao sigilo bancário, o que geraria dúvida acerca da existência de um fundamento constitucional para o sigilo bancário.

No entanto, predomina na doutrina nacional bem como na jurisprudência o entendimento de que, mesmo não constando expressamente do texto constitucional, o sigilo bancário está inserido no direito à inviolabilidade da vida privada, previsto no inciso X do art. 5º da Magna Carta, afastando-se a tentativa de fundamentar o sigilo bancário no seu inciso XII.

Os referidos dispositivos constitucionais encontram-se assim redigidos:

Art. 5º - Omissis.

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

(...)

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Gilmar Mendes (2005, p. 375) lembra que, em alguns precedentes dos nossos Tribunais Superiores e em alguns ensaios doutrinários, já se sustentou que a sede da proteção do sigilo estaria mais bem localizada no inciso XII do art. 5º da Constituição.

A propósito, faz referência a Luciane Amaral Corrêa, para quem:

a Constituição Federal, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo de dados, instituiu verdadeira regra no sentido de tornar sigilosos os dados cobertos por sigilo, o que se deve entender sob pena de tornar-se sem sentido o dispositivo. Isso porque o que considera inviolável na verdade, são a correspondência, os dados, as comunicações telegráficas e telefônicas, sendo o sigilo uma decorrência de tal inviolabilidade. A norma constitucional, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo de dados, o faz com relação aos próprios dados, o que se deve entender sob pena de esvaziamento do direito fundamental: não há possibilidade de violação de sigilo de dados a não ser mediante divulgação desses mesmos dados, o que pode ocorrer, portanto, a qualquer momento, não apenas quando se dá a comunicação. Cabe, desse modo e conforme já acima exposto, à tarefa concretizadora do intérprete a definição do campo de incidência das disposições fundamentais.

Porém, prefere Gilmar Mendes o entendimento de que o sigilo bancário é decorrente do direito à privacidade por este ser mais abrangente que o princípio à inviolabilidade dos dados, sendo este espécie daquele. Salienta o Ministro que o STF e o STJ têm tratado o sigilo como assunto sujeito à proteção da vida privada dos indivíduos.

Rechaçando a fundamentação do sigilo bancário no inciso XII, do art. 5º, da CF/88, o Ministro Marco Aurélio (apud BALTAZAR, 2005, p. 63):

Caso se entenda que os dados referidos no inciso XII do art. 5º da Constituição são quaisquer dados, entendidos estes como informações, independentemente de estarem sendo ou não comunicados, todo e qualquer registro de informações, em qualquer suporte, como papel, fitas gravadas, disquetes, computadores, estaria coberto pelo sigilo. Essa solução inviabilizaria, na prática, a prova de qualquer ilícito, administrativo ou penal, bem como as provas no processo civil, de modo que não pode ser esta a interpretação do dispositivo constitucional.

E ainda, o próprio José Paulo Baltazar (2005, p. 64) para quem a fundamentação do sigilo no inciso XII do art. 5º, da Constituição traria como consequência a impossibilidade de sua quebra para fins processuais extrapenais, uma vez que o dispositivo somente prevê sua relativização para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

No entendimento do Advogado Geral da União em informações prestadas para instruir a ADI n.4010,

a Constituição Federal, de 1988, não assegura, expressamente, em nenhum dos seus dispositivos o sigilo bancário como um dos seus direitos individuais e coletivos, o que garante é a vida privada e a intimidade

das pessoas, de modo que só quando algum dado ou alguma informação bancária seja susceptível de causar alguma repercussão relevante na vida privada ou na intimidade dos clientes das instituições financeiras, quando, indiretamente, com esses elementos, se puder desvendar algo da vida privada ou da intimidade das pessoas, como de quem determinada pessoa recebeu recursos financeiros, ou a quem cedeu ou pagou certa importância, ou o que determinada pessoa comprou, ou em que loja comprou, bem, apenas, em casos como esses, é que se pode cogitar de sigilo bancário, amparado, implicitamente, pela Constituição.

Apesar de também entender que o sigilo bancário está protegido implicitamente pelo inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, José Paulo Baltazar Junior defende que este integra a vida privada, e não a intimidade, por não ser possível falar-se em intimidade financeira.

Ao apreciar a Petição nº. 577-DF, o relator Ministro Carlos Velloso afirmou em seu voto: “Faço residir, portanto, no inciso X do art. 5º, da Constituição, o sigilo bancário, que tenho como espécie do direito à privacidade.” E esta se mantém como a atual posição de nossos Tribunais Superiores.

Na ocasião do julgamento do RE 461.366-2/DF, a Ministra Carmen Lúcia distinguiu privacidade de intimidade, a fim de serem evitados equívocos quanto à exata proteção conferida pelo sigilo bancário. Segundo a Ministra, o sigilo bancário encontra sua fundamentação no inciso X, do art. 5º, da Constituição, no tocante à proteção relativa à privacidade, e não à intimidade, pois define a privacidade como sendo o que não se dá a público, tendo a publicidade como o contrário de privacidade. Sustenta que intimidade vem de íntimo, de alma.

Nesse contexto, uma empresa, por não possuir alma, não poderia invocar a proteção do sigilo na intimidade, porém, o sigilo bancário também é instrumento de proteção das pessoas jurídicas, e, para tanto, deve se pautar na proteção da privacidade. Por fim, acrescentou que no referido inciso é possível distinguir entre o segredo do “ser”, que é absoluto, e o segredo do “ter”, que é relativo, enquadrando os dados bancários no sigilo do ter.

1.3. Colisão de direitos fundamentais

Em que pese a sua origem constitucional, o direito ao sigilo bancário não é absoluto, nem ilimitado. Nas palavras de Gilmar Mendes(2007, p. 375), existindo “tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo”.

A colisão ocorre quando interesses individuais tutelados por direitos fundamentais contrapõem-se a interesses da coletividade, também previstos na Constituição. E só nesses casos a restrição será legítima.

Havendo este confronto, não se pode privilegiar um ou outro interesse, a solução deverá ser obtida através da aplicação do princípio da proporcionalidade, consoante a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes quanto ao princípio da reserva legal no princípio da reserva legal proporcional.

Desta forma, ainda que tido como fundamental e supra-estatal, e, portanto, inextinguível pelo Estado, o direito à vida privada fica sujeito a limitações, conforme destaca Pontes de Miranda (1987, p. 626): “Diante dos direitos supra-estatais, o papel do Estado é apenas definidor das exceções. Quer dizer: o Estado aponta casos em que o direito não existe, devendo, porém, ficar dentro do âmbito que o conceito supra-estatal de cada um desses direitos lhe deixa”.

Conclui-se que os direitos fundamentais não podem servir de proteção para a prática de atos ilícitos, sendo, portanto, direitos relativos, que devem ceder diante da prática de atividades contrárias à ordem pública.

Todavia, restrições a estes direitos só se fazem possíveis mediante norma legal que determine o modo de se proceder tais restrições. No MS nº. 24.540 (DJ de 02.02.04), o Ministro Gilmar Mendes, atuando como relator, afirma que

quando se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de determinadas normas de procedimento.

A necessidade de regulamentação legal do sigilo bancário pelo legislador ordinário, já afirmada pelo Ministro Francisco Rezek no MS nº. 21.729-4/DF do ano de

1995, voltou a ser afirmada em 1999. Na ocasião, o julgamento do RE nº. 219.780/PE, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, encerrou-se com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. – Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege – art. 5º, X – não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sobre o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional”.

A Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, que “dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras e dá outras providências”, objetivou traçar as hipóteses de quebra de informações bancárias sigilosas, substituindo a antiga previsão do art. 38 da Lei nº. 4.595/64, que foi expressamente revogado.

2. O SIGILO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

2.1. A Lei Complementar nº. 105/2001

A vigente Lei Complementar reguladora estabelece minuciosamente os pressupostos, procedimentos e formalidades para a quebra do sigilo bancário, pondo um fim às dúvidas existentes sobre o sigilo bancário e a possibilidade de quebra pela autoridade fiscal.

Os órgãos a quem a legislação dá poderes de requisitar as informações bancárias sigilosas são: o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e a Comissão Parlamentar de Inquérito, o Banco Central e a Comissão de Valores Imobiliários e a Administração Tributária.

No seu artigo 1º cuida de definir as operações das instituições financeiras que deverão estar protegidas pelo sigilo bancário:

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

Para Nelson ABRÃO (2009, p.61) são operações passivas aquelas que consistem na coleta de capitais junto aos poupadores e ativas a distribuição de capitais. Serviços, por sua vez, são todas as atividades, benefícios ou satisfações colocados à venda.

O §1º, do art. 1º, da LC 105/01, ampliou o rol das entidades que estão obrigadas a guardar sigilo em suas operações ao enumerar algumas que, embora não exerçam atividades típicas das instituições financeiras, são a elas equiparadas, para fins de resguardo do sigilo bancário. Assim:

§ 1º. São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

- I – os bancos de qualquer espécie;
- II – distribuidoras de valores mobiliários;
- III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;
- IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;
- V – sociedades de crédito imobiliário;
- VI – administradoras de cartões de crédito;
- VII – sociedades de arrendamento mercantil;
- VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;
- IX – cooperativas de crédito;
- X – associações de poupança e empréstimo;

- XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
- XII – entidades de liquidação e compensação;
- XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional.

Embora não possam ser consideradas instituições financeiras e nem sejam a elas equiparadas, também ficaram obrigadas a guardar sigilo em suas operações as empresas de fomento comercial ou *factoring*, por expressa determinação do §2º, do artigo 1º da Lei.

O artigo 3º impõe que o exame das informações obtidas pela quebra de sigilo ordenada pelo Poder Judiciário deverá ficar restrito às partes no processo, ficando o Juiz obrigado a determinar que tais documentos sejam autuados em apartado, e as partes não poderão se servir dessas informações para fins estranhos à lide.

No artigo 6º, tentou-se por um fim às dúvidas que perduravam desde a antiga Lei nº. 4.595/64, que dispunha em seu art. 38, § 5º, que:

“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**.”(grifo nosso)

A atual Lei Complementar tornou explícita a possibilidade de as autoridades e os agentes fiscais tributários procederem a tais exames ao utilizar as expressões: “processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso” e “autoridade administrativa competente”, pois o Poder Judiciário entendia que a palavra “processo” se referia somente a processo judicial e “autoridade” à autoridade judicial. Eis o novo texto legal:

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**. (grifo nosso)

Percebe-se que houve uma ampliação desta autorização, antes era restrita às autoridades fiscais e agentes fiscais tributários federais, hoje, foi estendida às autoridades Estaduais, do Distrito Federal e dos Municípios, porém quanto ao exame de documentos que envolvam tributos da competência da respectiva esfera política.

Além desta novidade, destaca-se do texto legal o estabelecimento de certos requisitos a serem obedecidos a fim de que se possa proceder ao exame dos documentos sigilosos, quais sejam: a) existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso; b) que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A Lei Complementar nº. 105/01 também cuidou da tipificação do crime de quebra de sigilo no seu artigo 10, que dispõe:

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.

Assim, a quebra de sigilo bancário, quando não autorizada pela referida Lei Complementar e não processada de acordo com as normas legais e regulamentos aplicáveis, será crime, punível na forma do artigo 10, e sem prejuízo de outras sanções cabíveis, como possível pagamento de indenização por danos causados aos prejudicados. E pela previsão de seu parágrafo único, passa-se a punir com a mesma pena a falta da quebra, quando regularmente solicitada.

E ainda, prescreve a Lei em seu art. 11:

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Portanto, haverá culpa concorrente quando restar comprovado que o servidor, ao utilizar ou viabilizar tais informações sigilosas, agiu sob orientação oficial.

Por fim, destaca-se o artigo 13, que revoga expressamente o artigo 38 da Lei nº. 4.595/64.

2.2. O decreto nº. 3724/2001

Como referido, a Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, possibilitou às autoridades e aos agentes tributários de todos os níveis da federação, acesso sem necessidade de prévia autorização judicial, a documentos, dados e informações bancárias sigilosas de uma pessoa sob investigação.

Para tanto, o Poder Executivo, por intermédio do Decreto nº. 3.724/01, também de 10 de janeiro de 2001, regulamentou o art. 6º da LC 105/01, “relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas”.

Assinalando os cuidados procedimentais que a Administração Tributária deve ponderar para exercer o poder de quebra do sigilo bancário, o Decreto definiu competências (art. 4º, c/c art. 2º, § 4º), criou um procedimento próprio, o MPF – Mandado de Procedimento Fiscal (art. 2º), um formulário específico, chamado de RMF – Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (art. 4º, §1º), e previu a responsabilização do servidor da Receita Federal do Brasil pelo vazamento das informações obtidas, que devem se manter sigilosas (art. 7º a 11).

As autoridades fiscais federais competentes para requererem vistas dos documentos bancários sigilosos serão aquelas indicadas no art. 6º da Portaria nº. 6087/05, pelo Secretário da Receita Federal do Brasil no exercício da atribuição a ele conferida pelo art. 2º, § 4º, do Decreto 3.724/01. Vejamos:

Decreto 3.724/01

Art. 2º Os procedimentos fiscais relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil e **somente terão início por força de ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)**, instituído mediante ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil. (grifo nosso)

(...)

§ 4º O Secretário da Receita Federal do Brasil estabelecerá os modelos e as informações constantes do MPF, os prazos para sua execução, **as autoridades fiscais competentes para sua expedição**, bem como demais hipóteses de dispensa ou situações em que seja necessário o início do procedimento antes da expedição do MPF, nos casos em que haja risco aos interesses da Fazenda Nacional. (grifo nosso)

(...)

Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no § 5º do art. 2º **as autoridades competentes para expedir o MPF**. (grifo nosso)

Portaria 6.087/05

Art. 6º O MPF será emitido, observadas suas respectivas atribuições regimentais, pelas seguintes autoridades:

- I - Coordenador-Geral de Fiscalização;
- II - Coordenador-Geral de Administração Aduaneira;
- III - Superintendente da Receita Federal;
- IV - Delegado de Delegacia da Receita Federal, de Delegacia Especial de Instituições Financeiras, de Delegacia Especial de Assuntos Internacionais e de Delegacia da Receita Federal de Fiscalização;
- V - Inspetor de Alfândega ou de Inspetoria da Receita Federal de Classe Especial.

Por força das disposições transcritas, observa-se que o pedido de vista de documentos sigilosos poderá ser requerido pelas seguintes autoridades fiscais, integrantes da Secretaria da Receita Federal: a) Coordenador - Geral de Fiscalização, b) Coordenador-Geral de Administração Aduaneira; c) Superintendente da Receita Federal; d) Delegado de Delegacia da Receita Federal, de Delegacia Especial de Instituições Financeiras, de Delegacia Especial de Assuntos Internacionais e de Delegacia da Receita Federal de Fiscalização; e) Inspetor de Alfândega ou de Inspetoria da Receita Federal de Classe Especial. Tais autoridades instaurarão o processo administrativo tributário mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal - MPF.

Considerando as determinações contidas no §1º do art. 4º, do Decreto 3.724/01, a requisição de vistas, pela Autoridade Tributária, será efetuada por documento denominado RMF - Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira. Prescreve o art. 4º:

Art. 4º. (...)

§ 1º. A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:

- I - Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto;
- II - Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto;
- III - presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto;
- IV - gerente de agência.

§ 2º. A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

§ 3º. O sujeito passivo responde pela veracidade e integridade das informações prestadas, observada a legislação penal aplicável.

§ 4º. As informações prestadas pelo sujeito passivo poderão ser objeto de verificação nas instituições de que trata o art. 1º, inclusive por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários, bem assim de cotejo com outras informações disponíveis na Secretaria da Receita Federal.

§ 5º. A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal encarregado da execução do MPF ou por seu chefe imediato.

§ 6º. No relatório referido no parágrafo anterior, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade.

§ 7º. Na RMF deverão constar, no mínimo, o seguinte:

I - nome ou razão social do sujeito passivo, endereço e número de inscrição no CPF ou no CNPJ;

II - número de identificação do MPF a que se vincular;

III - as informações requisitadas e o período a que se refere a requisição;

IV - nome, matrícula e assinatura da autoridade que a expediu;

V - nome, matrícula e endereço funcional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal responsáveis pela execução do MPF;

VI - forma de apresentação das informações (em papel ou em meio magnético);

VII - prazo para entrega das informações, na forma da legislação aplicável;

VIII - endereço para entrega das informações;

IX - código de acesso à Internet que permitirá à instituição requisitada identificar a RMF.

§ 8º. A expedição da RMF presume indispensabilidade das informações requisitadas, nos termos deste Decreto.

Destaca-se a disposição do §2º que exige a intimação prévia do sujeito passivo para prestar informações. Prestadas estas, a Receita Federal poderá verificar sua veracidade e integridade junto às instituições obrigadas ao sigilo, ou por intermédio do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), conforme art. 3º. Não prestadas, a receita poderá requisitá-las às referidas instituições.

Além disso, fica claro no §6º o dever de motivar o ato que determina a quebra de sigilo, atentando para o princípio da razoabilidade, e a necessidade da RMF conter, no mínimo, os requisitos indicados no §7º acima exposto. Por oportuno, vale registrar a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no HC 84.758/06, onde com precisão esclarece o assunto:

“A quebra de sigilo não pode ser manipulada, de modo arbitrário, pelo Poder Público ou por seus agentes. É que, se assim não fosse, a quebra de sigilo converter-se-ia, ilegitimamente, em instrumento de busca generalizada e de devassa indiscriminada da esfera de intimidade das pessoas, o que daria ao Estado, em desconformidade com os postulados que informam o regime democrático, o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos alheios. Doutrina. Precedentes. Para que a medida excepcional da quebra de sigilo bancário não se descaracterize em sua finalidade legítima, torna-se imprescindível que o ato

estatal que a decreta, além de adequadamente fundamentado, também indique, de modo preciso, dentre outros dados essenciais, os elementos de identificação do correntista (notadamente o número de sua inscrição no CPF) e o lapso temporal abrangido pela ordem de ruptura dos registros sigilosos mantidos por instituição financeira. Precedentes.” (HC 84.758, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-2006, Plenário, *DJ* de 16-6-2006.)

Ainda quanto ao Decreto 3.724/01, importa destacar a determinação do art. 7º, de que as informações obtidas em função da quebra de sigilo bancário deverão ser mantidas sob sigilo fiscal. Há assim uma simples transferência, de sigilo bancário para sigilo fiscal. Prevê tal artigo, em seus parágrafos, uma série de procedimentos a serem seguidos durante esta tramitação de informações, determinando um cauteloso manuseio dos autos, de forma a assegurar o não vazamento dos registros sigilosos, sob pena de ser o servidor responsabilizado nos termos dos artigos 8º a 11, do Decreto.

Diante de todo o exposto, o próximo item apresentará o objeto principal de discussão do presente trabalho, a análise da constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA

Certo é que a LC 105/01 conferiu às autoridades fiscais o poder de acesso a dados preservados pelo sigilo bancário. Nas palavras de Baltazar (2005, p. 152), a questão que deve ser respondida, portanto, é a “da constitucionalidade da atribuição conferida à autoridade fazendária, veiculada em relação aos seguintes aspectos: a) a reserva de jurisdição na matéria; b) o desrespeito ao devido processo legal; c) a proporcionalidade”.

Seguiremos na análise dos referidos aspectos e da aplicação, ao caso, da teoria dos poderes implícitos.

3.1. O postulado da reserva de jurisdição

Segundo os ensinamentos de Canotilho, haverá reserva absoluta de jurisdição nos litígios em que ao Poder Judiciário compete não só a última e decisiva palavra (art. 5º, XXV, da CF), mas também o monopólio da primeira palavra, referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas.

A Constituição Federal em seu art. 5º prevê expressamente hipóteses de reserva de jurisdição, nos seguintes casos: violação de domicílio (XI); interceptação telefônica ou de dados (XII); dissolução compulsória de associação (XIX) e prisão (LXI). Porém, para o Ministro Celso de Mello, o postulado constitucional da reserva de jurisdição ainda não estaria definido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme consignou na ementa do MS 23.452 - RJ:

“(…)POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO: UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a

decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. - O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal - Min. CELSO DE MELLO (Relator), Min. MARCO AURÉLIO, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Min. NÉRI DA SILVEIRA e Min. CARLOS VELLOSO (Presidente) - não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do writ mandamental, a falta de motivação do ato impugnado.(...)”

No entendimento de José Paulo Baltazar (2005), o fato de existirem hipóteses de reserva de jurisdição expressas na Constituição Federal, autorizaria a conclusão de que, fora destas hipóteses, estaria o legislador ordinário livre para dispor sobre os temas remanescentes, desde que não afaste a possibilidade de exame posterior pelo Poder Judiciário.

Assim, ante a ausência de norma expressa do texto constitucional quanto à reserva de jurisdição no que se refere à proteção da vida privada, não estaria o sigilo bancário sujeito a tal postulado. Nesse sentido a ementa do MS 23.466 - DF do relator, Ministro Sepúlveda Pertence:

“(...)Quebra ou transferência de sigilos bancário, fiscal e de registros telefônicos que, ainda quando se admita, em tese, susceptível de ser objeto de decreto de CPI - porque não coberta pela reserva absoluta de jurisdição que resguarda outras garantias constitucionais -, há de ser adequadamente fundamentada: aplicação no exercício pela CPI dos poderes instrutórios das autoridades judiciárias da exigência de motivação do art. 93, IX, da Constituição da República. (...)”.

Desta feita, claro está que inexistente vedação constitucional à atribuição dada às autoridades fazendárias de proceder ao exame de documentos bancários sigilosos dos contribuintes, para os fins de identificação e quantificação do encargo fiscal. Superada a questão da reserva de jurisdição, é necessário verificar se a autorização do art. 6º da LC nº. 105/01 atende à cláusula do devido processo legal.

3.2. O devido processo legal

O direito ao devido processo legal vem consagrado pela Constituição Federal no art. 5º, LIV, ao estabelecer que:

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Este princípio remonta ao artigo XI, nº. 1, da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que prescreve:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A doutrina expõe dois sentidos ao devido processo legal, um sentido formal e um material. O devido processo legal em sentido formal resume-se no direito a processar e ser processado de acordo com normas previamente estabelecidas para tanto, normas estas que tenham sido produzidas também em obediência a este princípio (DIDIER, 2008).

No caso em tela observa-se que os procedimentos para a quebra do sigilo bancário estão expressamente previstos na Lei Complementar nº. 105/01, bem como no Decreto nº. 3.724/01, que regulamenta o art. 6º da referida Lei quanto “à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes à operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas”, detalhando as hipóteses de exame.

Segundo Fredie Didier o processo será “devido” sempre que estiver de acordo com o direito, assim, o devido processo legal exige a observância do contraditório e da ampla defesa, previstos no inciso LV, do art. 5º, da Carta Magna tidos como bases do devido processo legal.

A ampla defesa e o contraditório são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, é a própria exteriorização da ampla defesa - que consiste em assegurar que o réu tenha condições de trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Um não se realiza sem o outro.

Na quebra de sigilo pela autoridade fazendária não se afastam o contraditório e a defesa, afinal não há uma imposição tributária automática e imediata. O que ocorre inicialmente é uma fiscalização, procedimento anterior ao processo administrativo tributário.

Quanto ao procedimento administrativo fiscal, cumpre destacar que ele divide-se em duas etapas: não contenciosa e contenciosa. A etapa não contenciosa inicia-se com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização onde o contribuinte será intimado para prestar informações e esclarecimentos sobre suas operações, geralmente dentro do prazo de 20 dias. O contribuinte deve ser informado sobre o prazo de conclusão do procedimento e a delimitação da matéria a ser examinada, para que saiba do que se defender posteriormente.

Após este prazo tem-se o procedimento fiscal propriamente dito, quando serão obtidas informações e documentos com a finalidade de verificar o cumprimento das obrigações tributárias bem como coletar provas que servirão de base para o futuro lançamento tributário.

Tais informações bancárias, requeridas pela Receita Federal do Brasil, são limitadas à identificação de montantes globais movimentados e o correspondente número de inscrição no CPF ou CNPJ da pessoa que promoveu estas movimentações financeiras, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem do dinheiro ou a natureza dos gastos que com ele foram efetuados.

Esses dados serão utilizados para cruzamento com as demais informações constantes dos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil, ou seja, com os rendimentos declarados anualmente pelos contribuintes. Lembrando que existe a obrigação para as pessoas físicas e jurídicas de declarar ao Fisco uma série de dados relevantes, inclusive saldos bancários ao final do exercício.

A terceira etapa do procedimento fiscal, a fase dispositiva, encerra o procedimento fiscal propriamente dito, e consiste na lavratura de Termo de Encerramento de Fiscalização e, caso seja levantada alguma infração, haverá a lavratura do Auto de Infração ou Notificação de Lançamento.

Na última etapa, o contribuinte é cientificado do Termo de Encerramento da Ação Fiscal e do Auto de Infração ou da Notificação de Lançamento, se for o caso. A partir desta comunicação tem início o prazo para a impugnação do lançamento tributário, e caso o contribuinte ofereça impugnação, será instaurado o contencioso administrativo fiscal, do contrário, será efetuada a cobrança com posterior execução fiscal.

Portanto, nesta situação o que temos é uma modalidade de contraditório diferido, que não é estranha ao nosso direito. Todos os atos praticados pela administração poderão ser contestados judicialmente, sendo garantido ao contribuinte todos os meios para sua defesa.

Não há que se falar, então, de violação ao devido processo legal, vez que os atos da administração são passíveis de controle jurisdicional, onde um juiz apreciará a

razoabilidade e proporcionalidade do caso concreto, que são manifestações do chamado devido processo legal material.

No sentido da existência do devido processo legal no caso em apreço, leciona a professora de Direito Tributário, Denise Lucena Cavalcante(2001, p. 06):

O devido processo legal, garantia constitucional que abrange tanto o processo judicial como o administrativo, dá garantia ao contribuinte de que, se necessário for, seus dados bancários serão liberados para o Fisco nos moldes do respectivo procedimento administrativo. Portanto, não se trata de uma “devassa nas contas dos contribuintes” ou de “arbítrios fiscais” como vem proclamando os defensores da manutenção do sigilo bancário de forma absoluta.

Por fim, destaca-se que a função fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva. A autoridade tributária, no cumprimento de sua atribuição, deve agir como aplicadora da lei. Não há espaço para discricionariedade ou para o exercício de qualquer interesse próprio no desempenho desta atividade. A obediência ao princípio da legalidade visa, em verdade, atender ao interesse público, o que demonstra que a autorização trazida pelo art. 6º da Lei Complementar nº. 105/01 cumpre a premissa de imparcialidade exigida pelo postulado do devido processo legal.

Nesse sentido as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior [1] proferidas no Simpósio Internacional sobre Sigilo Bancário:

“Quanto ao primeiro tema, eu entendo que a Receita não é um terceiro parcial. Não é por aí. É diferente. Ainda que eu possa ter a impressão de que alguém está querendo me pegar, enfim, que tudo vai ser feito para ver se eu estou realmente sonhando ou não estou sonhando, onde eu ponho ou não ponho o meu dinheiro, para ver se eu não estou ficando com a parte do “leão” e tudo mais, ainda que a percepção psicológica seja de uma certa parcialidade, me parece que essa parcialidade não é tão ostensiva como é no caso do ministério público. A Receita não acusa ninguém, ela constata dados. Ela pode até intimar e cobrar, mas depois essa cobrança vai acabar no Judiciário. Não tem outro jeito. E se vai acabar no Judiciário, ela não é, propriamente, parte, nesse sentido. Ela não é parte acusadora. Ela só faz a investigação. Ela não inquire nesse outro sentido. O que faz corretamente no Brasil quem defende à Receita seja de fato um outro. Aí sim é parte, chama-se Procuradoria da Fazenda, esse é parte e vai brigar depois. Esse não pode quebrar sigilo de ninguém. Por que ele é parte.”

1 Texto não revisado pelo palestrante, conferência realizada no “SIMPÓSIO INTERNACIONAL SOBRE SIGILO BANCÁRIO”, promovido pelo Centro de Estudos Victor Nunes Leal, em Brasília, no dia 15 de fevereiro de 2001, publicado na Revista da Advocacia-Geral da União, Ano II, Nº 09, abril de 2001, http://www.agu.gov.br/ce/pages/revista/default_arquivos.asp.

3.3. O princípio da proporcionalidade

O legislador ordinário no exercício de seu papel conformador da constituição está limitado materialmente ao conteúdo desta. Mas mais do que isso, destaca José Paulo Baltazar (2005, p. 47-48) que a “limitação do direito fundamental somente será admitida quando proporcional, ou seja, necessária, adequada e proporcional em sentido estrito”. Desta forma, a proporcionalidade “se constitui em critério técnico-jurídico para aferição da constitucionalidade material da legislação inferior”.

Necessária, então, para que seja considerada constitucional, a verificação do cumprimento dos requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, pela quebra de sigilo bancário para fins de apuração de infração tributária ou lançamento de tributo.

O sub-princípio da necessidade significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo seria tão eficaz quanto o utilizado para se chegar aos objetivos pretendidos. Em outros termos, Gilmar Mendes (2007, p. 322) ensina que “o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa”.

Já o subprincípio da adequação, exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os fins colimados.

A quebra de sigilo bancário mostra-se necessária por ser o único meio de provar a existência do fato gerador que o contribuinte quer esconder nos bancos. Não pode o sigilo se tornar um empecilho à obtenção de provas, pois submeter ao Judiciário cada pedido de quebra de sigilo vai de encontro à urgência de que se reveste a medida, pois daria tempo suficiente ao investigado para movimentar a conta, alterar ou destruir dados, dificultando ou mesmo impedindo a apuração do fato gerador.

Segundo Everardo Maciel (apud BALTAZAR 2005, p. 155)

a fiscalização, que consiste em comparar se o declarado pelo contribuinte corresponde à verdade, se dá por três formas: a) examinar as declarações feitas pelo próprio contribuinte, o que é feito mediante programas de computador; b) comparação de declarações feitas pelos contribuintes com as fontes pagadoras, por exemplo, o que tem eficácia razoável; c) elementos indiciários de renda, como a movimentação bancária, que é o meio mais eficaz, para apurar indícios de sonegação fiscal, que poderão vir a ser confirmados ou não. Acrescentou que são cerca de vinte mil processos por ano na Receita Federal, de modo que haveria necessidade de idêntico número de autorizações judiciais.

A atividade de fiscalização pelo Fisco é atividade contínua, permanente, a necessidade de se requerer judicialmente a autorização para quebra de sigilo em cada caso investigado, não só sobrecarrega o Judiciário, como atrasa sobremaneira a fiscalização e facilita a prática de crimes contra a ordem tributária. No mesmo pensamento, José Paulo Baltazar (2005, p. 155), afirma que “o acesso a informações bancárias não pode ser visto como algo excepcional, cercado de ritos e sacralidades, a demandar inúmeras intervenções judiciais”.

No tocante à adequação, o art. 6º da LC 105/01 possibilita à Receita Federal alcançar os objetivos pretendidos pela Lei, de forma a atender os preceitos da Constituição Federal de 1988, quais sejam: a efetivação da justiça fiscal material, no sentido da adequada distribuição da carga tributária, conforme os níveis de riqueza dos cidadãos; e a identificação dos responsáveis por infrações tributárias (BALTAZAR, 2005, p. 157).

O § 1º, do art. 145 da Constituição, em sua primeira parte, prescreve:

“Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte(...)”.

Com esta previsão o legislador consagrou o princípio da capacidade contributiva, que no entender de José Afonso da Silva (2002), constituiu-se na distribuição do ônus tributário na medida da capacidade que cada indivíduo tem de sustentar os gastos públicos, por meio dos impostos, levando em conta não só a riqueza, mas também as condições pessoais dos contribuintes.

Assim, ao lado de toda a proteção que a Carta Magna confere ao contribuinte há também a imposição de um dever fundamental de contribuir, que decorre dos princípios da igualdade tributária ou da justiça fiscal, orientadores do nosso sistema tributário, confirmados no art. 150, inciso II, da nossa Constituição:

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Tal dever, de pagar tributos, se violado, desestrutura todo o sistema de tributação, pois a arrecadação dentro dos limites da capacidade contributiva de cada cidadão é essencial

para a manutenção do Estado e para que este possa atingir seus objetivos fundamentais. Portanto, adequada faz-se a fiscalização para apuração das riquezas do contribuinte objetivando efetivar o princípio da capacidade contributiva.

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é capaz de aferir a justiça da medida restritiva, pois mesmo que atenda a estes requisitos a medida pode sobrecarregar o atingido. Por isso a necessidade da proporcionalidade em sentido estrito, a que se segue o exame.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito serve para indicar, entre as possibilidades existentes, se há um equilíbrio entre o meio utilizado e os objetivos perseguidos pelo legislador, ou seja, se os meios e os fins encontram-se em proporção. Desta forma, o juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida deve resultar de uma rigorosa ponderação dos bens em jogo, impedindo que, a pretexto de alcançar uma finalidade de interesse público, o Estado acabe por anular completamente o âmbito de eficácia de outros direitos e garantias individuais.

Na visão de José Paulo Baltazar (2005, p. 158), “o interesse público ou social na arrecadação tributária, observado o princípio da capacidade contributiva, bem como na apuração de ilícitos, supera largamente o interesse individual na preservação da vida privada”. Para tanto o autor se pauta nas previsões constitucionais dos incisos XVIII e XXII do art. 37, abaixo transcritos:

XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Imperioso destacar que o interesse do Estado não se esgota na arrecadação, pois os recursos auferidos, como já destacado, servirão para a concretização dos objetivos fundamentais da nossa República, bem como para concretizar os direitos sociais, como saúde, educação, assistência e previdência sociais, direitos esses que exigem ação por parte do Estado, dependendo de recursos para sua efetivação.

Nesta ponderação, clara fica a prevalência do interesse público sobre a preservação da vida privada no que tange ao sigilo bancário.

O autor José Ramon Ruiz Garcia (apud BALTAZAR, 2005, p. 91) soma ao contexto: “Na situação atual, o Estado deve ser um Estado fiscal para poder ser um Estado social e de Direito; os conceitos de Estado fiscal e Estado de direito não são antitéticos, mas mutuamente complementares”.

3.4. Teoria dos poderes implícitos

A teoria dos poderes implícitos, doutrina construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso *McCulloch v. Maryland* (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Especificamente no que se refere à ação de pesquisa dos órgãos fiscalizadores responsáveis por garantir a ordem pública, a Constituição impõe no §1º do art. 145 que:

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

Em estudo sobre o assunto, Deise Mendroni de Menezes (2002) pondera que

“ A investigação se constitui em uma premissa da ação fiscal, uma fase procedimental preliminar, que encontra seu fundamento na própria Carta Política, Art. 145, §1º, como um momento anterior ao lançamento tributário, em que são feitas verificações no intuito de conferir e comprovar as informações prestadas espontaneamente pelos contribuintes ao Fisco e onde se buscam subsídios para apurar irregularidades e formar o conjunto de provas necessárias à elucidação e demonstração da prática de enriquecimento ilícito, sonegações, infrações ou crimes tributários, as quais poderão vir, em momento oportuno, ser contraposto.

À autoridade fiscal, muito mais do que um ônus ou um poder, incumbe o dever-poder vinculado à lei de investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência do fato jurídico tributário, não sendo cabível a ela discutir ou escolher lançar, ou não lançar.

Para cumprir fielmente a competência privativa e vinculada à lei, as autoridades fiscais detém poderes indeclináveis plenos, que alcançam a possibilidade de elas examinarem quaisquer livros, que possam implicar

na ocorrência de fatos que estejam submetidos à incidência de tributos, não lhes sendo aplicáveis quaisquer restrições impeditivas do exercício das suas atividades.”

Desta forma, o art. 6º da Lei Complementar nº. 105/01, ao prever a possibilidade da quebra de sigilo bancário ser efetuada diretamente pelas autoridades tributárias, sem a necessidade de intervenção judicial, apenas previu um instrumento para o exercício do múnus previsto pelo art. 145, §1º, da Constituição.

Reveste-se, portanto, tal atribuição, de integral legitimidade constitucional, permitindo à Receita Federal do Brasil adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas diretamente pela própria Constituição da República.

Em síntese, nossa posição é pela constitucionalidade da autorização dada pelo art. 6º da Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, que possibilitou às autoridades administrativas fazendárias o acesso direto às informações financeiras, sem necessidade de autorização judicial, desde que obedecidos os parâmetros especificados pela própria Lei e pelos decretos regulamentadores. Pois, não havendo para a hipótese reserva de jurisdição, nem se identificando no caso violação aos princípios do devido processo legal e da proporcionalidade, destacando-se ainda, o poder que a Constituição, implicitamente, concedeu às autoridades fiscais ao atribuir-lhes a tarefa de fiscalização, não há no referido artigo vício de inconstitucionalidade.

4. A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO COMO MEDIDA DE COMBATE À SONEGAÇÃO TRIBUTÁRIA E À CRIMINALIDADE

Sendo a repressão à evasão fiscal um dever precípua do Fisco, como forma de garantir a ordem pública, o sigilo bancário não lhe pode ser imposto indiscriminadamente, devendo tal direito ceder diante de causas que o justifiquem.

A evasão fiscal e a sonegação de impostos ameaçam as receitas dos governos em todo o mundo. Nos países desenvolvidos, os montantes que escapam da arrecadação são vultosos e os países em desenvolvimento perdem receita vital através da sonegação de impostos, o que se traduz em menos recursos para infra-estrutura e afeta o padrão de vida de todos, tanto nas economias desenvolvidas quanto nas em desenvolvimento.

A globalização e a informatização geram oportunidades para aumentar a riqueza mundial, mas também resultam num aumento dos riscos, criando novos e importantes desafios às administrações tributárias, referentes ao controle do cumprimento das obrigações fiscais.

Um problema que tem se potencializado é a constituição de organizações transnacionais que, por meio de simulações pretendem dar uma roupagem de legalidade às suas operações ilícitas, utilizando estratégias globais para se aproveitarem das deficiências normativas dos diversos países onde atuam, como a falta de eficiência na troca de informações.

Com isso, mostra-se cada vez mais necessário e urgente o aperfeiçoamento das estruturas administrativas e legais à altura dos novos desafios trazidos pela globalização, de forma que os agentes públicos tenham em seu alcance instrumentos que possibilitem o combate eficaz aos ilícitos sob sua responsabilidade.

O sigilo bancário não pode mais ser um manto protetor da prática de crimes, da sonegação fiscal e outras fraudes tributárias. Maior transparência e troca de informações fiscais são fundamentais para garantir que os contribuintes não tenham nenhum lugar para esconder os seus rendimentos e bens, pagando assim o valor correto do imposto, no lugar certo.

A OCDE - Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, fundada em 1961, é uma organização intergovernamental que conta com trinta países membros comprometidos com a democracia e a economia de mercado. Constitui-se em um fórum multilateral de discussões que tenta responder aos desafios econômicos, sociais e ambientais da globalização.

Em 2000, foi criado por esta organização o Fórum Global de Transparência e Intercâmbio de Informações, objetivando estabelecer normas de equilíbrio entre a vida privada e a necessidade de investigações fiscais para o cumprimento da lei.

O Fórum Global possui hoje 95 membros, entre eles todos os membros do G20, todos os países da OCDE e todos os centros financeiros mais importantes.

Esta organização tem freqüentemente ressaltado a necessidade da cooperação internacional para evitar a evasão e fraudes fiscais, liderando internacionalmente a luta contra os paraísos fiscais e o sigilo bancário.

Desde o início de 2008, a evasão fiscal internacional e a implementação de padrões de transparência e troca de informações entre países tem sido uma prioridade na agenda política mundial. Esta tendência reflete os escândalos de alguns anos anteriores que afetaram países em todo o mundo e os holofotes que a crise financeira global pôs em centros financeiros em geral.

Do ano de 2009 para cá, houve mais progresso para o pleno e efetivo intercâmbio de informações do que tudo o que foi realizado com este objetivo na década passada, segundo relatório de novembro de 2010, do Fórum Global de Transparência e Intercâmbio de Informações da OCDE.

A transparência fiscal tem sido o foco financeiro do G20 desde 2008 e, no período que antecedeu a Cúpula do G20 realizada em Londres, no dia 2 de abril de 2009, as normas relativas à transparência e à troca de informações desenvolvidas pela OCDE foram endossadas por todos os principais países, convertendo a regulação fiscal e a luta contra a fraude tributária numa de suas prioridades frente à crise financeira de 2008.

Em junho de 2010, em Toronto, os líderes do G20 afirmaram que:

“Apoiamos plenamente o trabalho do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para fins fiscais, e saudamos os progressos no seu processo de revisão por pares, e o desenvolvimento de um mecanismo multilateral para o intercâmbio de informações aberto a todos os países interessados. Desde a nossa reunião em Londres, em abril de 2009, o número de acordos assinados para troca de informações fiscais aumentou em quase 500. Nós encorajamos o Fórum Global a relatar aos líderes em Novembro de 2010, os progressos já realizados por alguns países para, com o quadro jurídico necessário, alcançar uma efetiva troca de informações... Estamos prontos para usar medidas contra os paraísos fiscais.” (tradução nossa)

A globalização e a liberação de mercados têm permitido um amplo acesso às transações bancárias sem barreiras, viabilizando transações instantâneas e por usuários

anônimos, de forma que as questões atuais de evasão fiscal e corrupção não se restringem a um país isoladamente.

Não é que seja proibido remeter dinheiro para o exterior nem manter contas bancárias em bancos sediados em paraísos fiscais, porém tais valores devem ter sido informados nas Declarações do Imposto de Renda das Pessoas Físicas e das Pessoas Jurídicas, terem origem em atividades consideradas lícitas e que sobre estes valores tenha incidido a correta tributação em conformidade com a legislação tributária vigente.

O relatório da OCDE é enfático na necessidade de se melhorar o acesso às informações bancárias e de demais entidades financeiras por motivos fiscais, viabilizando, através da cooperação internacional, que a administração fiscal cumpra sua missão.

Mas isto não significa a “extinção” do sigilo bancário, o fato de se permitir o acesso das autoridades fiscais a dados bancários sigilosos não compromete a segurança necessária das relações financeiras.

As autoridades fiscais dos países que ratificaram as normas da OCDE estão sujeitas a um rigoroso controle quanto à utilização das informações dos contribuintes, principalmente as bancárias, havendo severas sanções para os casos de violação destas regras.

O art. 26 do Modelo de Convenção Impositiva da OCDE contém determinações para a preservação da confidencialidade das informações compartilhadas entre as autoridades, de forma a resguardar os direitos dos contribuintes e garantir o respeito à relação contratual entre banco e cliente.

Destaque-se que a orientação da OCDE é no sentido de garantir o sigilo bancário em situações normais, porém, que esta garantia não seja utilizada sem restrições. O que se busca no mundo hoje é uma uniformização quanto à questão do sigilo bancário, no sentido de que não se abuse da confidencialidade de dados para ocultar atividades ilícitas e permitir a criminalidade internacional.

Atualmente, em praticamente todas as legislações do mundo, principalmente nos países desenvolvidos, o sigilo bancário é relativizado, podendo a autoridade fazendária acessar os dados sigilosos nos casos previstos em lei e dentro dos limites por ela estabelecidos.

A permanência do sigilo bancário no Brasil será o triunfo daqueles que agem à margem da lei, enquanto sua flexibilização atuará em prol do desenvolvimento de todo o país.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho abordamos os principais aspectos da quebra de sigilo bancário pelas autoridades administrativas fiscais, conforme autorizado pela Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001. Investigou-se a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Explicamos no capítulo referente à origem e fundamentação do sigilo bancário a sua origem histórica, que remete à antiguidade, e as teorias utilizadas para dar base a este direito de sigilo. Sendo certo que hoje, este direito é amparado pela Constituição, verificou-se que a antiga divergência quanto ao dispositivo constitucional que acobertaria o sigilo bancário, se o inciso X ou o XII do artigo 5º da Constituição Federal, resta superada, pois o próprio Supremo Tribunal Federal inseriu o direito ao sigilo na proteção do inciso X, afirmando que sua violação fere o direito à privacidade.

Na análise do conflito entre o direito fundamental à privacidade e o interesse público na arrecadação tributária, a técnica da ponderação dos princípios foi invocada, por não haver na Constituição hierarquia entre suas normas. Verificamos a prevalência do interesse público, entendendo que a regra do sigilo deve ceder diante do poder-dever das autoridades fiscais de verificarem o cumprimento da obrigação tributária, no interesse maior da sociedade.

Assentimos que a proteção ao sigilo bancário deve ser a regra, mas em situações de exceção, deverá haver a possibilidade de quebra, lembrando que restrições a estes direitos só serão possíveis e legais a partir da existência de normas procedimentais, que determinem o modo de se proceder tais restrições.

Já no capítulo referente ao “sigilo bancário na legislação infraconstitucional”, detalhamos as principais normas da LC 105/2001, que estabelece minuciosamente os pressupostos, procedimentos e formalidades para a quebra do sigilo bancário, e também as previsões de cuidados procedimentais quanto à requisição, o acesso e o uso das informações obtidas, que o Fisco deve ponderar ao exercer o poder de quebra de sigilo, estabelecidas pelo Decreto nº. 3.724/2001.

No que se refere à constitucionalidade da medida, que em princípio conflitaria com o direito à privacidade conferido pela Magna Carta ao indivíduo, nos concentramos na análise dos seguintes aspectos: a inexistência de reserva de jurisdição na matéria; o respeito ao devido processo legal; e a proporcionalidade da medida. Argumentamos no sentido de inexistir reserva de jurisdição na matéria, o que possibilita à lei outorgar a outras autoridades a

possibilidade de acesso a dados bancários sigilosos, desde que garantido o acesso posterior ao Judiciário para a realização do contraditório em respeito ao devido processo legal. Afirmamos que tal medida é proporcional, pois a demora na liberação ao acesso às informações bancárias de contribuintes pode impossibilitar a configuração do delito, já que o contribuinte poderia rapidamente movimentar sua conta, escondendo os vestígios de atividades ilícitas praticadas.

Analisou-se o conflito entre a norma que dispõe sobre a competência da Receita Federal do Brasil para fiscalizar, cobrar e executar tributos e a proteção conferida pelo sigilo bancário de ocultar informações. Aplicamos ao caso a teoria dos poderes implícitos, pela qual entendemos que o art. 6º da Lei Complementar nº. 105/01, apenas previu um instrumento para o exercício pelas autoridades fiscais do múnus previsto pelo art. 145, §1º, da Constituição, qual seja, o poder-dever de investigar e provar a ocorrência do fato jurídico tributário.

Verificou-se, por fim, a preocupação global com a cooperação jurídica internacional, através da troca de informações fiscais, como forma de combate ao crime organizado transnacional, à lavagem de dinheiro e a sonegação tributária, problemas estes ampliados pela globalização e a informatização. Concordamos com a luta contra a existência do sigilo bancário de forma indiscriminada, travada pelo Fórum Global de Transparência e Intercâmbio de Informações da OCDE, e a busca de uma padronização mundial quanto ao sigilo para colocar fim à existência de paraísos fiscais, possibilitando que cada país arrecade os recursos que lhe são efetivamente devidos por seus contribuintes e necessários para a manutenção dos serviços públicos essenciais.

O julgamento das ADIs 4010, 2397, 2390 e 2386 (esta, proposta em 2001), ainda não têm data para acontecer, mas espera-se que a orientação a ser fixada pelo Supremo Tribunal Federal pacifique o tema da quebra de sigilo bancário no âmbito doutrinário e jurisprudencial, declarando a constitucionalidade do art. 6º, da Lei Complementar de 10 de janeiro de 2001.

Recentíssima decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, vem a corroborar o nosso entendimento. No dia 24 de novembro de 2010, foi derrubada por seis votos a quatro a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio nos autos da Ação Cautelar n. 33, proposta pela empresa GVA Indústria e Comércio. A liminar impedia desde 2003 o acesso pela Receita Federal do Brasil aos dados bancários da empresa investigada pelo Fisco, sem que houvesse autorização judicial. Segundo informações noticiadas pelo site do STF, a Ministra Ellen Gracie, apresentando voto-vista, acompanhou a divergência para negar referendo à liminar:

“Tratando-se do acesso do Fisco às movimentações bancárias de contribuinte, não há que se falar em vedação da exposição da vida privada ao domínio público, pois isso não ocorre. Os dados ou informações passam da instituição financeira ao Fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público”, ressaltou.

Segundo a ministra, o artigo 198 do Código Tributário Nacional (CTN) veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou dos seus servidores, “de qualquer informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros sobre a natureza e estado de seus negócios ou atividades”. Essa proibição se designa sigilo fiscal, explicou a ministra.

Para Ellen Gracie, o que acontece não é a quebra de sigilo, mas a transferência de sigilo que passa dos bancos ao Fisco. Assim, a ministra considerou que os dados até então protegidos pelo sigilo bancário prosseguem protegidos, agora, pelo sigilo fiscal. [2]

Eis a decisão do Tribunal do Pleno do STF:

Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, negou referendo à cautelar, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio (Relator), Cezar Peluso (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 24.11.2010.

Espera-se ainda, que este entendimento seja estendido para além das questões tributárias, de forma a atribuir também ao Ministério Público o poder de requisição de informações bancárias sigilosas de contribuintes sob investigação, para aprimorar o combate ao tráfico de drogas e à lavagem de dinheiro.

Tal posicionamento foi defendido pelo Superior Tribunal de Justiça em recente decisão de 17 de agosto de 2010:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NATUREZA DA DECISÃO DENEGATÓRIA. MEIO DE IMPUGNAÇÃO CABÍVEL.

1. Caso concreto em que o Parquet solicita administrativamente a quebra de sigilo bancário no âmbito de procedimento investigatório ministerial. Após negativa do juízo de 1º grau, o Ministério Público impetrou Mandado de Segurança, do qual o Tribunal de origem não conheceu, sob o fundamento de que o meio de impugnação cabível é o Agravo de Instrumento.

2. Nem toda decisão proferida por magistrado possui natureza jurisdicional, a exemplo da decisão que decreta intervenção em casa prisional ou afastamento de titular de serventia para fins de instrução disciplinar.

3. O Conselho Nacional de Justiça regulamentou os procedimentos administrativos de quebra de sigilo das comunicações (Resoluções 59/2008 e 84/2009).

4. Necessário adotar a técnica hermenêutica do distinguishing para concluir pela inaplicabilidade da Súmula 267 do STF ("Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição"), pois todos os seus precedentes de inspiração referem-se à inviabilidade do writ contra ato jurisdicional típico e passível de modificação mediante recurso ordinário, o que não se amolda à espécie.

5. A exemplo do entendimento consagrado no STJ, no sentido de que nas Execuções Fiscais a Fazenda Pública pode requerer a quebra do sigilo fiscal e bancário sem intermediação judicial, tal possibilidade deve ser estendida ao Ministério Público, que possui atribuição constitucional de requisitar informações para fins de procedimento administrativo de investigação, além do fato de que ambas as instituições visam ao bem comum e ao interesse público. Precedentes do STJ e do STF.

6. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido, tão-somente para determinar que o Tribunal a quo enfrente o mérito do mandamus. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 31.362 - GO (2010/0011022-4) [3] (grifo nosso)

Por todo o exposto no presente trabalho, conclui-se que a aplicação do art. 6º da Lei Complementar 105/2001, está em consonância com a Constituição vigente, sendo a flexibilização do sigilo bancário necessária para garantir o interesse público, que deve prevalecer frente ao interesse particular, desde que respeitados todos os direitos fundamentais possíveis na realização da quebra de sigilo.

3 Disponível em: http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Temas_Diversos/Jurisprudência_Temas_Diversos/rms%2031362.pdf

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sigilo Bancário e Privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- BRASIL. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília DF, 11 jan. 2001. Seção 1, p. 3.
- BRASIL. Lei nº. 4595, de 31 de dezembro de 1964. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1964. Retificação D.O.U. de 03 fev. 1965.
- BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2001. Seção 1, p. 1-2.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **ADI nº. 4010**, Brasília, DF, 25 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4010&processo=4010>> Acesso em: 03 nov. 2010.
- CAVALCANTE, Denise Lucema. **Sigilo Bancário e o Devido Processo Legal**. Disponível em: http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_abril_2001/0504Denise.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2010.
- CHINEN, Roberto Massao. **Sigilo bancário e o fisco: liberdade ou igualdade**. Curitiba: Juruá, 2005.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 9º Ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- LARA, Victor Emanuel Alves de. **Comentários à Lei do Sigilo Bancário: Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, Decreto n. 3.724, de 28 de novembro de 2002**. São Paulo: LTr, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENEZES, Deise Mendroni de. **A quebra do sigilo bancário: aspectos tributários**. Dissertação (Mestrado) – Pontifca Universidade Católica, São Paulo, SP, 2002. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos%20humanos.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2010.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários a Constituição de 1967**, com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo W. 3. ed. Rio: Forense, 1987.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª Ed; Malheiros; SP/SP; 2000.
- STF. **Notícias**. Brasília: 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=166787>. Acesso em: 29 nov. 2010.