

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DE ITUVERAVA  
FACULDADE DR. FRANCISCO MAEDA**

**Marcos da Silva Nunes**

**SIGILO BANCÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º E 6º DA  
LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001**

**ITUVERAVA  
2013**

**MARCOS DA SILVA NUNES**

**SIGILO BANCÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º E 6º DA  
LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001**

**Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
à Faculdade Dr. Francisco Maeda. Fundação  
Educativa de Ituverava, para obtenção do  
título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. MSc. Clóvis Alberto Volpe  
Filho.**

**ITUVERAVA  
2013**

**MARCOS DA SILVA NUNES**

**SIGILO BANCÁRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º E 6º DA  
LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001**

**Trabalho de Conclusão de Curso para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.  
Fundação Educacional de Ituverava.  
Faculdade Dr. Francisco Maeda.**

**Ituverava, de de 2013.**

**Orientador:** \_\_\_\_\_  
**Prof. Clóvis Alberto Volpe Filho**

**Examinador(a):** \_\_\_\_\_  
**Prof. Cildo Giolo Junior**

**Examinador(a):** \_\_\_\_\_  
**Prof. Roberta dos Santos Pereira de Carvalho**

## DEDICATÓRIA

**Dedico** este trabalho aos meus pais Cícero (in memorian) e Madalena por ter me dado a dose certa de amor, carinho, disciplina, caráter e respeito, e por ter me ensinado que, mesmo nas dificuldades da vida, é possível extrair conhecimento e alcançar a vitória.

Igualmente dedico este trabalho a minha querida esposa Fabiana, e aos meus adoráveis filhos Marco Antonio e Julia por terem dado sentido à minha existência.

## **AGRADECIMENTOS**

**Agradeço** a Deus por mais esta vitória.

Aos meus pais, por todo carinho e educação.

A minha querida esposa Fabiana, aos meus filhos Marco Antonio e Julia pelo apoio incontestável e pela paciência que tiveram durante toda a jornada acadêmica.

Aos meus irmãos, tios, sobrinhos, sogros, cunhados e amigos pelo total apoio recebido.

A todos os amigos da 4ª Turma de Direito 2007/2011, em especial os inseparáveis: Rafael, Roberta e Damaris, levarei para sempre em minhas lembranças.

Ao meu orientador Profº. Clóvis Volpe, por me ajudar na concretização deste trabalho, pela sua paciência e dedicação, sem falar em seu brilhantismo, comprometimento e dedicação durante todo este curso de graduação.

Aos professores desta instituição, mesmo que às vezes cansados da luta diária, se dispunha a nos entregar parte do seu conhecimento, contribuindo para nos tornar pessoas capazes de conquistar nossos objetivos, serei grato eternamente a todos que contribuíram para a minha formação acadêmica.

Muito Obrigado!

**“Elevo os meus olhos para os montes; de onde me virá o socorro?  
O meu socorro vem do Senhor, que fez os céus e a terra.”**

**Salmos; Cap. 121, v. 1 e 2.**

## RESUMO

Este trabalho pretende mostrar a complexidade que gira em torno do sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro, com uma abordagem doutrinária, jurisprudencial, normas e princípios constitucionais e infraconstitucionais, frente à Lei Complementar n. 105/2001 que possibilitou a quebra direta do sigilo bancário pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como as administrações tributárias municipais e estaduais. Primeiramente faz um levantamento de toda a fase administrativa até as últimas instâncias, em seguida aborda o histórico do sigilo bancário no ordenamento jurídico pátrio e finalmente encerra a questão, tratando da quebra do sigilo bancário pelas autoridades administrativas tributárias, concluindo pela inconstitucionalidade da norma contida na Lei Complementar em estudo por confrontar normas e princípios constitucionais, como o direito a vida privada e a inviolabilidade do sigilo de dados.

**Palavras-chave:** Lei Complementar n 105/2001. Sigilo Bancário. Receita Federal. Vida Privada. Inviolabilidade do Sigilo de Dados.

## SUMMARY

This document intends to show the complexity that circulates around the banking secrecy in the Brazilian legal, with a doctrinated approach, jurisprudential, normative and constitutional principles and infraconstitutional, before the Complementary Law n. 105/2001, that made possible the direct breaking of banking secrecy by Brazilian Federal Revenue Department, as well as local and state tributary management. First does a survey of all administrative phase, until the last instances, then approaches the history of banking secrecy legal in the country and finally finishes the subject, talking about the breaking of banking secrecy by tributary management authority, concluding by the unconstitutionality of the standard inside the Complementary Law under study, by confront standards and constitutional principles, as the right of private life and secrecy data's inviolability.

**Keywords:** Complementary Law n. 105/2001. Banking Secrecy. Federal Revenue. Private life. Secrecy data's inviolability.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 RECEITA FEDERAL DO BRASIL</b> .....	14
<b>1.1 Atribuições da Secretaria da Receita Federal</b> .....	14
<b>1.2 Competências da Secretaria da Receita Federal</b> .....	15
<b>1.2.1 <u>Dos Cargos</u></b> .....	16
<b>1.3 Receitas Públicas</b> .....	18
<b>1.3.1 <u>Definição de Receitas Públicas</u></b> .....	19
<b>1.3.2 <u>Breve Evolução Histórica</u></b> .....	19
<b>1.3.3 <u>Definição de Tributo</u></b> .....	20
<b>1.4 Atos Administrativos Tributário</b> .....	21
<b>1.4.1 <u>Objetivos do Processo Administrativo</u></b> .....	22
1.4.1.1 Princípios que regem o processo administrativo tributário.....	23
<b>1.4.2 <u>Procedimentos Fiscais da Receita Federal</u></b> .....	23
<b>1.4.3 <u>O Processo Administrativo Fiscal Federal</u></b> .....	24
1.4.3.1 Início da Ação Fiscal.....	24
<b>1.5 Mandado de Procedimento Fiscal - MPF</b> .....	25
<b>1.5.1 <u>Impugnação de Lançamento</u></b> .....	25
1.5.1.1 Decisão da Impugnação.....	26
<b>1.6 Delegacia da Receita Federal de Julgamento - DRJ</b> .....	26
<b>1.6.1 <u>Decisão da Última Instância</u></b> .....	27
<b>1.6.2 <u>Recurso Voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais (CARE)</u></b> .....	27
<b>1.6.3 <u>Prazo do Recurso Voluntário</u></b> .....	28
<b>1.6.4 <u>Câmara Superior de Recursos Fiscais</u></b> .....	31
<b>1.6.5 <u>Renúncia à Instância Administrativa</u></b> .....	33
<b>1.7 Requisição de Movimentação Financeira - RMF</b> .....	34
<b>2 O SIGILO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b> .....	35
<b>2.1 O Sigilo Bancário Sobre os Aspectos da Lei n. 4.595/64</b> .....	35
<b>2.2 O Sigilo Bancário na Lei n. 5.172/66 – CTN</b> .....	41
<b>2.3 O Sigilo Bancário na Lei n. 8.021/90 – Artigo 8º</b> .....	43
<b>2.4 O Sigilo Bancário e a Lei Complementar n. 105/2001</b> .....	45
<b>2.5 Lei 10.174/2001 (Lei que Alterou a Lei n. 9.311/1996 - CPMF)</b> .....	51
<b>2.6 Teorias Sobre o Fundamento do Sigilo Bancário</b> .....	52

<b>3 A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO .....</b>	<b>56</b>
<b>3.1 A Quebra do Sigilo para Constituir Tributos .....</b>	<b>61</b>
<b>3.2 A Quebra do Sigilo e o Processo Criminal .....</b>	<b>62</b>
<b>3.3 Violações aos Princípios Constitucionais.....</b>	<b>64</b>
<b>3.3.1 <u>O Devido Processo Legal</u>.....</b>	<b>64</b>
<b>3.3.2 <u>O Princípio da Proporcionalidade</u>.....</b>	<b>67</b>
<b>3.3.3 <u>Presunção de Inocência</u>.....</b>	<b>69</b>
<b>3.3.4 <u>A Reserva de Jurisdição e Inafastabilidade da Jurisdição</u> .....</b>	<b>70</b>
<b>3.3.5 <u>Inviolabilidade da Privacidade e da Intimidade</u> .....</b>	<b>72</b>
<b>3.4 A Solicitação dos dados Bancários pela Receita Federal .....</b>	<b>76</b>
<b>3.5 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal.....</b>	<b>78</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>81</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fazer um levantamento doutrinário, jurisprudencial e normativo, com finalidade de interpretar a norma contida na Lei Complementar n. 105/2001, confrontado a sua aplicabilidade prática frente aos direitos individuais, o direito a privacidade, bem como o direito a inviolabilidade do sigilo de dados, regra contida no artigo 5º *caput*, inciso X e XII, da Constituição Federal de 1988.

Para tanto será necessário o levantamento histórico do sigilo bancário no ordenamento jurídico pátrio, bem como a análise de teorias e princípios constitucionais, começamos pelo histórico do sigilo bancário no Brasil.

O sigilo bancário no ordenamento jurídico pátrio tem seu marco inicial datado de meados de 1850, no antigo Código Comercial, Lei n. 556, mais precisamente nos artigos 17, 18, 19. Nesta época para alguns doutrinadores não havia outra interpretação a não ser a de que o direito ao sigilo de dados era absoluto, tratava-se de uma proibição expressa à violação de dados do contribuinte, inserido no artigo 17, diverso deste entendimento, outra parte da doutrina interpretava que os artigos 18 e 19 flexibilizavam o acesso, porém somente o judiciário e o tribunal do comércio tinham prerrogativas de solicitar a ruptura do sigilo dos dados.

Em 1964 o Supremo Tribunal Federal editou as Súmulas n. 390 e 439 e passou a interpretar que a exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

Tendo em vista que o acesso a dados sigilosos sempre foi requisitado para fins de investigação criminal e tributária, em 1952 foi à vez das Comissões Parlamentares de Inquérito, observado os tramites legais, violar o dados que acharem necessários para a instrução dos procedimentos investigatórios.

Em 1964 entrou em vigor a Lei n. 4.595 que regulamento o Sistema Financeiro Nacional, essa Lei enfraqueceu a oposição de revelação dos dados bancários pelas instituições financeiras à administração tributária. Permitiu o acesso desde que houvesse processo instaurado e que os documentos se fizessem necessários segundo a autoridade. Criou dúvidas quanto ao processo necessário e à autoridade competente em razão de não haver especificação, se administrativa ou judicial.

A jurisprudência do STF, no entanto não se calou quanto ao assunto e, decisivamente, entendeu em inúmeras decisões proferidas, que as expressões “processo” e “autoridade”, referiam-se ao Judiciário.

Dois anos mais tarde entrou em vigor o atual Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172/1966, que em 1988 foi recepcionado pela Constituição Federal com status de Lei Complementar, em virtude de que somente lei complementar pode disciplinar normas de caráter tributário.

Nos artigos n. 197, Parágrafo Único e artigo n. 198 levava a interpretação literal de possibilidade da administração tributária solicitar informações sobre bens, negócios ou atividades dos contribuintes às instituições financeiras, desde que atendidas as condições da lei.

Entretanto a interpretação dos tribunais e da doutrina majoritária sobre referidos dispositivos foi a de reservar ao Poder Judiciário a prerrogativa para autorizar a requisição de informações sobre quaisquer dados bancários.

Depois em 1988 com a promulgação da Constituição Federal, em seu artigo n. 145, §1º, facultou a administração tributária, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, a identificar o patrimônio os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Antes disso, em 1985, havia sido editada a Súmula n. 182 do antigo TFR (Tribunal Federal de Recursos), determinando que era ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários. Esta ferramenta foi bastante e suficiente para reduzir a força do artigo n. 145, § 1º da Constituição Federal.

Visando afastar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que as expressões “processo” e “autoridade”, constantes do § 5º do artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64, referiam-se ao processo e autoridade judicial e não administrativa, foi editada em 1990 a Lei n. 8.021, que revogou expressamente o artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64, passando a fixar a necessidade de processo fiscal em curso e juízo da autoridade administrativa para a solicitação dos documentos bancários.

Mais uma vez vieram novas decisões do Superior Tribunal de Justiça, em meados de 1994, negando o livre acesso da autoridade administrativa fiscal às informações e registros bancários, negando valia ao artigo n. 8º da Lei n. 8.021/90.

Finalmente em 10 de janeiro de 2001 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei Complementar n. 105, que abordou a questão do sigilo das operações e instituições financeiras.

Essa lei outorgou às autoridades fiscais maior poder e abrangência na fiscalização do Imposto de Renda das pessoas físicas e jurídicas, pelo cruzamento de dados da declaração de imposto de renda.

Entretanto a norma contida na Lei Complementar n. 105/2001 afronta dispositivos e princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, vida privada, e o direito a inviolabilidade de dados, bem como o princípio do devido processo legal, o princípio da proporcionalidade e reserva de jurisdição todos assentados na Constituição Federal de 1988.

Apesar de não haver especificado na Constituição Federal de 1988 a figura do sigilo bancário, é de total interpretação constitucional que o sigilo bancário é uma espécie do gênero sigilo de dados, esculpido no inciso XII do artigo 5º da CF.

Para ampliar ainda mais o rol de atribuições destinado a violar os dados dos contribuintes foi criado em 10 de Janeiro de 2001 o Decreto n. 3.724, que regulamentou o artigo 6º, e, no ano seguinte, mais precisamente em 28 de novembro de 2002, foi publicado o Decreto n. 4.489 que regulamentou o artigo 5º ambos da Lei Complementar n. 105/2001.

Não bastasse em 27 de dezembro de 2007 o Secretário da Receita Federal do Brasil criou a Instrução Normativa RFB n. 802 que passou a disciplinar o artigo 3º do Decreto n. 4.489/2002.

Pois bem, tanto a Lei Complementar n. 105/2001, os Decretos: n. 3.724/2001 e n. 4.489/2002, bem como a Instrução Normativa RFB n. 802/2007 são sujeitas a varias formas de interpretações, à quem advoga pela constitucionalidade, outros já entendem que todos esses dispositivos fere os direitos individuais consagrados na Carta de República.

Os tribunais pátrios estão divididos ao interpretar a norma contida na Lei em estudo.

Atualmente no Supremo Tribunal Federal aguarda para serem julgadas as seguintes ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) de n. 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859 de Relatoria do Ministro Dias Toffoli; e ADIs de n. 4.006 e 4.010 Relatora Ministra Rosa Weber, e mais um RE-RG n. 601.314, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

O Ministério Público Federal propôs que seja feito o julgamento simultâneo de todos os processos, por se tratar basicamente do mesmo tema.

O Supremo Tribunal Federal no final de 2010 julgou o Recurso Extraordinário RE n. 389.808/PR onde primou pelo disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, interpretando que a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário - e mesmo assim para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

Por fim o presente trabalho acena no sentido de que a norma contida na Lei Complementar n. 105/2001, conflita com a Carta da República, estando completamente eivada de inconstitucionalidade.

A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica na doutrina e na jurisprudência, por meio do levantamento da literatura disponível sobre o tema, realizada em livros, julgados dos tribunais, artigos, revistas e internet.

Discorre-se no primeiro capítulo sobre a Administração Tributária da União, desempenhada pela Secretaria da Receita Federal, bem como suas atribuições e competências.

No segundo capítulo abordou-se a evolução histórica do Sigilo Bancário no Brasil, bem como as Teorias Sobre o Fundamento do Sigilo Bancário.

E finalmente o terceiro e último capítulo discorre sobre a Quebra do Sigilo Bancário e as Violações aos dispositivos constitucionais como os Direitos Individuais, Vida Privada, e a Inviolabilidade do Sigilo de Dados, e aos princípios constitucionais como o devido processo legal, proporcionalidade, reserva de jurisdição e inafastabilidade da jurisdição.

Também será feita uma análise sobre o julgado RE n. 389.808/PR – STF que julgou pela inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário pela Receita Federal com base na Lei Complementar n. 105/2001, serão alinhavadas algumas conclusões, sem a pretensão de esgotar ou finalizar os debates acerca deste tema tão relevante.

Porém, cabe salientar que este trabalho não tem a finalidade de esgotar as discussões sobre a temática, mas sim, trazer uma singela contribuição à seara do direito.

## **1 RECEITA FEDERAL DO BRASIL**

A Secretaria da Receita Federal do Brasil é um órgão específico, singular, subordinado ao Ministério da Fazenda, exercendo funções essenciais para que o Estado possa cumprir seus objetivos. É responsável pela administração dos tributos de competência da União, inclusive os previdenciários, e aqueles incidentes sobre o comércio exterior, abrangendo parte significativa das contribuições sociais do País. Também subsidia o Poder Executivo Federal na formulação da política tributária brasileira, previne e combate a sonegação fiscal, o contrabando, o descaminho, a pirataria, a fraude comercial, o tráfico de drogas e de animais em extinção e outros atos ilícitos relacionados ao comércio internacional. (RFB, 2013).

Conforme o Decreto n. 6.764 de 10 de fevereiro de 2009 que regulamenta a Estrutura Regimental do Ministério da Fazenda elencou no capítulo II a seguinte Estrutura Organizacional:

[...]

Art. 2º O Ministério da Fazenda tem a seguinte Estrutura Organizacional:

I - órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado:

a) [...]

b) Secretaria da Receita Federal do Brasil:

1. Subsecretaria de Arrecadação e Atendimento;
2. Subsecretaria de Tributação e Contencioso;
3. Subsecretaria de Fiscalização;
4. Subsecretaria de Aduana e Relações Internacionais;
5. Subsecretaria de Gestão Corporativa;

### **1.1 Atribuições da Secretaria da Receita Federal**

A Receita Federal do Brasil zelará pela administração dos tributos internos e do comércio exterior, da gestão e execução das atividades de arrecadação, lançamento, cobrança administrativa, fiscalização, pesquisa e investigação fiscal e controle da arrecadação administrada.

Bem como da gestão e execução dos serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiro, repressão ao contrabando e descaminho, no limite da sua alçada, do preparo e julgamento, em primeira instância, dos processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários da União, da interpretação, aplicação e elaboração de propostas para o

aperfeiçoamento da legislação tributária e aduaneira federal, sem falar dos subsídios à formulação da política tributária e aduaneira.

Além das atribuições acima, destacamos ainda os subsídios à elaboração do orçamento de receitas e benefícios tributários da União, interação com o cidadão por meio dos diversos canais de atendimento, educação fiscal para o exercício da cidadania, formulação e gestão da política de informações econômico-fiscais. (RFB, acesso em 29/06/2013).

## **1.2 Competências da Secretaria da Receita Federal**

Segundo o artigo n. 15, Anexo I, do Decreto n. 6.764, de 10 de fevereiro de 2009, compete à Secretaria da Receita Federal do Brasil:

- I - planejar, coordenar, supervisionar, executar, controlar e avaliar as atividades de administração tributária federal, inclusive as relativas às contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social e às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, na forma da legislação em vigor;
- II - propor medidas de aperfeiçoamento e regulamentação e a consolidação da legislação tributária federal;
- III - interpretar e aplicar a legislação tributária, aduaneira, de custeio previdenciário e correlato, editando os atos normativos e as instruções necessárias à sua execução;
- IV - estabelecer obrigações tributárias acessórias, inclusive disciplinares a entrega de declarações;
- V - preparar e julgar, em primeira instância, processos administrativos de determinação e exigência de créditos tributários e de reconhecimento de direitos creditórios, relativos aos tributos por ela administrados;
- VI - acompanhar a execução das políticas tributária e aduaneira e estudar seus efeitos na economia do País;
- VII - dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar os serviços de fiscalização, lançamento, cobrança, arrecadação e controle dos tributos e demais receitas da União, sob sua administração;
- VIII - realizar a previsão, o acompanhamento, a análise e o controle das receitas sob sua administração, bem como coordenar e consolidar as previsões das demais receitas federais, para subsidiar a elaboração da proposta orçamentária da União;
- IX - propor medidas destinadas a compatibilizar a receita a ser arrecadada com os valores previstos na programação financeira federal;
- X - estimar e quantificar a renúncia de receitas administradas e avaliar os efeitos das reduções de alíquotas, das isenções tributárias e dos incentivos ou estímulos fiscais ressalvados a competência de outros órgãos que também tratam da matéria
- XI - promover atividades de cooperação e integração entre as administrações tributárias do país, entre o fisco e o contribuinte, e de educação fiscal, bem assim preparar, orientar e divulgar informações tributárias e aduaneiras;
- XII - realizar estudos para subsidiar a formulação da política tributária e estabelecer política de informações econômico-fiscais e programar sistemática de coleta, tratamento e divulgação dessas informações;
- XIII - celebrar convênios com órgãos e entidades da administração federal, estadual, distrital e municipal, bem como entidades de direito público ou privado, para



permuta de informações, racionalização de atividades e realização de operações conjuntas;

XIV - gerir o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, a que se refere o Decreto-Lei no 1.437, de 17 de dezembro de 1975;

XV - negociar e participar de implementação de acordos, tratados e convênios internacionais pertinentes à matéria tributária e aduaneira;

XVI - dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar os serviços de administração, fiscalização e controle aduaneiros, inclusive no que diz respeito a alfandegamento de áreas e recintos;

XVII - dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar o controle do valor aduaneiro e de preços de transferência de mercadorias importadas ou exportadas, ressalvadas as competências do Comitê Brasileiro de Nomenclatura;

XVIII - dirigir, supervisionar, orientar, coordenar e executar as atividades relacionadas com nomenclatura, classificação fiscal e origem de mercadorias, inclusive representando o País em reuniões internacionais sobre a matéria;

XIX - participar, observada a competência específica de outros órgãos, das atividades de repressão ao contrabando, ao descaminho e ao tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, e à lavagem de dinheiro;

XX - administrar, controlar, avaliar e normatizar o Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, ressalvadas as competências de outros órgãos;

XXI - articular-se com entidades e organismos internacionais e estrangeiros com atuação no campo econômico-tributário e econômico-previdenciário, para realização de estudos, conferências técnicas, congressos e eventos semelhantes;

XXII - elaborar proposta de atualização do plano de custeio da seguridade social, em articulação com os demais órgãos envolvidos; e

XXIII - orientar, supervisionar e coordenar as atividades de produção e disseminação de informações estratégicas na área de sua competência, destinadas ao gerenciamento de riscos ou à utilização por órgãos e entidades participantes de operações conjuntas, visando à prevenção e ao combate às fraudes e práticas delituosas, no âmbito da administração tributária federal e aduaneira. (RFB, 2013)

### **1.2.1 Dos Cargos**

Funcionalmente, compõem a estrutura da Secretaria da Receita Federal do Brasil os seguintes cargos:

Audidores-Fiscais (AFRFB) – Suas atribuições são (artigo 6º, inciso I, da Lei n. 10.593/2002), dentre outros citemos os de interesse desta obra, quais sejam: constituir, mediante lançamento o crédito tributário e de contribuições; elaborar e proferir decisões ou delas participar em processo administrativo-fiscal, bem como em processo de consulta, restituição ou compensação de tributos e contribuições e de reconhecimento de benefícios fiscais. (RFB, 2013).

Analistas Tributários (ATRFB) – Sua incumbência é o exercício das atividades de natureza técnica, acessória ou preparatória ao exercício das atribuições privativas dos

Audidores-Fiscais e atuar no exame de matérias e processos administrativos (artigo 6º, §2º, da Lei n. 10.593/2002). (RFB, 2013).

Servidores do Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda – PECFAZ – Execução de atividades técnicas, administrativas, logísticas e de atendimentos, de nível superior, intermediário e auxiliar, relativas ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo do Ministério da Fazenda, ressalvadas as privativas de carreiras específicas, fazendo uso de todos os equipamentos e recursos disponíveis para a consecução dessas atividades, além de outras atividades de mesmo nível de complexidade em sua área de atuação (Lei n. 11.907 de 02/02/2009), (RFB, 2013).

No órgão também exercem suas funções servidores de diversos cargos pertencentes aos quadros do Ministério da Fazenda, bem como empregados do Serviço Federal de Processamento de Dados (SERMPRO), funcionários terceirizados e estagiários.

O ingresso nos quadros funcionais da Receita Federal do Brasil se dá mediante a realização de concurso público realizado pela Escola de Administração Fazendária (ESAF).

Dirigida pelo Secretário da Receita Federal do Brasil, a Secretaria da Receita Federal é composta por unidades centrais e unidades descentralizadas, distribuídas por todo o território nacional. As unidades descentralizadas compreendem: (RFB, 2013).

- Alfândegas da Receita Federal do Brasil (ALF)
- Agências da Receita Federal do Brasil (ARF)
- Delegacias de Assuntos Internacionais da Receita Federal do Brasil (DEAIN)
- Delegacias de Instituições Financeiras da Receita Federal do Brasil (DEINF)
- Delegacias de Administração Tributária da Receita Federal do Brasil (DERAT)
- Delegacias da Receita Federal do Brasil (DRF)
- Delegacias de Julgamento da Receitas Federal do Brasil (DRJ)
- Inspetorias da Receita Federal do Brasil
- Superintendências da Receita Federal do Brasil (SRRF).

A Secretaria da Receita Federal do Brasil é composta por unidades centrais e unidades descentralizadas, distribuídas por todo o território nacional, abrangendo uma área de 8,5 milhões de quilômetros quadrados. (RFB, 2013).

### 1.3 Receitas Públicas

Incube ao Estado desenvolver atividade e serviços com vistas para o bem comum, à necessidade pública, enquanto que ao particular cumpre suprir e satisfazer suas necessidades pessoais.

Necessidade pública e bem comum encontram conceitos que variam de conformidade com o tempo, o desenvolvimento e a vontade do administrador público ou governante. (QUINTANILHA, 2010).

Atividade Financeira – Assim se entende toda atividade promovida no sentido de dirigir os fenômenos de ordem financeira, observando-se as fontes, em que se captam os recursos necessários à satisfação da existência e funcionamento das instituições de caráter público ou privado, para que estas cumpram as suas necessidades de interesse coletivo ou que sejam pertinentes a seu objetivo.

Quando o Estado procura fixar, cientificamente, as regras e princípios predispostos para a formação de sua receita pública e estabelecimento de sua despesa, a fim de que assegure o funcionamento de sua organização política e assente a sua própria existência, diz-se que exerce atividade financeiras. (PLÁCIDO E SILVA, 1999, apud QUINTANILHA, 2012, p.20)

O Estado exerce sua atividade financeira destinada a arrecadar os meios financeiros e direcioná-los, através de uma decisão política, para a concretização de seus fins, os fins da atividade financeira são:

- a) prestação de serviços públicos;
- b) exercício do poder de polícia;
- c) intervenção do domínio econômico.

Tudo aquilo que incumbe ao Estado prestar, por uma decisão política, inserta numa norma, é necessidade pública.

É um conjunto de preceitos normativos que regem a função financeira do Estado, sendo disciplina da atividade financeira.

É um conjunto de normas ou principais regras que regem a arrecadação, gestão e dispêndio pelo Estado no desenvolvimento de suas atividades.

Sua finalidade é abarcar as entradas, administração e apuração dos recursos públicos. (QUINTANILHA, 2012)

### **1.3.1 Definição de Receitas Públicas**

Segundo o doutrinador Quintanilha (2012, p. 41) menciona que “RECEITAS PÚBLICAS – É a denominação atribuída ao total de valores, representados em dinheiro, recebidos pelo erário público, provenientes das diversas rendas ordinárias, extraordinárias e especiais.”

A receita publica, conforme as rendas de que se compõe, classifica-se em originaria e derivada, ordinária, extraordinária e especial.

A receita originária é a que resulta da produção de rendas ou rendimentos dos bens patrimoniais do Estado, e das empresas industriais ou comerciais mantidas por ele.

A receita derivada é a receita tributária, isto é, conseqüente da arrecadação de impostos, taxas, emolumentos e multas devidas ao erário público.

A receita originária é também chamada de receita estável, porque promana dos frutos produzidos pelos bens dominiais ou das rendas industriais.

A receita derivada ou tributária é dita de instável, porque não se apresenta uniformemente, variando segundo as imposições ou tributos decretados. (QUINTANILHA, 2012).

Compreende, em sentido lato, o conjunto de recurso econômico e financeiro, com previsão orçamentária, a fruto de arrecadação compulsória, destinando ao custeio das despesas do Estado. (PLÁCIDO E SILVA, 1999, apud QUINTANILHA, 2012).

### **1.3.2 Breve Evolução Histórica**

No início o patrimônio publico era composto de terras. Com o aumento da complexidade social, o Estado passa a ter necessidade de dinheiro para as prestações de atividade material. (QUINTANILHA, 2012)

Aliomar Baleeiro (apud QUINTANILHA, 2012, p.42) estabelece fases (não necessariamente sucessivas), atinentes a evolução das receitas e que são reproduzidas a 5 padrões:

- a) Parasitária (extorsão);
- b) Dominial (exploração do patrimônio);

- c) Regaliana (cobrança de pedágios e outros);
- d) tributária;
- e) Social (feições extrafiscais dos tributos). Emprega tributos para intervir no domínio econômico, como no caso de não se incentivar a exportação.

### **1.3.3 Definição de Tributo**

Tributo, no entanto, na terminologia fiscal, vai a expressão igualando-se ao sentido de imposto, que se entende a contribuição devida por todo cidadão estabelecido, ou residente num Estado, ou que dele tire proveitos pecuniários, para a formação da receita pública, destinada a suprir os encargos públicos do mesmo Estado. (QUINTANILHA, 2012).

Não obstante, porém, mesmo em conceito fiscal, tributo revela-se de sentido mais amplo, desde que atinge toda e qualquer contribuição devida ao Estado, mesmo em caráter de emolumentos, ou de taxa. E imposto indica-se propriamente a contribuição devida, mesmo sem a contraprestação imediata por parte do Estado.

Bem por essa razão, derivando se de tributo, temos as expressões tributar, tributável e tributação, condutoras de sentido muito mais amplo que o de imposto, ou de imposição. (QUINTANILHA, 2012).

Assim, tributar é inscrever, lançar, ou anotar as contribuições que devem ser conseguidas para a formação da Receita Pública, na qual se integram não somente os impostos, mas todas as verbas de receita que se anotem como de natureza tributária, em que se encontra, por exemplo, a contribuição de melhoria, e as taxa. (QUINTANILHA, 2012)

A tributação diz respeito à ação e efeito de tributar, em que se incluem todas as verbas, mesmo as que se arrecadam como taxas de melhoramentos, pedágios, ou rodágios, emolumentos, que não podem ser tidos como imposto, propriamente. (QUINTANILHA, 2012).

O conceito de tributo está no Código Tributário Nacional, artigo 3º que dispõe:

Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O artigo 3º do Código Tributário Nacional definiu bem, onde traz cinco elementos identificadores do tributo:

Prestação pecuniária: Tributo é devido em dinheiro, pecúnia paga em moeda corrente. Segundo o STJ, tributo é devido em dinheiro porque antigamente os tributos eram pagos com as próprias mercadorias.

Prestação Compulsória – o tributo é obrigatório, não existe nada de faculdade.

Tributo decorre de ato lícito: o Código Tributário Nacional dispõe que tributo é sanção que se constitui de ato lícito. Nunca será proveniente de ato ilícito. O fato gerador não pode ser ilícito. Exemplo: casa de prostituição.

Prestação Instituída em Lei: todo tributo tem que ser previsto em lei, vez ninguém é obrigado a fazer nada em virtude de lei, consoante o princípio da legalidade.

Prestação cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada – São duas as formas de atividades administrativas: discricionárias (dentro dos limites da lei, o administrador tem o direito de escolher um das opções) e vinculada (somente pode ser escolhida a que esta expressa na lei). (QUINTANILHA, 2012, p. 240).

O próximo elemento fora criado pelo STF:

- Tributo é receita pública: é dinheiro que vai para o Estado – Desta maneira, entende-se que tributo é gênero, repleto de espécies, sendo elas cinco (05), de acordo com o STF.

Depreende-se assim que o tributo possui seis significados distintos:

- 1 – o tributo como quantia em dinheiro;
- 2 – o tributo como prestação correspondente ao dever jurídico;
- 3 – o tributo como direito subjetivo do sujeito ativo;
- 4 – o tributo como sinônimo de relação jurídica tributaria;
- 5 – o tributo como norma jurídica tributaria;
- 6 – o tributo como norma, fato e relação jurídica.

No âmbito de suas atribuições e com a finalidade arrecadativa a Receita Federal possui em seu regimento interno, normas diversas para que possa desenvolver suas atividades, por meio de procedimentos e processos administrativos.

#### **1.4 Atos Administrativos Tributários**

Processo Administrativo Tributário é termo que deve ser analisado em sentido amplo e em sentido restrito.

Para o tributarista Quintanila (2009, p. 309) será em sentido amplo quando “cogita-se do conjunto de atos administrativos tendentes ao reconhecimento de uma situação jurídica pertinente à relação entre o Fisco e o contribuinte.

E com sentido restrito quando:

Uma espécie de processo administrativo se destina à determinação e exigência do crédito tributário, sendo um conjunto de atos, escritos, com o objetivo de determinar e exigir crédito tributário, sendo assegurado ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa. (QUINTANILHA, 2009, p. 309).

É a atividade administrativa que se desenvolve em torno do crédito tributário tem natureza administrativa, muito embora tenha conteúdo jurisdicional, portando, deverá ser sempre vinculada. (BLANCO, 2005).

O processo administrativo fiscal desenvolve atividade de natureza administrativa e subordinada à comandos legais, entretanto, em certas situações, os casos podem ter natureza jurisdicional (QUINTANILHA, 2009).

Assim, sempre que a autoridade administrativa verificar fato gerador de tributo cujo lançamento esteja, por força de lei, sob sua competência ou verificando a inércia do contribuinte quando ao cumprimento de qualquer obrigação fiscal, seja ela principal ou acessória, procederá ao lançamento de ofício, para cobrança do tributo e da multa aplicável, além de qualquer outra penalidade cabível. (BLANCO, 2005).

#### **1.4.1 Objetivos do Processo Administrativo**

Este tipo de procedimento é desenvolvido para a determinação e exigência do crédito tributário, muito embora possa culminar na improcedência do lançamento levado a efeito. (BLANCO, 2005).

Dentre os diversos objetivos dos processos administrativos fiscais destacamos: (RFB, 2013).

- reconhecimento de direitos (como isenções e imunidades);
- parcelamento de débitos;
- restituição de valores (diante de pagamentos a maior ou indevido);
- consultas;
- determinação e exigência do crédito tributário.

#### 1.4.1.1 Princípios que regem o processo administrativo tributário

Os princípios que regem o processo administrativo tributário segundo Quintanilha (2009, p. 316), são os seguintes:

a) **princípio da legalidade objetiva** – pelo qual se exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para a preservação da lei e, amparando o particular, serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva;

b) **princípio da oficialidade** – iniciado o processo administrativo, este passa a pertencer ao poder público, que é o competente para dar prosseguimento até a decisão final. A Administração por desinteresse, não dando prosseguimento, infringe o princípio da oficialidade devendo seus agentes ser responsáveis em razão dessa omissão;

c) **princípio da verdade material** – este princípio, em contraste com o princípio da verdade formal, onde o julgador se atem às provas indicadas pelas partes em prazos determinados, neste, a autoridade administrativa pode ter o conhecimento de novas provas até o julgamento final;

d) **Princípio da garantia de defesa ou do devido processo** – decorre do mandamento constitucional do devido processo legal, estabelecido pelo artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

#### **1.4.2 Procedimentos Fiscais da Receita Federal**

No desempenho da atividade de fiscalização a Secretaria da Receita Federal do Brasil realiza os seguintes procedimentos Fiscais: (RFB, 2013).

I - de fiscalização: ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos administrados pela RFB, bem como da correta aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em



lançamento de ofício com ou sem exigência de crédito tributário, apreensão de mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigências de direitos comerciais;

II - de diligência: ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual.

Os procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – AFRFB e instaurados mediante ordem específica denominada Mandado de Procedimento Fiscal – MPF.

### **1.4.3 O Processo Administrativo Fiscal Federal**

Segundo Quintanilha (2009), o processo administrativo fiscal, no âmbito da União, é regulado pelo Decreto n. 70.235/72, diploma legal com força de lei.

O processo de determinação e exigência do crédito tributário pode ser a unilateral (ou não contenciosa) e a bilateral (contenciosa ou litigiosa).

A exigência do crédito tributário fica suspensa quando exista reclamações e recursos administrativos, não havendo necessidade de depósito, ou *solve et repete*, ou seja, pague primeiro para discutir depois. (QUINTANILHA, 2009).

#### 1.4.3.1 Início da Ação Fiscal

Por ato da autoridade competente se inicia a fase contenciosa, em razão de descumprimento de obrigação tributária, cujo auto de infração se caracterizará pelo:

- primeiro ato de ofício escrito, praticado pelo servidor competente e notificado ao sujeito passivo.

## **1.5 Mandado de Procedimento Fiscal - MPF**

Mandado de Procedimento Fiscal é a ordem específica que instaura o procedimento fiscal emitido exclusivamente em forma eletrônica, contendo a seguinte classificação:

- a) Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF-F);
- b) Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D);
- c) Mandado de Procedimento Fiscal - Especial (MPF-E).

Nos casos de flagrante constatação de contrabando, descaminho ou de qualquer outra prática de infração à legislação tributária ou de comércio exterior, em que o retardo do início do procedimento fiscal coloque em risco os interesses da Fazenda Nacional, pela possibilidade de subtração de prova, será emitido Mandado de Procedimento Fiscal Especial (MPF-E), no prazo de cinco dias, contado da data de início do procedimento, do qual será dada ciência ao sujeito passivo.

Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:

- I – 120 (cento e vinte) dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;
- II – 60 (sessenta) dias, no caso de MPF-D.

### **1.5.1 Impugnação de Lançamento**

Impugnação é o instrumento através do qual o contribuinte contesta lançamento efetuado em seu nome pela autoridade fiscal. Um dos princípios reguladores do Processo Administrativo Fiscal é o Contraditório e Ampla Defesa. (RFB, 2013).

- Decorre do artigo n. 5º, LV, da Constituição Federal/88, que tem a seguinte redação: aos litigantes, em Processo Judicial ou Administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de (Artigo n. 145 do CTN): impugnação do sujeito passivo; recurso de ofício; iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo n. 149 do CTN.

### 1.5.1.1 Decisão da Impugnação

Ocorrendo decisão de primeira instância (administrativa), abre-se oportunidade para recurso a órgão superior, que, via de regra, é o colegiado. Havendo decisão favorável ao contribuinte, é comum a ocorrência do recurso de ofício.

Na ADInMC 1976, decidiu o Supremo Tribunal Federal que é constitucional a fixação legal da necessidade do depósito para recurso da primeira para a segunda instância administrativa, porém, não é necessário que seja integral o valor do débito fiscal discutido, mas parcial, em razão, principalmente, que tal exigência viole frontalmente o direito constitucional dos contribuintes em ter acesso à instância administrativa superior. (QUINTANILHA, 2009).

A improcedência de defesa administrativa do contribuinte autoriza ainda a apresentação de recursos a órgão colegiado da administração pública.

## 1.6 Delegacia da Receita Federal de Julgamento - DRJ

Ao Delegado da Receita Federal de Julgamento compete julgar os processos em primeira instância.

Cada DRJ julgará os processos relativos aos contribuintes jurisdicionados pelas unidades da SRF indicadas no item Localização e Jurisdição – Delegacias da Receita Federal de Julgamento, observada a matéria em julgamento.

Enquadra-se na mesma situação, a apreciação pela DRJ relativa a impugnação de auto de infração, cuja lavratura tenha sido efetuada em jurisdição diversa daquela referente ao domicílio tributário do sujeito passivo. Tal situação ocorre, visto que a legislação permite que a autoridade que primeiro tomar conhecimento da infração, realize o lançamento, pois que previne a jurisdição e prorroga a competência.

A mudança do domicílio fiscal do contribuinte, depois de efetuado o lançamento e antes de apreciada a impugnação, torna-se irrelevante para alterar a competência da autoridade administrativa (julgadora), que continua sendo a mesma da jurisdição onde o processo foi deflagrado.

A cobrança, contudo, compete à autoridade que jurisdicione o novo domicílio fiscal. (RFB, 2013)

### **1.6.1 Decisão da Última Instância**

O órgão colegiado da administração pública é quem decide em última instância o recurso. Sendo a decisão favorável ao contribuinte, o fisco fica impedido de valer-se do judiciário para encerrar a instância administrativa. Sendo a decisão de última instância unânime, desfavorecendo o contribuinte, a este é facultado prosseguir a discussão pelas vias judiciais. (QUINTANILHA, 2009).

Os órgãos administrativos colegiados contam com a participação de representantes do fisco e dos contribuintes o que, aparentemente, denota equilíbrio de interesses no julgamento pleiteado. São colégios de julgamento administrativo os Conselhos de contribuintes do Ministério da Fazenda e o Tribunal de Impostos e Taxas em São Paulo. (BLANCO, 2005).

### **1.6.2 Recurso Voluntário ao Conselho de Recursos Fiscais (CARF)**

O Recurso Voluntário é o instrumento por meio do qual o contribuinte interpõe recurso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), caso não concorde com a decisão proferida em 1ª instância pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de sua jurisdição. Um dos princípios reguladores do Processo Administrativo Fiscal é o contraditório e a ampla defesa. (RFB, 2013).

Decorre do artigo 5º, LV, da Constituição Federal/88, que tem a seguinte redação: aos litigantes, em Processo Judicial ou Administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (RFB, 2013).

No Recurso Voluntário devesse expor os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possui, poderá ainda, além das alegações já apresentadas, trazer novas alegações ao processo. (RFB, 2013)

Os efeitos do Recurso Voluntário, assim como a impugnação, permanecem a fase litigiosa do procedimento, suspende a exigibilidade do crédito tributário, tem efeito

suspensivo (suspende a eficácia da decisão recorrida), suspende a fluência do prazo prescricional para propositura, pela Fazenda Pública, da ação de execução fiscal. (RFB, 2013).

O contribuinte poderá contestar todos os itens, caso não concorde com a da decisão de primeira instância, apresentando as razões para cada item. (RFB, 2013).

Caso o contribuinte concorde com parte do auto de infração ou notificação de lançamento, em conformidade com a decisão de 1ª instância, deverá pagar ou parcelar a parte concordante e apresentar o recurso para os outros itens (recurso parcial). No recurso o contribuinte deverá mencionar o fato, anexando os comprovantes de recolhimento ou parcelamento. (RFB, 2013).

Ressalte-se que a omissão de um item no recurso por parte do contribuinte, por si só caracteriza a concordância do sujeito passivo (recorrente) relativo à parte, ou seja, a autoridade preparadora deverá pela aplicação do artigo n. 17 do PAF - Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972), considerar o item como matéria não recorrida. A decisão torna-se definitiva em relação à parte não recorrida. Em seguida, a autoridade preparadora providenciará a formação dos autos apartados para a imediata cobrança da parte não contestada. A parte recorrida seguirá para o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). (RFB, 2013).

### **1.6.3 Prazo do Recurso Voluntário**

O prazo para interposição de recurso voluntário contra a decisão proferida em primeira instância pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, é de 30 dias, contados da ciência da decisão de primeira instância. (RFB, 2013).

A Regra Geral sobre contagem de prazos no processo administrativo fiscal é estabelecida pelo artigo n. 5º, do Decreto n. 70.235/72:

Art. 5 Os prazos serão contínuos, excluindo-se, na sua contagem, o dia de início e incluindo-se o dia do vencimento. Parágrafo único. Os prazos só se iniciam ou vencem no dia de expediente normal no órgão em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

Princípio da Continuidade, uma vez iniciada a contagem, incluem-se os finais de semana e feriados (portanto não se contam apenas os dias úteis).

Ocorrerá a intempestividade ou perempção quando o recurso mesmo que perempto (intempestivo), será encaminhado ao órgão de 2ª instância (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), que julgará a perempção. (RFB, 2013).

O Recurso de Ofício ocorre quando a autoridade de primeira instância (Presidente de Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento) recorrerá de ofício sempre que a decisão:

I - exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa de valor total (lançamento principal e decorrentes) superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

II - deixar de aplicar pena de perda de mercadorias ou outros bens cominada a infração denunciada na formalização da exigência.

O recurso voluntário deverá ser dirigido à Seção (1ª, 2ª ou 3ª) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conforme competência abaixo discriminada, e ser protocolizado nas Unidades da Receita Federal de jurisdição do recorrente. (RFB, acesso em 21 Jun. 2013).

Incluem-se na competência das Seções os recursos interpostos em processos administrativos de compensação, ressarcimento, restituição e reembolso, bem como de reconhecimento de isenção ou de imunidade tributária. (RFB, 2013).

A competência para o julgamento de recurso em processo administrativo de compensação é definida pelo crédito alegado, inclusive quando houver lançamento de crédito tributário de matéria que se inclua na especialização de outra Seção. (RFB, 2013).

Os recursos interpostos em processos administrativos de cancelamento ou de suspensão de isenção ou de imunidade tributária, dos quais não tenha decorrido a lavratura de auto de infração, inclui-se na competência da 2ª Seção do CARF. (RFB, 2013).

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em 21 de dezembro de 2010 aprovou a divulgação das súmulas aprovadas e consolidadas com os acórdãos paradigmas e súmulas vinculantes, vejamos:

Súmula CARF nº 2: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária” (RFB, 2013), fica evidente que qualquer recurso interposto neste sentido, já terá sua decisão, ou seja, o órgão não se pronunciará sobre o pleito.

Na súmula abaixo, de n. 14 mais uma vez o ente administrativo está coberto por uma norma que o colocará em vantagem frente ao sujeito passivo, sua pretensão mais uma vez enfrentará uma decisão já consolidada pela casa, vejamos:

“A simples apuração de omissão de receita ou de rendimentos, por si só, não autoriza a qualificação da multa de ofício, sendo necessária a comprovação do evidente intuito de fraude do sujeito passivo. (RFB, 2013).

EXAME DE CONSTITUCIONALIDADE. O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária (Súmula 1o CC nº 2, publicada no DOU, Seção 1, de 26, 27 e 28/06/2006) JUROS MORATÓRIOS. SELIC. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4, publicada no DOU, Seção 1, de 26, 27 e 28/06/2006). APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processo de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. LANÇAMENTO COM BASE EM DEPÓSITOS BANCÁRIOS. Para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1997, o art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, autoriza a presunção legal de omissão de rendimentos com base em depósitos bancários de origem não comprovada pelo sujeito passivo. ÔNUS DA PROVA. Se o ônus da prova, por presunção legal, é do contribuinte, cabe a ele a prova da origem dos recursos utilizados para acobertar seus depósitos bancários. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. CONTAS CONJUNTAS. INTIMAÇÃO. Nos casos de contas bancárias em conjunto é indispensável a regular e prévia intimação de todos os titulares para comprovar a origem dos recursos depositados e a infração de omissão de rendimentos deverá, necessariamente, ser imputada, em proporções iguais, entre os titulares, salvo quando estes apresentarem declaração em conjunto. MULTA QUALIFICADA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS. A apuração de depósitos bancários em contas de titularidade do contribuinte cuja origem não foi justificada, independentemente da apresentação da Declaração de Ajuste Anual e do montante movimentado, por si só, não caracteriza evidente intuito de fraude, que justifique a imposição da multa qualificada. Preliminares rejeitadas. Recurso Voluntário n. do Acórdão 102-49298 Relatora: Núbia Matos Moura, em 08/10/2008. (RFB, 2013).

Outra súmula importante diz respeito à retroatividade quanto ao uso das informações da CPMF para constituição do crédito tributário, dando mais uma ao órgão administrativo o poder de negar a pretensão do sujeito passivo, nas vias recursais administrativa, vejamos a presente súmula:

Súmula CARF nº 35: “O artigo n. 11, § 3º, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, que autoriza o uso de informações da CPMF para a constituição do crédito tributário de outros tributos, aplica-se retroativamente”.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Exercício: 2000 Ementa: AUTUAÇÃO COM BASE EM DADOS DA CPMF. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 10.174, DE 2001. É legítimo o lançamento em que se aplica retroativamente a Lei nº. 10.174, de 2001, que estabelece novos critérios de apuração e processos de fiscalização que ampliam os poderes de investigação das autoridades administrativas (precedentes do STJ e da Câmara Superior de Recursos Fiscais). SIGILO BANCÁRIO. REMESSA DE INFORMAÇÕES PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.

PROCEDIMENTOS PRESCRITOS NA LEGISLAÇÃO. Não constitui quebra do sigilo bancário a remessa pelas instituições financeiras à Administração Tributária de informações do contribuinte, segundo procedimentos estabelecidos na legislação de regência. Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - IRPF Exercício: 2000 Ementa: IRPF - DEPÓSITOS BANCÁRIOS - OMISSÃO DE RENDIMENTOS - Presume-se a omissão de rendimentos sempre que o titular de conta bancária, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos creditados em suas contas de depósito ou de investimento, devendo ser excluídos da base de cálculo os valores devidamente comprovados pelo contribuinte. (art. 42 da Lei nº. 9.430, de 1996). Recurso voluntário provido parcialmente. Recurso Voluntário - CARF n. do Acórdão 106-17050, Relatora Ana Maria Ribeiro dos Reis, em 10/09/2009. (RFB, 2013).

#### **1.6.4 Câmara Superior de Recursos Fiscais**

O sujeito passivo ainda nas vias administrativas poderá interpor em situações especiais uma última tentativa recursal interpondo junto à Câmara Superior de Recursos Fiscais, regulada pela portaria n. 147 de 25/06/2007, que no artigo 1º, traz a natureza e finalidade:

Art. 1º A Câmara Superior de Recursos Fiscais, órgão colegiado julgante, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, tem por finalidade julgar recurso especial e voluntário contra decisão de Câmara de Conselho de Contribuintes e recurso extraordinário contra decisão de Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Parágrafo único. No exercício de sua competência, os membros da Câmara Superior de Recursos Fiscais deverão observar os tratados, acordos internacionais, leis e decretos.

A estrutura organizacional é composta conforme dispõe o artigo 2º, vejamos:

Art. 2º A Câmara Superior de Recursos Fiscais tem a seguinte estrutura:

I - Pleno;

II - quatro Turmas; e

III – secretaria geral.

Parágrafo único. Cada Turma será integrada por uma secretaria de Turma.

E, no artigo 7º foi atribuída a competência desta corte máxima em julgar recursos administrativos no âmbito tributário em todo território brasileiro.

Art. 7º Compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso especial interposto contra:

I - decisão não-unânime de Câmara, quando for contrária à lei ou à evidência da prova; e

II - decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais.

§ 1º No caso do inciso I, o recurso é privativo do Procurador da Fazenda Nacional; no caso do inciso II, sua interposição é facultada também ao sujeito passivo.



§ 2º Para efeito da aplicação do inciso II, entende-se como outra Câmara as que integram a atual estrutura dos Conselhos de Contribuintes ou as que vierem a integrá-la.

§ 3º Não cabe recurso especial de decisão de qualquer das Câmaras que aplique súmula de jurisprudência dos Conselhos de Contribuintes ou da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ou que na apreciação de matéria preliminar decida pela anulação da decisão de primeira instância.

§ 4º É cabível a interposição de recurso especial contra decisão que negar provimento a recurso de ofício.

§ 5º O recurso especial interposto pelo sujeito passivo somente terá seguimento quanto à matéria pré-questionada, cabendo sua demonstração, com precisa indicação das peças processuais.

Art. 8º Compete também à Câmara Superior de Recursos Fiscais, por suas Turmas, julgar recurso voluntário de decisão de Câmara que prover recurso de ofício.

Art. 9º Compete ao Pleno julgar recurso extraordinário de decisão de Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Turma ou o Pleno da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

Como podemos ver na esfera administrativa, mesmo gozando da possibilidade de recursos e mais recursos, fica evidente a parcialidade em favor da administração tributária, mesmo ao observar o regulamento que rege as casa, ou mesmo ao confrontar as Súmulas, algumas inclusive com efeito vinculantes.

Existe uma disparidade, uma total inobservância aos princípios constitucionais que formam a base no nosso ordenamento jurídico.

Finalmente, com o término da discussão nas vias administrativas, chega a hora do fisco fazer o lançamento do crédito tributário caso o sujeito passivo seja vencido, o que na maior parte das vezes acontece.

O lançamento do crédito tributário faz com que o sujeito passivo, passa a ser devedor de uma obrigação pecuniária junto a Receita Federal, oriunda da apuração fiscalizatória, agora já não se discute mais o mérito.

Se inconformado o sujeito passivo não aceitar em pagar o valor do imposto devido, que surgiu com o lançamento do crédito tributário, o débito será lançado no CADIN (Cadastro Informativo de Créditos não quitados do setor público federal), é um banco de dados que contém os nomes de pessoas físicas e jurídicas com obrigações pecuniárias vencidas e não pagas para com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta.

Além disso a Receita Federal irá encaminhar caso seja comprovado nos procedimentos administrativo que houve fraude ao Sistema Tributário Nacional o processo administrativo ao Ministério Público, para que o mesmo possa fazer a denúncia do crime imputado ao sujeito passivo, não só o processo como também as provas obtidas por meio da quebra direta do sigilo bancário.

Por outro lado, será encaminhado a Procuradoria Geral da União todo o processo administrativo para que seja cobrado na justiça comum os valores apurado na fase administrativa.

### **1.6.5 Renúncia à Instância Administrativa**

A propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda Nacional, de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou posteriormente a autuação, com o mesmo objeto, acarreta a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto (Ato Declaratório Normativo 03, de 14 de fevereiro de 1996), segue legislação pertinente ao assunto:

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.88, art. 5º., inciso LV;
- Princípio do Contraditório e Ampla Defesa Lei no.5.172, de 25.10.66;
- Código Tributário Nacional, art. 145, art. 151, inciso III Decreto n.º 70.235/1972, de 06.03.72, dispõe sobre o processo administrativo fiscal federal e dá outras providências.
- Lei n.º 8.748, de 09/12/1993 - altera a legislação reguladora do processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União e dá outras providências;
- Lei n.º 9.784, de 29/01/1999 - regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.
- Portaria SRF n.º 3.608, de 06/07/1994 - dispõe sobre as Delegacias da Receita Federal de Julgamento.
- Portaria SRF n.º 4.980, de 04/10/1994 - dispõe sobre os processos administrativos referentes a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal.
- Portaria MF nº 259, de 24 de agosto de 2001, Anexo V - estabelece a jurisdição fiscal das Unidades Administrativas da Secretaria da Receita Federal.
- Portaria MF no. 416, de 21.11.2000 - Altera a competência para julgamento das Delegacias da receita Federal de Julgamento.
- Ato Declaratório Normativo nº 15, de 12.07.96 - Processo Administrativo Fiscal, Impugnação intempestiva não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem é objeto de decisão.
- Ato Declaratório Normativo nº 03, de 14.02.96 - Renúncia à Instância Administrativa. (RFB, 2013).

## 1.7 Requisição de Movimentação Financeira - RMF

É o instrumento necessário e suficiente para obtenção de informações relativas a terceiros, constante de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósito e de aplicações financeiras.

É expedida quando exista procedimento de fiscalização em curso, instaurado mediante outorga de Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), ou tenha sido constatada hipótese de indispensabilidade, prevista no artigo 3º do Decreto nº 3.724, de 2001.

Pode ser expedida também quando tenha havido intimação para apresentar as informações sobre sua movimentação financeira.

Pode ser dirigida 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.

Pode ser expedido pelo: I - Coordenador-Geral do Sistema de Fiscalização; II - Coordenador-Geral do Sistema Aduaneiro; III - Superintendentes da Receita Federal; IV - Delegados da Receita Federal; V - Inspetores de Alfândegas e de Inspetorias da Receita Federal de Classe Especial e de Classe A. Obs: A RMF será expedida pela autoridade outorgante do MPF-F a ela vinculado.

As informações que constam na RMF são:

- I - a identificação: a) da RMF, composta de dezessete dígitos, especificando o código da unidade administrativa, o ano de expedição, o seqüencial da RMF no ano e o dígito verificador; b) da instituição financeira, ou equiparada, destinatária da RMF; c) do sujeito passivo submetido ao procedimento de fiscalização; d) do MPF-F a que se vincular e da respectiva data de expedição;
- II - as informações requisitadas e o período a que se refere a requisição;
- III - nome, matrícula e assinatura da autoridade que a expediu;
- IV - nome, matrícula e endereço funcional do AFRF responsável pela execução do MPF-F;
- V - forma de apresentação, prazo e local de entrega;
- VI - código de acesso à Internet, composto de oito dígitos, que permitirá à instituição requisitada confirmar a procedência da RMF, por intermédio da página da Secretaria da Receita Federal (RFB, 2013).

O prazo máximo para atendimento da intimação da RMF será de vinte dias, admitida prorrogação em virtude de justificção fundamentada, a critério da autoridade que expediu a intimação ou a requisição.

## **2 O SIGILO BANCÁRIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

O Sigilo Bancário tem seu marco inicial na Lei n. 556, de 25 de junho de 1850, o Código Comercial trouxe a proibição expressa da revelação pelos banqueiros de dados de seus clientes a qualquer autoridade e sob qualquer fundamento por mais justo que seja:

Art. 17 Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligencia para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício.

Art. 18 A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comercio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em questões de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra.

Oliveira, citado por Brasil (2008, p.20) faz oportuna observação dos artigos transcritos afirmando que:

Embora o Código Comercial previsse casos em que o comerciante ficaria obrigado a apresentar os livros judicialmente (arts. 19 e 20), os dispositivos acima nos conduzem ao entendimento de que somente em casos excepcionais os contribuintes teriam a obrigatoriedade de exhibir seus livros a outrem.

Naquela época, o direito ao sigilo bancário era inquestionável. A legislação não possuía dupla interpretação que possibilitasse a violação deste por parte da autoridade administrativa.

### **2.1 O Sigilo Bancário Sobre os Aspectos da Lei N. 4.595/64**

No século seguinte, em 1964, entrou em vigor a Lei n. 4.595, que alterando a legislação anterior pelos artigos 1º, § 5º e 38, abrandou a proibição de revelação dos dados bancários pelas instituições financeiras à administração tributária. (PINTO, 2003).

Com a entrada em vigor da Lei n. 4.595 de 31 de dezembro de 1964, conhecida como a Lei do Sistema Financeiro Nacional, abrandou a severidade do sigilo bancário adotada pelo Código Comercial permitindo que a administração tributária tivesse acesso às informações

bancárias desde que dois requisitos fossem respeitados. Deveria, portando, haver processo instaurado e os documentos serem indispensáveis segundo a autoridade:

**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 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.

§ 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 senão 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.

(Revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001)

Apesar da aparente clareza do texto, algumas divergências surgiram. A concessão prevista para os agentes fiscais é condicionada à existência de processo instaurado e ao caráter de indispensabilidade das informações. Grande parte da doutrina e da jurisprudência interpretou a expressão “processo” restritivamente à seara judicial, o que excluiria a possibilidade de acesso aos dados com base em processos administrativos, Mosquera (1998, p. 86 *apud* CHINEN, 2005, p. 66).

Entende que, caso vingasse a interpretação restritiva, os §§ 5º e 6º seriam inócuos e redundantes, pois, se o fisco só pudesse quebrar o sigilo do contribuinte através do Poder Judiciário, para o qual não há sigilo, não haveria razão para a existência daqueles parágrafos.

Outros autores acompanham esse entendimento, Saraiva Filho (1995, p. 98-95 *apud* CHINEN, 2005, p. 66), recorda que,

Em vários casos, o legislador se reportou ao “processo administrativo” usando somente a palavra “processo”, como é o caso dos artigos 201 e 210 do Código Tributário Nacional (CTN), ou do art. 5º, LVI da Constituição Federal, que dispõe que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

Maia (1999, p. 24-31 *apud* CHINEN, 1995, p. 66) também busca exemplos na Magna Carta, citando o artigo 5º, LV, que reconhece “o caráter e a condição processual também na área administrativa, pois assegura aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer no âmbito do processo judicial quer no âmbito do processo administrativo”

A Lei n. 4.595/1964 em seu artigo n. 38, § 5º mencionava que os agentes fiscais e tributários poderiam proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competentes.

Nesse sentido Cardoso (2002, p.21)

A quebra de sigilo pressupõe a existência obrigatória de processo instaurado, não mero procedimento e a necessidade do exame das contas. Há outros direitos cuja preservação exige essa providencia. Aí se estabelece a exceção à regra. Mas essa exceção não é ampla e indispensável e sua aplicação depende da submissão ao rito imposto por lei.

Neste caso, se não há a manifestação de um fato jurídico preciso e apurado que autorize a investigação, mas fatos meramente duvidoso, denunciados anonimamente, o levantamento do sigilo constitui grave violação ao direito de privacidade do investigado, constituindo abuso de direito. (CARDOSO, 2002).

Essa Lei permitiu o acesso às informações bancárias desde que houvesse processo instaurado e que os documentos se fizessem necessários segundo a autoridade. Esta alteração criou dúvidas quanto ao processo necessário e à autoridade competente em razão de não haver especificação, se administrativa ou judicial. (PINTO, 2003).

Implica dizer que o sigilo bancário pela Lei n. 4.595/1964, mesmo que em seu artigo n. 38 no § 5º não especificava qual o tipo de processo deveria estar instaurado, se judicial ou administrativo, além de ter dado um caráter subjetivo quanto à importância ou não do documento, gerando discussões doutrinárias sobre a possibilidade de a administração tributária poder obter informações bancárias dos contribuintes. (BRASIL, 2008).

Neste caso o sigilo não pode ser quebrado com base em procedimentos administrativos fiscal, somente pelo Poder Judiciário e CPI, oriunda do Legislativo, porque caso contrário

representaria indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela CF/88.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no entanto não se calou quanto ao assunto e, decisivamente, entendeu, em inúmeras decisões proferidas, que as expressões “processo” e “autoridade”, constantes do artigo n. 38 da Lei n. 4.595 de 1964, referiam-se ao judiciário e não ao administrativo-fiscal, ressaltando ainda que não demonstrada a autoria de delito penal as informações solicitadas acerca dos dados bancários não poderiam ser fornecidas. (PINTO, 2006).

Constitucional. Penal. Processual Penal. Sigilo Bancário: Quebra. Lei n. 4.595/64, art. 38 – /Inexistentes os elementos de prova mínima de autoria de delito em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra do sigilo bancário (Lei n. 4.595, de 1964, art. 38). Voto do Ministro Carlos Velloso – Repito, entretanto, que estou de acordo em que a Lei n. 4.595 foi recepcionada pela Constituição de 1988. Estou plenamente de acordo no sentido de que tem vigência o art. 38, § 1º da Lei n. 4.595/64, que autoriza o Poder Judiciário a requisitar informações que implicam quebra do sigilo bancário. Voto do Ministro Carlos Velloso – Agora, aí é que reside a minha divergência com o Sr. Ministro Marco Aurélio: é que sustento que o segredo somente pode ser afastado diante, por exemplo, de um procedimento criminal ou de um inquérito policial formalmente instaurado, em que haja indiciamento do acusado, com a indicação do delito praticado, com, pelo menos, um início de prova relativamente à autoria e à materialidade. (PINTO, 2006, p. 154).

Dentre outros, os julgados acima foram essenciais para que o Professor Coelho (1999, p. 763-764 *apud* PINTO, 2006, p. 155), extraísse com sabedoria algumas conclusões, sendo as mais relevantes:

[...]  
 - o sigilo decorre do direito à privacidade inerente à personalidade das pessoas, consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, X, e protege tanto interesses privados como finalidades de ordem pública, a saber, o sistema de crédito (v. voto Ministro Carlos Velloso); [...]  
 - o Poder Judiciário pode requisitar, relativamente a pessoas e instituições, informações que implicam quebra do sigilo (Lei n. 4.595/64, art. 38, § 1º); entretanto, mesmo havendo inquérito policial instaurado, deverá proceder com a cautela, a prudência e a moderação inerentes à magistratura (v. voto do Ministro Carlos Velloso);  
 - não é bastante para a quebra do sigilo o mero status suspicions, sem outros dados mais consistentes ( v. voto do Min. Celso de Mello).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal bem como no Superior Tribunal de Justiça eram categórica no sentido que o “processo” bem como a “autoridade” constante do artigo n. 38 da Lei n. 5.595, de 1964, referiam-se ao judiciário.

Vejamos um julgado sobre a égide da Lei n. 4.595/1964:

**SIGILO BANCÁRIO - LEI Nº 8.021/90 – OUTORGA AO FISCO O DIREITO DE PEDIR INFORMAÇÕES SIGILOSAS – OFENSA AO ARTIGO 38 DO CTN, NORMA DE HIERARQUIA SUPERIOR**

O tema do "Sigilo Bancário" vem sendo questionado com assiduidade, nos Pretórios, inclusive no STF, o qual, após acirrada discussão, findou por outorgar ao Ministério Público o direito de pedir a quebra do mesmo, quando o indiciado ou réu estiver sendo acusado de apropriação de bens públicos. A CF de 88 garante aos cidadãos o sigilo bancário, exigida das instituições bancárias a observância do direito de outrem. A consequência material é que o cidadão, ameaçado de ter devassada a sua vida financeira, pode valer-se do Judiciário a fim de fazer cumprir a Carta Política, podendo também as entidades bancárias recorrerem à Justiça, para poder cumprir o seu dever funcional. (TRF - 1ª Região - 4ª T.; Ap. em MS nº 92.01.20115-0-RO; Rel. Juíza Eliana Calmon; j. 18.12.1995; v.u.; ementa). BAASP, 1979/95-e, de 27.11.1996; RT, 730/356, agosto, 1996.

Que, ao fundamentar o seu conciso voto fundamentou com base nos seguintes artigos abaixo assinalado:

A Lei n. 4.595/64 assegurou, no art. 38, o sigilo bancário: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Posteriormente, a Lei n. 8.021/90 veio a dispor:

“Art. 8º - Iniciado o procedimento fiscal a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extrato de contas bancária, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38, da Lei n. 4.595, de 31/12/1964”.

Ao assim determinar, impôs o diploma legal apontando a sanção pecuniária em caso de descumprimento (art. 8º, parágrafo único).

Ora, verifica-se, de plano, a incongruência legislativa, eis que não pode ser afastada a incidência de uma lei complementar por uma norma de hierarquia inferior.

*Mutatis mutandis*, o mesmo se aplica os contribuintes, ou seja, não se pode deles exigir apresentação de movimento bancário embora o não atendimento à solicitação fiscal, importe em prejuízo para a sua defesa.

Em conclusão, dou provimento ao apelo para reformar a sentença, concedendo a segurança. (CARDOSO, 2002, p.30).

A Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1996, Código Tributário Nacional, porém ao dispor sobre a possibilidade da entrega de documentos do sujeito passivo, resguardou que fossem atendidas as condições disposta pela lei que disciplinasse o dever de sigilo profissional, que na época era a Lei n. 4.595/64.

A Lei n. 8.021/90 que no julgado acima foi vencida, surgiu com a finalidade de confrontar o artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64, necessário é colacionar seu artigo 8º para melhor compreensão.

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.



Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo Máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

Nesse sentido:

SIGILO BANCARIO – QUEBRA – DECISÃO QUE CABE AO PODER JUDICIÁRIO. O sigilo bancário não é absoluto. Correto. Pode ser quebrado. Os infratores fiscais não podem ser acobertados. Todavia, o contribuinte não pode ficar a mercê do Fisco. É o Poder Judiciário que deve decidir se é caso ou não de quebra de sigilo. Constitui isto uma garantia constitucional para evitar, como ocorria comumente, e não há muito tempo, que o governo, mediante agentes fiscais, persiga aqueles que lhe fazem oposição. Daí dispor o § 5º do art. 38 da Lei n. 4.595, de 1964. (AP. em MS 95.01.08582-1-DF – 3ª T – j. 27/11/1995 – Rel. Juiz Tourinho Neto). (CARDOSO, 2002, p. 33).

O sigilo podia então ser quebrado mediante requisição do Poder Judiciário com o fim de apurar infração de ordem pública.

Com efeito, a autoridade tributária não tem poderes para requisitar diretamente as informações sigilosas dos contribuintes, sem antes passar pelo crivo do Poder Judiciário.

Implica dizer que o sigilo não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo fiscal, somente pelo Poder Judiciário. (CARDOSO, 2002).

O princípio da legalidade, vetor constitucionalmente estabelecido para a administração pública, condiciona a eficácia da atividade dos que a movimentam a um escrupuloso respeito à lei, exatamente porque na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. (CARDOSO, 2002).

Assim, sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o interprete procurar as recíprocas implicações existentes ente elas até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unicidade constitucional, a Carta da Nação não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. (CARDOSO, 2002).

A criação de novas hipóteses de quebra de sigilo, não previsto na Lei n. 4.595/64, ou a forma de acesso a informações sigilosas, só podem ser fruto de lei complementar, não de lei ordinária.

## 2.2 O Sigilo Bancário na Lei N. 5.172/66 – CTN

A Lei n. 5.172, de 25.10.1966, passou a denominar-se Código Tributário Nacional através do Ato Complementar n. 36, de 03.06.1967. Conforme leciona Carvalho (2004, p. 59-60 *apud* CHINEN, 2005, p. 68)

A referida lei foi aprovada como lei ordinária federal, já que naquela época a lei complementar não apresentava o seu atual caráter ontológico formal, isso é, matéria especialmente prevista na Constituição e a exigência de maioria absoluta para aprovação; entretanto, essa lei adquiriu eficácia de lei complementar, quanto aos dispositivos que disciplinam matérias reservadas a essa modalidade de lei, e é, até hoje, após a Constituição Federal, o principal instrumento legislativo do direito tributário brasileiro.(CARVALHO, 2004, p. 59-60 *apud* CHINEN, 2005, p. 68)

O Código Tributário Nacional abriu nova discussão em virtude do disposto nos artigos n. 197 e 198:

Artigo 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

[...]

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante seja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Artigo 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

“A interpretação literal desses artigos admite que a administração tributária solicite informações sobre bens, negócios ou atividades dos contribuintes às instituições financeiras, desde que atendidas as condições da lei”. (PINTO, 2006, p. 156).

“A Ciência do direito, não obstante, trouxe novas interpretações, considerando todo o ordenamento do sistema de direito positivo, de forma a reservar ao Poder Judiciário a prerrogativa para autorizar a requisição de informações sobre quaisquer dados bancários”. (PINTO, 2006, p. 156).

Para autores como Tagliaferro (2001, p. 67-75 *apud* CHINEN, 2005, p. 69):

A polêmica em torno da possibilidade ou não, da quebra do sigilo pela administração fazendária restou definitivamente superada com a entrada em vigor do CTN, já que os artigos 195 e 197 asseguravam requisitar-lhe documentos dos contribuintes fiscalizados, desde que atendidas as condições impostas pela Lei 4.595/64.

Essa questão, entretanto, não parece ser tão simples assim. O parágrafo único do artigo n. 197 prevê exceção à regra do dever de prestação de informações, nos casos em que o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão. Para os adeptos da teoria do sigilo profissional, os banqueiros encontram-se legalmente obrigados a guardar segredo por razões profissionais, o que torna inconciliáveis as disposições contidas no artigo n. 197, II com seu parágrafo único. (CHINEN, 2005).

Na direção oposta, Aliomar Baleeiro (1992, p. 993 apud CHINEN, 2005, p. 69), argumenta que:

Não se conceberia que o advogado e o padre, p. ex., fossem compelidos a devassar confidências recebidas em função de sua atividade, quando outras leis os garantem em função dessa atividade, contra delações a que os obrigarem, e até os punem se as fizerem (CP, art. 154). Não é, porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas do sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis.

Esse conflito de normas foi afastado, na jurisprudência, de modo manso e pacífico, mediante esforço hermenêutico em que se buscou a conciliação dos dispositivos aparentemente contraditórios; pela aplicação do princípio segundo o qual, havendo várias interpretações possíveis da lei, prevalece a compatível com a Constituição, os tribunais concluíram que as informações só serão fornecidas ocorrendo as hipóteses previstas no artigo n. 38 da Lei 4.595/64 (WALD, 1994 *apud* CHINEN, 2005)

Tornou-se, assim, pacífico o entendimento no sentido da impossibilidade da quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal e francamente majoritário no sentido de que também o Ministério Público estava impedido de fazê-lo sem autorização judicial; em suma, o levantamento do sigilo cabia somente ao Poder Judiciário e às Comissões Parlamentares de Inquérito (BALTAZAR JUNIOR, 2001, *apud* CHINEN, 2005)

Esta discussão ganhou força com a promulgação da Constituição Federal em 1988, que dispôs em seu artigo n. 145, § 1º, que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoa e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando 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”. (PINTO, 2006).

A administração tributária passou então a interpretar o disposto nos artigos 197 e 198, com base no § 1º do artigo n. 145 da Carta Constitucional, fortalecendo o poder fiscalizatório, e conseqüentemente, possibilitando a eventual quebra do sigilo de dados bancários de um contribuinte para a identificação de seus rendimentos. (PINTO, 2006).

Apesar do entendimento do Fisco, o antigo Tribunal Federal de Recursos, atual Superior Tribunal de Justiça, para acabar com as interpretações a favor da quebra do sigilo bancário por iniciativa da autoridade administrativa e barrar a sagacidade fiscalizatória da administração tributária, formulou a Súmula n. 182, reduzindo a força do artigo n. 197, II, do CTN, ao dispor ser ilegítimo o lançamento do imposto de renda arbitrado com base apenas em extratos ou depósitos bancários”. (PINTO, 2006).

Visando afastar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que as expressões “processo” e “autoridade”, constantes do § 5º do artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64, referiam-se ao processo e autoridade judicial e não administrativas, foi editada em 1990 a Lei n. 8.021 que revogou expressamente o artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64, fixando a necessidade de processo fiscal em curso e juízo de autoridade administrativa para a solicitação dos documentos bancários.

### **2.3 O Sigilo Bancário na Lei N. 8.021/90 – Artigo 8º**

Essa Lei, a 8.021, de 12.04.1990, deriva da Medida Provisória n. 165, de 15.03.1990, dispondo sobre a identificação dos contribuintes para fins tributários. O objetivo do legislador era afastar a jurisprudência firmada pelo STJ de que as expressões processo e autoridade, constantes do artigo n. 38, § 5º da Lei n. 4.595/64, referiam-se ao judicial e não ao administrativo-fiscal, posto que o sigilo bancário encontraria fundamento no artigo 5º, X da Constituição Federal, só podendo ser levantado mediante decisão judicial. Conforme visto no item anterior, essa exegese tornava inócua o disposto nos artigos n. 195 e 197 do CTN. (CHINEN, 2005)

A seguir é transcrito o teor do artigo 8º da lei ora analisada:

**Art. 8º.** Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei 4.595, de 31.12.1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.

A publicação dessa lei introduziu novo questionamento, dessa vez de ordem formal. Ao derrogar o artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64, substituindo as exigências de existência de processo instaurado e indispensabilidade das informações bancárias pelo início do procedimento fiscal, conferindo, dessa forma, competência para a autoridade fiscal buscar os dados financeiros diretamente nos bancos, o legislador incorreu em vício formal. (CHINEN, 2005). Wald (1998, p. 27-28 *apud* CHINEN, 2005, p. 72) “aduz que não pode a primeira regra derrogar a segunda, pois é lei ordinária, de hierarquia inferior à lei complementar”.

Abrão (1998, p. 14-15 *apud* CHINEN, 2005, p. 72) autor que também dedica-se ao estudo do direito bancário, pensa de forma similar, afirmando que “não se pode perder de vista que a legislação bancária tem conotação de natureza complementar e nesse diapasão desmerece ataques direto ou indireto por norma inferior”.

Além do inadequado veículo normativo, Tagliaferro (2001, p. 68 *apud* CHINEN, 2005, p. 72), faz outra importante observação ao apontar um segundo questionamento, situado no parágrafo único do artigo 8º, vejamos:

No artigo 8º, que previa a expedição e a obediência de normas regulamentares a cargo do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, as quais não sobrevieram, dando ensejo, assim, a nova dúvida quanto à eficácia e aplicabilidade da norma legal.

Em contrapartida, vieram novas decisões do Superior Tribunal de Justiça, em 1994, negando o livre acesso da autoridade administrativa fiscal às informações e registros entregues à guarda bancária interpretando a expressão contida na Lei n. 4.959.64 como processo judicial e negando valia ao artigo 8º da Lei n. 8.021/90. (PINTO, 2006)

Neste sentido, novamente merece destaque a doutrina do Professor Coelho (1999, p. 765 *apud* PINTO, 2006, p. 157) ao concluir que

Se, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, o Poder Judiciário, expressamente autorizado pela Lei n. 4.595/64 a requisitar informações as instituições financeiras,

está limitando e condicionando, em suas decisões, à observância de certos requisitos mínimos, acautelatórios e moderadores, assecratórios da garantia constitucional do sigilo bancário, expressão do direito à privacidade, os demais Poderes, quer se trate do Legislativo, quer do Ministério Público em investigação penal ou da Administração Fazendária no lançamento e fiscalização dos tributos, não gozam e nem poderiam gozar de livre acesso, incontestável às informações bancárias. A possibilidade de oposição e resistência do contribuinte – essência e núcleo do direito à privacidade – seria nulificada se não fosse ouvido em juízo, ou se não pudesse opor à pretensão fazendária, ou a eventuais abusos em inquéritos penal, defesa oportuna.

A partir de então surgiram vários questionamentos acerca da constitucionalidade da Lei n. 8.021/90, inclusive no tocante à necessidade de Lei Complementar para disciplinar o Sistema Financeiro Nacional, razão pela qual em 10 de Janeiro de 2001 foi publicada, no Diário Oficial da União, a Lei Complementar n. 105, que abordou a questão do sigilo das operações de instituições financeiras.

## **2.4 O Sigilo Bancário e a Lei Complementar n. 105/2001**

Essa recente Lei, a 105/01, tem origem nos Projetos de Lei Complementar n. 219 e 007, de autoria, respectivamente, dos senadores Lúcio Alcântara e José Eduardo Dutra, os quais propunham ampla revisão da disciplina do sigilo bancário, tendo em vista a defasagem do artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64. (CHINEM, 2005)

Posteriormente, pelo Projeto de Lei Complementar n. 53/97, de autoria do senador Antônio Carlos Magalhães, propunha-se nova redação para o artigo n. 38 da Lei n. 4.594/64 e para o artigo n. 18 da Lei n. 7.492/86. Em 03.02.1998, o projeto foi aprovado no Senado Federal, apresentando-se, basicamente, com os contornos da lei atual e foi remetido à Câmara, onde tomou o n. 220/98. Após amplos debates, especialmente sobre a questão da quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, por parte das autoridades fazendárias e do Ministério Público, o projeto foi aprovado na Câmara em 13.12.2000, tendo sido publicada em 10.01.2001. (CHINEM, 2005).

Transcreve-se a seguir os dispositivos pertinentes ao tema estudado: o artigo 1º, que estabelece o dever de sigilo para as instituições financeiras, os artigos 5º e 6º, que autorizam o acesso às informações financeiras diretamente pela Administração Fazendária, os artigos n. 10 e 11, que dispõem sobre as penalidades cominadas àqueles que violem o sigilo bancário, e o artigo n. 13, que revoga expressamente o artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64.

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

§ 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.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

- I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
- II – o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
- III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei 9.311, de 24.10.1996;
- IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;
- V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;
- VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar. [...]

**Art. 5º.** O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII – operações com cartão de crédito;
- XIV – operações de arrendamento mercantil; e

XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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.

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.

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.

Art. 13. Revoga-se o art. 38 da Lei 4.595, de 31.12.1964.

O caput do artigo 1º introduz a regra geral do sigilo bancário, endereçada às instituições financeiras, com a mesma redação do revogado artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64. O § 3º, por outro lado, disciplina de modo mais abrangente as hipóteses legais de exceção ao sigilo, acrescentando àquelas previstas na lei anterior, diversas outras, enumeradas nos incs. I a VI. (CHINEN, 2005)

Essas exceções não devem ser entendidas como taxativas, conforme sustenta Hagstrom (HAGSTROM, 2001 *apud* CHINEN, 2005, p. 78)

Pois subsistem os casos de afastamento do sigilo, que a doutrina denomina “limites naturais” do instituto, ou seja, hipóteses decorrentes da vontade do titular do segredo ou da natureza das operações bancárias ou, ainda, das regras do Direito Civil. Incluem-se nessas situações o consentimento do cliente; a prestação de informações a procuradores, representantes do cliente, a herdeiros ou sucessores, a pessoas autorizadas pelo titular do segredo, a terceiros prestadores de garantia ao



cliente devedor do banco e aos titulares de contas conjugadas; a revelação de informações no interesse do banco; a prestação de informações sobre emitentes de cheques sem fundos.

Cuidou também o legislador de enumerar amplamente as diversas formas de pessoa jurídica que se enquadram na denominação instituição financeira, prevendo inclusive um inciso genérico que pode abranger outras figuras, a critério do Conselho Monetário Nacional. (CHINEM, 2005).

Os artigos 5º e 6º disciplinam a polêmica autorização, concedida às autoridades fiscais, do acesso aos dados financeiros, sem necessidade de intervenção judicial. Esses dados serão de conhecimento do fisco mediante remessa de informações periódicas à administração tributária federal (artigo 5º) e através de requisição das autoridades fiscais em nível federal, estadual e municipal (artigo 6º). (CHINEM, 2005)

Essa dupla via de veiculação de informações é posta à disposição do fisco, de forma semelhante à existente na estrutura administrativa fiscal francesa que, conforme visto anteriormente utiliza-se de instrumentos de combate à sonegação fiscal, entre eles a obrigação de comunicação espontânea ao fisco e o direito de informação do fisco; pelo primeiro, as instituições de crédito se obrigam a declarar à administração de impostos uma série de dados relativos às operações financeiras; o segundo concede aos agentes fiscais a faculdade de exigir das instituições financeiras a produção de documentos, em que se buscam omissões e fraudes fiscais. (CHINEM, 2005)

Os informes periódicos, que as instituições financeiras deverão remeter à Secretaria da Receita Federal, restringem-se à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem dos recursos financeiros e a natureza dos gastos realizados. Verifica-se que, por essa disposição legal, nenhum dado que envolva o direito à privacidade ou à intimidade das pessoas é repassado ao fisco, tendo em vista que os informes limitam-se à identificação de pessoas e aos montantes mensais de suas operações bancárias.

Esses registros viabilizam, para a Administração Tributária Federal, a verificação do correto cumprimento de obrigações tributárias dos contribuintes, mediante confronto com os rendimentos que eles declararam à Receita Federal, fazendo parte daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior denomina “fiscalização continuada” dentro do exercício do dever de vigilância das autoridades fiscais. (CHINEM, 2005)

Já os dados mencionados no artigo 6º são aplicáveis no curso de uma ação fiscal em andamento, referente a um determinado contribuinte já identificado. Esse dispositivo corresponde ao antigo § 5º do artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64, o qual suscitou, como já foi analisado, embates doutrinário se jurisprudenciais acerca da expressão “processo instaurado”.

Na nova lei, o legislador estabeleceu de forma clara que o fornecimento das informações se condiciona, primeiramente, à “existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso”, o que inviabiliza qualquer interpretação tendente a se exigir autorização judicial.

O caráter de indispensabilidade dos exames pela autoridade administrativa, como segundo requisito, já existia na lei anterior. Outra diferença entre as duas leis é a atribuição expressa aos agentes fiscais municipais da faculdade de proceder ao exame de tais documentos bancários, competência essa restrita às esferas federal e estadual na sistemática anterior.

O artigo 6º foi disciplinado pelo Decreto n. 3.724, de 10.01.2001, que traz em seu artigo 3º as circunstâncias consideradas indispensáveis ao exame dos documentos bancários, nos seguintes termos:

Art. 3º. Os exames referidos no caput do artigo anterior somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses:

I – subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II – obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III – prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei 9.430, de 27.12.1996;

IV – omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V – realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI – remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII – previstas no art. 33 da Lei 9.430/96;

VIII – pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta nos casos previstos no art. 81 da Lei 9.430/96.

IX – pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X – negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI – presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incs. I a VI, quando as diferenças apuradas não excedam a dez por cento dos valores de mercado ou declarados, conforme o caso.

§ 2º Considera-se indício de interposição de pessoa, para os fins do inc.XI deste artigo, quando:

I – as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inc.

II do § 3º do art. 42 da Lei 9.430/96; II – a ficha cadastral do sujeito passivo, na instituição financeira, ou equiparada, contenha:

- a) informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio; ou
- b) rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação.

A Lei Complementar n. 105/01 tem sido alvo de acirradas críticas por diversos autores que questionam sua constitucionalidade, Martins (2001, p. 32-33 *apud* CHINEN, 2005, p. 81).

Defende a idéia de que o sigilo bancário é protegido por cláusula pétrea, por constituir uma espécie do sigilo de dados e expressão do direito à intimidade e privacidade das pessoas, garantias essas incluídas no art. 5º da Constituição Federal, não sujeitas a limitações nem mesmo por emenda constitucional. Além da impossibilidade de limitação pelo Poder Legislativo, o jurista acrescenta que nem mesmo o Poder Judiciário detém legitimidade para determinar a quebra do sigilo de dados, visto que a referência à autorização judicial do art. 5º, X e XII diz respeito à comunicação telefônica e não, ao sigilo de dados.

Reale, (2003, p. 234 *apud* Chinem, p. 81) defendendo a tese da reserva de jurisdição a esse instituto, salienta que a lei em exame padece de inconstitucionalidade “ao substituir a imparcialidade do Poder Judiciário pelo interesse do agente fiscal da Receita, na sua pessoal visão de cobrador de tributos, no rompimento do sigilo bancário”.

Para Leitão (2002, p. 52-53 *apud* Chinem, 2005, p. 81) leciona que:

A recente lei afronta o princípio constitucional da legalidade dos atos administrativos, previsto no artigo 37 da Lei maior, pelo qual somente pode o legislador autorizar atos discricionários quando não puderem, com a mesma eficiência para os fins da administração, ser praticados como atos vinculados; entende o autor que os atos praticados pelos agentes fiscais, entre o momento em que recebem as informações sobre a movimentação financeira e o momento em que decidem quais pessoas serão fiscalizadas, não são atos discricionários constitucionalmente admissíveis, sendo, na verdade, atos secretos, inclassificáveis, seja como vinculados, seja como discricionários.

## 2.5 Lei n. 10.174/2001 (Lei que alterou a Lei n. 9.311 / 1996 - CPMF)

A Lei Complementar n. 105/2001 trouxe inúmeras inovações no ordenamento jurídico brasileiro. Outorgou às autoridades fiscais maior poder e abrangência na fiscalização do Imposto sobre a Renda das Pessoas físicas e jurídicas, pelo cruzamento de dados da declaração de imposto de renda, DIR, com os valores recolhidos a título de CPMF, permitiu a esta autoridade a violação aos direitos e garantias individuais do cidadão, dispostos no artigo 5º, X e XII, da Constituição Federal, mediante instauração de procedimento administrativo, nos termos do disposto no artigo 6º desta Lei.

A alteração promovida no artigo n. 11, § 3º, da Lei n. 9.311 de 24 de outubro de 1996 (Lei que instituiu a CPMF), por meio de Lei n. 10.174/2001, possibilitou a utilização dos valores recolhidos a título de CPMF para verificar a existência de créditos tributários de outros impostos e contribuições, o que anteriormente só era concedido para verificação da própria Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira. (PINTO, 2006).

O texto original do § 3º do artigo n. 11 da Lei n. 9.311/96 dispunha sobre a utilização dos dados obtidos com a arrecadação da CPMF pela Receita Federal, permitindo a utilização destes dados para a fiscalização desta contribuição, vedando, entretanto, sua utilização para a constituição do crédito tributário dos demais tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal. (PINTO, 2006).

Assim estava preceituado:

Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação.

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministério de Estado da Fazenda.

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicada à matéria, o sigilo das informações prestadas, **vedada** sua utilização para constituição do crédito tributário relativo a outras contribuições ou impostos. (g.n.)

O legislador ordinário procedeu à alteração no texto original do artigo 11 da Lei n. 9.311/96, possibilitando a utilização dos dados obtidos por meio do recolhimento da CPMF

para a fiscalização do Imposto de Renda, e viabilizando a aplicação das normas que seriam inseridas oportunamente no ordenamento jurídico pátrio pela Lei Complementar n. 105/2001.

Verifica-se que o § 3º do artigo n. 11 da Lei supracitada foi alterado pela Lei n. 10.174/2001, e o dispositivo legal que anteriormente vedava a utilização para a constituição do crédito tributário de quaisquer outros tributos dispôs ser facultada a utilização dos dados da CPMF para a instauração de procedimento administrativo tendente a verificar a existência de créditos tributários relativos a outros impostos e contribuições.

A alteração promovida pela Lei n. 10.174/01 abriu sobremaneira o âmbito de atuação da autoridade administrativa tributária, outorgando-lhe competência não prevista no texto constitucional. (PINTO, 2006).

Lei n. 10.174/01 (que alterou o artigo n. 11, de § 3º, da Lei n. 9.311/96, que instituiu a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores de Crédito e direitos de Natureza Financeira – CPMF):

Art. 11.

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, *facultada* sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observando o disposto no art. 43 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações. (g.n.).

Esta lei foi de suma importância para a Secretaria da Receita Federal, isso porque, a partir dos valores pagos a título de CPMF (0,38% sobre as movimentações financeiras), é possível estimar o montante das entradas de valores recebidas na conta por uma pessoa física ou jurídica num determinado exercício.

Porém não é possível saber se todo o valor que foi movimentado nesta conta é passível de tributação, ou seja, seria toda essa movimentação rendimentos tributáveis.

## **2.6 Teorias Sobre o Fundamento do Sigilo Bancário**

Tratando-se de um tema controverso, não surpreende a pluralidade de teorias acerca do fundamento do sigilo bancário. As controvérsias não são fruto somente de diferenças de ponto de vista, pois são vários os fatores que alimentam as divergências doutrinárias. Em primeiro lugar, a falta de legislação disciplinando o assunto, que era a situação brasileira até

há pouco mais de trinta anos, que obriga a doutrina e a jurisprudência a se posicionarem com base nos costumes e no direito comparado, fontes essas em que a uniformidade não é a regra.

Um segundo fator reside na diversidade de interesses envolvidos, que podem ser polarizados entre o privado e o coletivo; isso faz com que o instituto possa ser estudado tanto a partir de uma óptica liberal quanto a partir de visões intervencionistas. (CHINEN, 2005).

Outro fator não menos fecundo para os desenvolvimentos teóricos refere-se à abrangência do sigilo bancário, cujos contornos ultrapassam o domínio jurídico. Essa instituição é dotada de uma inegável vocação política, pois traduz uma concepção liberal e personalista em face do Poder Público, pela qual o indivíduo exerce sua independência recusando toda forma de ingerência exterior sobre suas atividades pessoais. No plano social, as influências são evidentes, quando se percebe que a maior parte das atividades sociais é registrada nas contas bancárias, cujo segredo pode desempenhar um papel fundamental para o cliente, dependendo de seu estilo de vida. É visível também a importância que esse instituto pode ter na economia de um país, como instrumento de captação de capitais estrangeiros, que se observa, por exemplo, na Suíça. (CHINEM, 2005).

A seguir são analisadas as tradicionais teorias formuladas em torno desse tema.

**Teoria contratualista** A doutrina contratualista parte da idéia de que o sigilo decorre de uma convenção entre o banqueiro e o cliente, pactuada mediante um contrato bancário. Em geral, esses tipos de contratos não estipulam expressamente o dever de discrição do banqueiro, que seria considerado como cláusula implícita. Nesses termos, além das obrigações principais, todo contrato assim firmado conteria também uma obrigação acessória proibindo a divulgação dos dados do cliente bem como suas operações.

**Teoria consuetudinária.** Baseia-se na consideração de que a observância do segredo representou uma constante da atividade bancária, constituindo assim um costume tradicional e universalmente aceito pelos bancos de manter reserva sobre os negócios de seus clientes e, em geral, sobre suas relações com o público. Essa teoria tem aceitação na doutrina italiana, inclusive com o acolhimento por parte da Corte de Cassação daquele país. Como consequência, pelo simples fato da instauração de uma relação contratual entre o banco e um cliente, o conteúdo convencionado torna-se integrado pelo uso, no sentido de que o banco ficaria submetido a respeitar a reserva de toda informação inerente ao contrato contraído com o cliente e das operações sucessivas que se realizem na execução do contrato. (VERGARA BLACO, p. 374-375 *apud* CHINEM, 2005, p. 25).

**Teoria da responsabilidade civil.** É também conhecida como teoria delitual ou do ato ilícito, pela qual o sigilo bancário se baseia na responsabilidade civil do banco, isso é,

no dever geral de não prejudicar a outrem, sob pena de reparação pelo dano. Nessa óptica, o segredo é considerado como um interesse do sujeito, cuja revelação provoca dano, sujeitando o infrator a sanções reparatórias. (COVELHO, p. 23 *apud* CHINEM, 2005, p. 26).

Quezado; Lima (2002, p. 24 *apud* Chinem, 2005, p. 26) criticam essa doutrina “porque ela se funda em seus aspectos negativo e passageiro, quando a noção de fundamento traz a idéia de permanência e não, de transitoriedade”

Na realidade, a responsabilidade civil é uma relação derivada, que só aparece quando alguém descumpre uma outra obrigação que a antecede, funcionando, assim, como sanção e instrumento de reparação do prejuízo sofrido, mas não embasa nenhum direito, exceto o direito ao ressarcimento. (CHINEM, 2005).

**Teoria da boa-fé** Sustentam os adeptos dessa teoria que o fundamento do sigilo bancário estaria no dever de lisura e de boa-fé que os contratantes devem respeitar durante a execução dos contratos. A obrigação do banco ao segredo deve ser considerada como uma especificação e um aspecto daquela obrigação de lisura enquanto limite à autonomia individual, que os contratantes devem observar, conservando íntegra a esfera jurídica da outra parte (VERGARA BLANCO, p. 380-381 *apud* CHINEM, 2005, p. 26).

Entretanto, a boa-fé não explica o dever de sigilo por vários motivos. Inicialmente, ela não deixa de ser uma versão da teoria contratualista, incorrendo nas mesmas falhas desta; além disso, o dever de lisura somente pode ser invocado como fonte de obrigação em países como a Itália, em que há disposição legal expressa. Finalmente, essa teoria não dá o fundamento do sigilo bancário porque não aponta o fato do qual decorre a obrigação. (COVELHO, p. 144-145 *apud* CHINEM, 2005, p. 27).

**Teoria do segredo profissional** - A teoria do segredo profissional o banqueiro é incluído em um rol de profissionais que se submetem a uma regra geral de segredo profissional. A relação que se estabelece entre o banqueiro e o cliente pressupõe a confiança recíproca, que é comum a outras relações profissionais clássicas que também dependem do segredo, como a que ocorre com o médico, o advogado, o contador, dentre outros.

Para Covello (p. 144-145 *apud* Chinem, 2005, p. 27), acrescenta que:

Nos tempos modernos, o sigilo profissional é tratado como matéria de ordem pública, já que tende a proteger tanto o cidadão em sua individualidade como a própria sociedade, considerando-se a natureza pública do serviço que esses profissionais prestam, atuando como confidentes necessários.

Na doutrina pátria, não são poucos os que se alinham a essa tese. Machado (2001, p. 247-249 *apud* Chinem, 2005, p. 28) escreve que:

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

Segundo Clève; Sehn, (2001, p. 60 *apud* Chinem, 2005, p. 28).

O sigilo bancário constitui uma modalidade de segredo profissional da mais alta relevância, não só em razão de sua importância para o êxito da atividade bancária, mas, principalmente, porque garante a inviolabilidade de uma parcela significativa da intimidade e da vida privada dos correntistas, gozando, portanto, de status de direito fundamental.

**Teoria do direito à intimidade** - Por essa teoria, o cliente, enquanto titular de um direito à intimidade, tem o poder de pretender a máxima discricção em torno dos fatos que confiou ao banco, configurando-se o sigilo bancário como uma defesa do íntimo, ainda que com aspectos econômicos.

Esse direito à intimidade importa o dever de os estranhos respeitarem o âmbito nitidamente privado, abstendo-se de dar publicidade às atividades próprias e puramente pessoais do sujeito e que ele mesmo deseja que não se divulgue; é o direito de manter intacta, desconhecida e inviolada a zona íntima, familiar do homem, ou, segundo a terminologia que se prefira, um direito à personalidade, de natureza inata, individual ou um direito humano. Essa doutrina reconhece que o aspecto econômico ou patrimonial faz parte da intimidade das pessoas, tema esse bastante controvertido. (CHINEM, 2005)



### 3 A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

O Sigilo bancário há décadas é objeto de análise da ciência do direito, tendo várias interpretações, todas elas no sentido de garantir ao cidadão brasileiro de boa-fé a inviolabilidade dos seus dados.

Algumas destas teorias serão extensamente utilizadas, de forma a demonstrar a inconstitucionalidade na quebra do sigilo bancário conforme previsto pela Lei Complementar n. 105/2001.

Este direito, no caso das pessoas naturais, está resguardado pela Constituição Federal do Brasil no Título I – “Dos Princípios Fundamentais”, artigo 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária” e no Título II, Capítulo I: “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, artigo 5º, *caput* e incisos X e XII: (PINTO, 2006, p. 161)

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

X – *são invioláveis a intimidade, a vida privada*, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à 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. (g.n.)

Ao interpretar esse dispositivo, Bastos (2001, p. 111-112 apud Chinem, 2005, p. 85) afirma que o conceito de dados engloba também as informações que os bancos detêm a respeito de seus clientes, pois “trata-se de tornar indevassáveis os dados pessoais manipulados pelos bancos, inclusive utilizando-se de comunicações por via de satélites artificiais.

No mesmo sentido, outros autores, como Ives Gandra da Silva Martins, Antonio Carlos Nogueira Reis e Fernando Facury Scaff defendem a tese de que o sigilo bancário é uma espécie do gênero sigilo de dados.

Os doutrinadores acima defendem a inviolabilidade constitucional ao sigilo bancário, reconhecendo-o como uma das cláusulas pétreas constitucionais, enquadrando-se dentro dos direitos à inviolabilidade ao sigilo de dados, privacidade, intimidade e, liberdade, devendo ser

tratado como direito e garanti individual do cidadão, previsto na Carta da República. (PINTO, 2006).

Importante observação citada pelo Juiz Federal José Paulo que salienta que em uma pesquisa realizada permitiu constatar uma grande identificação sobre os contornos da intimidade e da vida privada, tanto na jurisprudência, quanto na própria doutrina, e cita que de acordo com Fregadolli: (1997 p. 196-246 *apud* Baltazar Junior, 2005, p. 23).

(...) não tem havido, em relação à privacidade, um consenso, salientado-se que certos autores a distinguem e outros a identificam com a intimidade, razão pela qual o nosso legislador constituinte preferiu tanto o direito à intimidade como o direito à vida privada, a fim de incluir todos os elementos que podem estar implícitos em cada um dos conceitos.

Ainda sobre o raciocínio do eminente Juiz “essa indeterminação tem como uma de suas causas, provavelmente, o caráter eminentemente cultural e relativo de tais conceitos”.

Assim, o que é privado em determinadas sociedades poderá ser público em outras e aquilo que hoje é preservado como privado em algum tempo poderá ser de domínio público. (BALTAZAR JUNIOR, 2005).

A Carta Constitucional de 1998 não dispõe, expressa e diretamente, sobre a inviolabilidade dos dados bancários. A vedação à quebra deste direito é decorrente dos direitos à liberdade, intimidade, vida privada e ao sigilo de dados. (PINTO, 2006).

Neste sentido Pinto (2006, p. 163) “a inviolabilidade ao sigilo bancário, ainda que relativa, não pode ser abolida, agredida nem restringida por nenhum tipo de norma legal, tampouco por emenda constitucional, conforme dispõe o artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF/88”, que veda qualquer proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais; se não, vejamos:

Artigo 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:  
[...]  
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
[...]  
IV – os direitos e garantias individuais.

Os termos “inviolável” e “indevassável” parecem, à primeira vista, conceder ao sigilo de dados um *status* de direito fundamental, um fim em si mesmo, à semelhança do direito à vida, à liberdade etc. Entretanto, Ferraz Junior (1992, p. 141-154 *apud* Chinen, 2005, p. 86) esclarece que:

O conceito de sigilo, partindo da distinção, já que se trata de um direito subjetivo, entre o objeto e o conteúdo desse direito subjetivo; o objeto seria a liberdade de negação de comunicação do pensamento e o conteúdo seria a faculdade de resistir ao devassamento, concluindo-se, então, que o sigilo não é o bem protegido nem o objeto do direito fundamental, mas diz respeito à faculdade de agir – manter o sigilo, resistir ao devassamento, como conteúdo estrutural do direito.

Assim, não é correto considerar o direito ao sigilo, como se fosse um único direito fundamental, um direito em si mesmo, pois, nessa hipótese, toma-se a faculdade, o conteúdo, pelo bem protegido, o objeto; trata-se, na verdade, de um instrumento fundamental, cuja essência é a acessoriedade, e, como tal, remete à avaliação ponderada dos fins. Conclui o autor que a inviolabilidade constitucional do sigilo, quando em confronto com outros princípios, exige do intérprete o sopesamento entre o bem protegido, o objeto, e os direitos confrontados.

Outra distinção decisiva feita pelo jurista paulista refere-se ao termo “dados”, que não pode estar dissociado do vocábulo “comunicação”, ou seja, o objeto protegido não são os dados em si, mas a sua comunicação; a inviolabilidade diz respeito à troca de informação – a comunicação – privativa, e não aos dados em si. Entender o contrário corresponderia a concluir, absurdamente, que alguém, conhecedor de dados incriminadores de outrem, obtidos por meio lícito, ficaria impedido de cumprir o seu dever de denunciá-lo. (CHINEN, 2005)

A autoridade administrativa, ao interpretar a Lei Complementar n. 105/2001 como se esta permitisse a violação do sigilo bancário pela autoridade administrativa fiscal, está automaticamente e infalivelmente, admitindo a violação de dados de dados.

Para Pinto (2006, p. 166) essa interpretação está equivocada e afirma: “Ousamos discordar veementemente desta interpretação. O fato de os dados serem bancários não significa que deixam de ser dados. Se são dados, trata-se de direito individual do cidadão e “cláusula pétrea” da Constituição Federal”.

A inviolabilidade dos dados bancários está respaldada constitucionalmente não só pelo fato de os documentos bancários serem dados, como também por se tratar de acesso desautorizado de um terceiro na comunicação alheia. (PINTO, 2006).

Covelho (1992, p. 69 *apud* Pinto, 2006, p. 166) conceituou o sigilo de dados bancário como “obrigação que tem os bancos de não revelar, salvo jura causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”.

Para Luis (p.88 *apud* Pinto, 2006, p. 166) o sigilo de dados bancário

Consiste na discricção que os bancos, os seus órgãos e empregados, devem observar sobre os dados econômicos e pessoais dos clientes, que tenham chegado ao seu conhecimento através do exercício das funções bancárias. Por cliente tem de entender-se aqui não só aquele que realiza operações no banco, mas também todo aquele que entra com ele em relações pré-negociais não chegadas a bom termo e em resultados das quais o banco ficou a dispor de um conjunto de informações sobre a

peessoa, seus bens e negócios – informações que pertencem à esfera da sua vida privada e que ele próprio não deseja ver divulgadas.

Conclui-se, do exposto, que os dados bancários dos cidadãos não podem ser fornecidos pelas instituições financeiras por simples requerimento dos agentes do Poder Público, como dispõe a Lei Complementar n. 105/2001. Trata-se de dados estritamente pessoais e invioláveis; é possível a solicitação de informações bancárias por parte dos agentes públicos às instituições financeiras e eventual quebra do sigilo bancário, mas somente mediante a autorização do Poder Judiciário. (PINTO, 2006).

E, ainda assim, só será justificada nos casos de supremacia do interesse público sobre o particular, especificamente nas hipóteses de flagrante indício de ilícito penal ou fiscal.

A Lei Complementar n. 105/2001 só deve ser aplicada levando-se em consideração os direitos e garantias constitucionais previstos na Constituição Federal de 1988. (PINTO, 2006).

Ao autorizar a violação dos dados bancários dos cidadãos e garantir à autoridade administrativa poder fiscalizatório irrestrito, a Lei Complementar n. 105/2001 acabou violando inúmeros outros direitos constitucionais de igual ou maior relevância que o próprio sigilo de dados previsto no artigo 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Neste rol podem ser citados os direitos à privacidade e intimidade (art. 5º, X), acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV), devido processo legal (art. 5º, LIV), decisão fundamentada (art. 93, IX), presunção de inocência (art. 5º, LVII) e aos princípios constitucionais da tripartição dos poderes, da irretroatividade, princípio federativo, bem como os valores constitucionais máximos da certeza do direito e da segurança jurídica. (PINTO, 2006)

A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei n. 8.021/90 e pela Lei Complementar n. 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo n. 144, 1º, do CTN.

Art. 144. O lançamento reportar-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.  
§ 1.º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

A Lei n. 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar n. 105/2001) autorizava a quebra do sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às

informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.

A Lei n. 4.595/64 assegurava, no artigo n. 38, o sigilo bancário: “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

Posteriormente, a Lei n. 8.01/90 no artigo 8º veio a dispor:

Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extrato de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38, da Lei n. 4.595, de 31/12/1964.

Ao julgar uma ação ainda na vigência da Lei n. 4.595/64, que assegurava no artigo n. 38 o sigilo bancário, o Exmo. Sr. Juiz Tourinho Neto (relator), ao julgar o MS 94.01.26700-6-DF, disse no voto condutor do acórdão,

Ora, estando ocorrendo um conflito entre o Fisco e o contribuinte, evidentemente, não é a autoridade fiscal que vai dizer se os documentos bancários sigilosos são ou não indispensáveis. Um terceiro, imparcial, é quem pode solucionar o conflito ocorrente entre o interesse do Fisco e o direito de privacidade do indivíduo, este terceiro é o juiz. (RE 37.566-5/RS, acórdão publicado no DJ de 28 de março de 1994), (CARDOSO, 2002, p.37,38)

Ainda na vigência da Lei acima mencionada a Exma Juíza Eliana Calmon (relatora): ao julgar a Ap. em MS 92.01.20115-0-RO – 4ª T. – j. 18/12/1995, criteriosa na aplicação da Lei favorável ao sigilo bancário, argumentou no voto: (CARDOSO, 2002)

(...) Ora, verifica-se, de plano, a incongruência legislativa, eis que não pode ser afastada a incidência de uma lei complementar por norma de hierarquia inferior. *Mutatis mutandis*, o mesmo se aplica os contribuintes, ou seja, não se pode deles exigir apresentação de movimento bancário embora o não-atendimento à solicitação fiscal, importe em prejuízo para a sua defesa. (CARDOSO, 2002, p. 32).

Ao fundamentar o voto a Exma Juíza fazia referencia ao artigo 8º da Lei n. 8.021/90 (Lei ordinária) que autoriza a quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal, frente ao artigo n. 38 da Lei n. 4.595/64 (Lei Complementar, revogada pela Lei Complementar n. 105/2001), que na época da sua vigência proibia a quebra do sigilo bancário administrativamente.

A Lei n. 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar

informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive, extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo n. 38, da Lei n. 4.595/64. (CARDOSO, 2002).

O inciso 3º, do artigo n. 11, da Lei n. 9.311/96, com a redação dada pela Lei n. 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a imposto e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente. (AgRg nos Edcl nos Edcl no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.179.635 – SP (2009/0070070-6)).

### 3.1 A Quebra do Sigilo para Constituir Tributos

Em um julgado recente a Sexta Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu pela legalidade da requisição direta de informações pela Autoridade Fiscal às instituições bancárias sem prévia autorização judicial **para fins de constituição de crédito tributário** no julgamento do Recurso Especial. (g.n.).

O artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/2001, determina que: “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.”

O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo n. 144, caput, do CTN).

O artigo n. 144, 1º do CTN, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliando os poderes de investigação das

autoridades administrativas, ou outorgando ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômica do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo n. 145, § 1º).

Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal com direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos. (STJ.Resp.: 1201442 RJ 2010/0113151-3), acessado em 23/08/2013)

### **3.2 A Quebra do Sigilo e o Processo Criminal**

A Receita Federal ao levantar a movimentação bancária do contribuinte e apurar o crédito tributário, conseqüente nasce daí outra questão diversa da ceara tributária.

Não obstante a sanção tributária gerada pela diferença de imposto apurado após o rompimento do sigilo bancário, o contribuinte será indiciado pelo Ministério Público por ter supostamente, o que será apurado no decorrer da ação penal, por crime de sonegação fiscal.

A fraude ou sonegação fiscal consiste em utilizar procedimentos que violem diretamente a lei fiscal ou o regulamento fiscal. É flagrante e caracteriza-se pela ação do contribuinte em se opor conscientemente à lei. Desta forma, sonegação é um ato voluntário, consciente, em que o contribuinte busca omitir-se de imposto devido.

Acontece que o contribuinte não violou lei ou regulamento fiscal, o fato é que toda movimentação financeira levantada na conta do contribuinte é tributada pela Receita Federal, independentemente desses montantes não ser receitas passíveis de tributação.

Pode ocorrer de um contribuinte ter levantado algum montante de dinheiro para custear uma lavoura, ou aquisição de maquinários, bovinos ou outras finalidades, esses valores são depositados nas contas correntes ou conta poupança.

Ao formular a Requisição de Movimentação Financeira – RMF, a Receita Federal leva em conta o total encontrado, e tributa-o, mesmo que certas quantias sejam isentas de imposto de renda.

A Lei n. 4.729 de 14 Jun. 1965, define o crime de sonegação fiscal e da outras providencias:

Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal: (Vide Decreto-Lei nº 1.060, de 1969)

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal. (Incluído pela Lei nº 5.569, de 1969)

Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo.

§ 1º Quando se tratar de criminoso primário, a pena será reduzida à multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo.

Um único fato (a quebra do sigilo bancário) que levanta duas questões a ser suportada pelo contribuinte, a primeira estuda no item 3.1 e a segunda que diz respeito a quebra do sigilo bancário no âmbito do processo criminal.

O recente julgado nos leva a melhor compreensão do assunto,

Processo: Resp. : 1201442 RJ 2010/0113151-3  
 Relatora : Ministra MARIA THEREZA DE A. MOURA  
 Julgamento : 13/08/2013  
 Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA  
 Publicação : DJe 22/08/2013

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. EXCEÇÃO DA DEFESA. REQUISICÃO DO FISCO ÀS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Sendo tributável toda renda e proventos de qualquer natureza a partir da aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, o depósito em conta corrente firma presunção *juris tantum* da disponibilidade - e, pois, da tributabilidade - do numerário ao seu titular, cuja prova em contrário incumbe à defesa, não havendo ilegalidade na distribuição dos ônus da prova e, pois, violação do artigo 156 do Código de Processo Penal. 2. Não se conhece de recurso especial pela divergência se inexistente similitude fática entre os julgados em cotejo. 3. A quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado



competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*, em observância aos artigos 5º, XII e 93, IX, da Carta Magna. 4. Não cabe à Receita Federal, órgão interessado no processo administrativo tributário e sem competência constitucional específica, fornecer dados obtidos mediante requisição direta às instituições bancárias, sem prévia autorização judicial, para fins penais. 5. É nula a sentença penal condenatória com base em prova obtida mediante quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, devendo outra ser lançada, com base no suporte probatório eventualmente remanescente. 6. Recurso especial improvido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. (BRASIL, STJ, 2013).

“De fato, a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe motivar concretamente seu *decisum*, em observância aos artigos 5º, XII e 93, da Carta Magna.” STJ REsp 1.201.442/RJ – Julgado em 13/08/2013 (STJ)

### **3.3 Violações aos Princípios Constitucionais**

#### **3.3.1 O Devido Processo Legal**

A Lei Complementar nº 105/2001, no artigo 1º, § 4º, permite a decretação da quebra do sigilo bancário administrativamente, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos crimes: de terrorismo; de tráfico ilícito de substâncias entorpecente ou drogas afins; de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; de extorsão mediante seqüestro; contra o sistema financeiro nacional; contra a Administração Pública; contra a ordem tributária e a previdência social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e praticado por organização criminosa.

Não bastasse a violação aos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal, a Lei Complementar n. 105/2001 ainda atenta contra o direito de acesso ao Poder Judiciário, que possui como conseqüência lógica, o direito de dever ser apreciada a questão da quebra do sigilo por meio de poder imparcial e decisão juridicamente fundamentada. (PINTO, 2006).

Segundo Pinto (2006, p. 177), “Este fato afronta o princípio constitucional do devido processo legal, bem como todos os meios e recursos a ele inerentes, direito este que, tal como os já referidos, constitui “cláusula pétrea” da Constituição”.

Os defensores da teoria da liberdade de negação, que consideram o sigilo bancário uma expressão de liberdade, criticam severamente esta disposição normativa por entenderem que a mesma viola o princípio do devido processo legal. Acreditam que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, determina que ninguém terá sua liberdade restringida, total ou parcialmente, ou privado de seus bens sem o devido processo legal. (CHINEN, 2005).

Igualmente, merece ser trazido à baila o entendimento do ilustre doutrinador (NOGUEIRA, 1999, p. 82) “para ele é necessário ter uma visão contemporânea do processo como instrumento de realização da justiça”, o respeitável doutrinador ainda cita:

Na exata formulação de José Alfredo de Oliveira Barracho, “O processo, do ângulo de vista jurídico, é o instrumento do Estado para solucionar os conflitos de transcendência jurídica e como tal o meio de fazer efetivo o direito vigente: (Baracho, 1983, p. 68-69 *apud* Nogueira, 1999, p. 82)”.

Ou, na moderna perspectiva de Sálvio de Figueiredo Teixeira “sob o ponto de vista da cidadania, o processo passou a ser compreendido como o instrumento de efetivação das garantias constitucionais”. (TEIXEIRA, 1992, p. 105-106 *apud* NOGUEIRA, 1999, p. 82).

Na mesma linha, Ada Pellegrini Grinover:

*O due processo of Law*, em sentido amplo representa a garantia do processo legislativo e a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição. Ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*. (GRINOVER, 1973, p. 178 *apud* NOGUEIRA, 1999, p. 82).

Nessa visão contemporânea do processo, busca-se, tanto quanto possível, a plenitude da Justiça, seja em seus aspectos instrumentais, seja nos materiais. (NOGUEIRA, 1999, p.83)

Dizendo em outras palavras. O julgador administrativo não pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo *incidenter tantum*, já que esse incidente processual é restrito aos órgãos do Poder Judiciário. (NOGUEIRA, 1999, p.86)

Tampouco tem competência para negar aplicação a leis e atos normativos ainda não declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. (NOGUEIRA, 1999, p.86)

O Princípio do Devido Processo Legal, só foi surgir expressamente no Brasil, na Constituição Federal de 1988, apesar de estar implícito nas Constituições anteriores. Ele está assim disposto no artigo 5º, inciso LIV da nossa Carta Magna:

Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV \_ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal é garantia de liberdade, é um direito fundamental do homem consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art.8º “Todo o homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

E ainda na Convenção de São José da Costa Rica, o devido processo legal é assegurado no artigo 8º:

Art. 8º – “Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O Princípio do devido processo legal é uma das garantias constitucionais mais festejadas, pois dele decorrem todos os outros princípios e garantias constitucionais. Ele é a base legal para aplicação de todos os demais princípios, independente do ramo do direito processual, inclusive no âmbito do direito material ou administrativo.

Numa comparação razoável, poder-se-ia dizer que Fisco e contribuinte passam a se envolver numa relação semelhante a que se vê nos condomínios residenciais, ficando o primeiro com o papel de Síndico e o último com o de condômino (contribuinte). (NOGUEIRA, 1999)

A Constituição, no caso, seria como que o “Regulamento do Condomínio”, vinculando todo o conjunto dos “moradores” (ou seja, Fisco e contribuintes).(NOGUEIRA, 1999).

Suprimir do cidadão o direito de ter qualquer questão analisada de acordo com os trâmites legais por órgão investidos dessa competência é colocá-lo à disposição da investigação, acusação, julgamento e condenação pela Receita Federal. (PINTO, 2006).

No caso do sigilo bancário, esta disparidade se agrava, tendo em vista que os critérios autorizadores de sua quebra pela autoridade fiscal não estão delimitados em lei, sendo que esta apenas impôs como único limite do poder que foi conferido à autoridade fiscal que os exames de tais dados sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (PINTO, 2006).

Esta lei complementar, ao ignorar os direitos ao livre acesso ao Poder Judiciário e ao

devido processo legal, demonstrou que o legislador brasileiro não atentou para o sistema adotado no ordenamento jurídico pátrio, nos casos de processo de investigação no qual se parte da presunção de inocência e o que acusa não é o mesmo que julga. (PINTO, 2006).

Lembra Tourinho Neto (1979, p. 37, *apud* Pinto, 2006, p. 178), que:

Estando um conflito entre o fisco e o contribuinte, evidentemente, não é a autoridade fiscal que vai dizer se os documentos bancários sigilosos são ou não indispensáveis. Um terceiro, imparcial, é quem pode solucionar o conflito ocorrente ente o interesse do Fisco e o direito de privacidade do indivíduo. Este terceiro é o juiz.

### **3.3.2 O Princípio da Proporcionalidade**

A origem da proporcionalidade pode ser encontrada na passagem do Estado absolutista, onde o governante estava legalmente incondicionado, sem limites de atuação, para o Estado liberal (individualista), onde a lei passou a ser limitadora das próprias ações do governante. Se antes a lei garantia a totalidade do poder do monarca, agora ela serve de freio aos seus atos.

O Estado absolutista, com o poder concentrado nas mãos do monarca, já não conseguia dar as respostas esperadas aos apelos da população, ao contrário, avolumavam-se desmandos e as liberdades individuais restavam à mercê dos interesses da Administração. Percebeu-se então a necessidade de limitar o poder do administrador público, surgindo a proporcionalidade, como obstáculo aos desmandos, demarcando os meios que poderiam ser empreendidos, para obter as finalidades perseguidas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um pacote de direitos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades, das garantias, dentre outros pressupostos, erigidos à condição de direitos fundamentais.

Fundamento constitucional – Para Ávila (2006, p. 403), leciona que “O postulado da proibição de excesso tem sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, normalmente em associação com a proporcionalidade (artigos 1º e 5º, LIV, CF/88)”.

E ainda:

Ele se fundamenta na idéia de que todos os direitos e princípios fundamentais, ainda que possa ser restringíveis, não podem ser atingidos no seu núcleo essencial, sendo esse núcleo definido como aquela parte do conteúdo de um direito sem a qual ele

perde a sua mínima eficácia e, pó isso, deixa de ser reconhecível como um direito fundamental. Ainda que se admita que o Estado tenha competência para instituir impostos, o exercício dessa sua competência não pode implicar a impossibilidade de aplicação de uma outra norma. (TIPKE, 1993, p. 232 e 423 *apud* ÁVILA, 2010, p. 403).

Já a proporcionalidade é máxima viva, elástica, protetora do cidadão contra os excessos do Estado e escudo aos direitos e liberdades constitucionais. (Bonavides, p. 394-95 *apud* Cristóvam, 2006, p. 238), trata-se de verdadeira máxima que tem a vocação de tornar efetivos os demais princípios constitucionais, regular e nortear sua aplicação, fazendo-os incidir sobre a dinâmica social de modo largo e incisivo.

A jurisprudência do STF, desde 1951, faz referência aos princípios (máximas) da razoabilidade e da proporcionalidade, como fundamentos à invalidação de atos administrativos e ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. (CRISTÓVAM, 2006, p. 239).

O regime de exceção de 1964 é deixado para trás, surgindo como limite de atuação do ente estatal, não mais apenas a legalidade, mas, como já mencionado, a dignidade da pessoa humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Sendo a dignidade da pessoa humana o núcleo central da Constituição e os direitos fundamentais a sua dimensão, toda produção legislativa, sua interpretação e aplicação têm como referencial a Constituição e o ser humano como centro e fim do direito. (CARDOSO, 1999)

No arcabouço principiológico constitucional, a proporcionalidade, ocupa papel de destaque, na proteção dos direitos fundamentais e também na harmonização de interesses, até mesmo entre princípios e direitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade tem sua origem na passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal-individualista, quando houve uma necessidade de controle do poder do monarca, Para Cristovam (2006, p. 211), em sua majorada obra define o significado da proporcionalidade:

A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Resta claro que há um limite imposto, especialmente ao legislador, que deve obedecer a certos critérios na elaboração das normas, para que as mesmas conformem-se com a estrutura constitucional do país. Um desses critérios, erigido como um dos mais relevantes, é

o princípio da proporcionalidade. Neste diapasão, enfatiza-se que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Pela máxima da proporcionalidade é possível averiguar se o exercício da função legislativa ou administrativa não acaba por restringir— demasiada e desnecessariamente — direitos fundamentais assegurados aos cidadãos, impedindo o vilipêndio dos ditames constitucionais por leis e atos administrativos desproporcionais. Pode-se, ainda, limitar a discricionariedade administrativa, de modo a invalidar aqueles atos administrativos praticados por meios que não os mais idôneos ou com desmedida restrição a direitos fundamentais. (CRISTÓVAM, 2006)

Essa máxima ganha relevância quando do exame judicial daqueles atos discricionários sabidamente arbitrários, mas aparentemente legais, quando há extrema dificuldade para detectar a ilegalidade que vicia a atividade administrativa. Munido dos parâmetros da proporcionalidade, o juiz parte em busca das ilegalidades materiais dos atos administrativos que, no mais das vezes, ficam encobertas pelo manto da discricionariedade e até mesmo do mérito administrativo. (CRISTÓVAM, 2006).

O professor Ávila (2010, p. 423) em sua sábia definição nos ensina, “O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.

Para ele a pergunta que deve ser formulada é a seguinte: “O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais”?

Ou de outro modo: “As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada”?

### **3.3.3 Presunção de Inocência**

A Lei Complementar n. 105/2001 parte da premissa de que todos são sonegadores, todos são culpados, atingindo, novamente, a Constituição da República, que garante a todos o direito à presunção de inocência.

Como aponta o Professor Celso Ribeiro Bastos, (1988, p. 277 *apud* PINTO, 2006, p. 178),

A presunção de inocência é uma constante do Estado de Direito. Ela chega mesmo a tangenciar a obviedade. Seria um fardo pesado para o cidadão o poder ver-se tolhido por uma situação em que fosse tido liminarmente por culpado, cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração da sua inocência. Uma tal ordem de coisas levaria ao império do arbítrio e da injustiça. A regra, pois, da qual todos se beneficiam é de serem tidos por inocentes até prova em contrário.

Entretanto, a idéia de presunção de inocência não é a tônica pela qual se norteia a Lei Complementar n. 105/2001, que, ao contrário presume que todos são sonegadores até prova em contrário. Mediante procedimentos levados a efeito pela Receita Federal, parte-se da concepção de que o silêncio gera a auto-incriminação, tendo em vista que a não apresentação de todos os extratos bancários “solicitados” pela Receita Federal resulta na inevitável quebra do sigilo bancário. Por bem (apresentação “voluntária” dos dados bancários logo após a “solicitação” da Receita Federal) ou por mal (a não-apresentação já autoriza a quebra do sigilo), todos os cidadãos terão suas movimentações bancárias analisadas pela autoridade fiscal. (PINTO, 2006).

### **3.3.4 A Reserva de Jurisdição e Inafastabilidade da Jurisdição**

Apesar da importância atribuída ao sigilo bancário, entendido pela doutrina majoritária como direito fundamental na atual ordem jurídica brasileira, é pacífico o seu caráter relativo que, como tal, excepcionalmente, deve ceder em face de outros interesses não menos relevantes.

Nem poderia ser de outra forma, já que a idéia de direitos absolutos é incompatível com a noção de direito como sistema. (CHINEN, 2005).

Sustentam muitos autores que, diante das hipóteses de eventual restrição ao exercício desse direito, compete exclusivamente ao Poder Judiciário decidi-las; em outros termos, alega-se que o sigilo bancário se encontra albergado por reserva de jurisdição. Citem-se a seguir os argumentos de respeitáveis juristas. Machado: (2001, p. 257-249 *apud* Chinen, 2005, p. 95), “ A quebra do sigilo bancário deve ser colocada sob reserva de jurisdição em

face da importância do direito à intimidade e à vida privada que, tal como o direito à liberdade física, só por decisão judicial pode sofrer limitação”.

Bastos (p. 119 *apud* Chinen, 2005, p. 95-96) “o sigilo bancário, por ser tratar de uma espécie do direito à privacidade, portanto, um direito individual constitucionalmente assegurado é inviolável, exceto quando houver relevante interesse público e com autorização do Poder Judiciário.”

Com o advento da Lei Complementar n. 105/2001 os auditores fiscais da Secretária da Receita Federal ao iniciar um procedimento de fiscalização por meio de um Mandado de Procedimento fiscal (MPF), nos casos de flagrante constatação da prática de infração à legislação tributária, que venha a colocar em risco os interesses da Fazenda Nacional, o procedimento fiscalizatório deverá ser iniciado imediatamente, e, no prazo de cinco dias, contados de sua data de início, será expedido MPF especial, no qual será oficializada a ciência ao sujeito passivo.

Parece-nos que o “Mandado de Procedimento Fiscal” tem o único objetivo de conferir uma pseudo-legitimidade à quebra do sigilo bancário. Todavia, para nossa surpresa e indignação, prevê o referido Decreto uma série de hipótese que dispensam o referido Mandado de Procedimento Fiscal, como, por exemplo, no caso de procedimento de fiscalização que seja realizado no curso de despacho aduaneiro. *Data máxima vênia*, se mesmo com o Mandado de Procedimento Fiscal já não havia contraditório, sem ele resta ainda mais flagrante o total desrespeito à ordem constitucional.

De fato, para “otimizar” o trabalho da Receita Federal, afastou-se a necessidade de prévia análise da questão pelo Poder Judiciário – o poder que tutela os direitos do homem, que zela pela imparcialidade, moralidade, justiça -, que tem no Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, impedindo-lhe de manifestar antes das solicitações de quebra do sigilo bancário, feitas pelos demais Poderes, em consonância com a Lei Complementar n. 105/2001. (PINTO, 2006).

O texto legal em análise demonstra um totalitarismo estatal, por meio da supressão de competências. Admitir que o Judiciário dificulta as investigações da Receita Federal, e por isso a esta cabe agora conduzi-las, no mínimo representa insulto aos ideais inerentes ao princípio da tripartição dos poderes. (PINTO, 2006).

Neste ponto é preciso tratar a chamada reserva constitucional de jurisdição. Este seria um postulado no sentido da submissão de determinadas decisões ao âmbito exclusivo de ação dos magistrados. A nosso ver, o conhecimento de informações bancária ou financeiras esta inserido na referida reserva constitucional. Com efeito, a Constituição estabelece em seu



artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (OLIVEIRA; FOGAÇA, 2003).

### **3.3.5 Inviolabilidade da Privacidade e da Intimidade**

Um dos argumentos mais recorrentes, favorável à preservação do sigilo bancário, diz respeito ao inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O objeto da proteção, para essa corrente doutrinária, desloca-se do círculo de interesse do banco para abrigar um direito fundamental do cidadão.

Como resume Tavares, (1993, p. 105-111 *apud* Chinen, 2005, p. 87),

O sigilo bancário deixa de ser um simples instrumento de prática bancária, destinado a agilizar ou perpetuar seus negócios, para se tornar uma extensão da proteção da vida privada”. Em outras palavras, o sigilo não é do banco, mas do homem que utiliza o banco, e com ele negocia.

O direito ao sigilo de dados bancários, além de ser espécie do gênero sigilo de dados, cuja inviolabilidade está garantida pelo artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal, também é um dos núcleos essenciais do direito à privacidade e à intimidade, assegurados no inciso X do mesmo artigo, garantindo-lhe natureza de direito e garantia individual do cidadão. (PINTO, 2006).

Os autores que associam o sigilo bancário à proteção da vida privada do titular da conta tendem a inseri-lo na esfera mais reservada de tutela, ou seja, no âmbito da intimidade. Confirmam-se a seguir os entendimentos de alguns autores todos citados por (CHINEN, 2005, p. 89):

José Augusto Delgado (2001, p. 36), “a concepção do sigilo bancário no âmbito do direito à intimidade e à privacidade visa garantir ao homem o mínimo capaz para que lhe seja assegurada a sua condição humana, protegendo-o de ingerências alheias”.

Bastos (1988, p. 115), define como:

[...] uma das formas de proteção da intimidade pelo o que pode conter de pessoalmente comprometedor uma simples conta bancária e pela ardilosa

intromissão nos interesses e atividades pessoais a que estaria sujeito o titular se não gozasse da proteção de sigilo bancário. (sic).

Malerbi (2001, p. 83), “o sigilo bancário é uma projeção específica do direito à intimidade, é direito de natureza fundamental e integra a categoria dos direitos da personalidade”.

Covello (2001, p. 156), “o sigilo bancário existe para proteger a intimidade do cidadão; esta é a sua razão de ser, a sua causa final”.

Mosquera (1998, p. 73) “o sigilo bancário constitui verdadeiro direito à intimidade, faz parte dos negócios da vida privada dos cidadãos e representa, por fim, um direito à manutenção do silêncio de informações”

A idéia de intimidade, conforme acima relatada, traz certa dificuldade de comportar bens econômicos, com os quais as contas bancárias guardam estreita conjugação; o sigilo bancário como manifestação do resguardo à intimidade não deixa de parecer, à primeira vista, uma tentativa de materialização de algo essencialmente espiritual.

Nesse sentido, Ferraz Júnior (2002, p. 161-177, *apud* Chinen, 2005, p. 89-90), adverte que “não é tão simples subsumir os sigilos do mundo econômico, em especial da pessoa jurídica, à privacidade; até porque estes parecem ter, antes, um acentuado sentido de propriedade, mais do que de liberdade”.

A questão da inclusão da situação patrimonial do indivíduo, como extensão da esfera de privacidade e intimidade dos indivíduos, é motivo de debates também no direito dos países ibéricos, cujas jurisprudências adotam posições opostas entre si. (CHINEN, 2005).

A violação do sigilo bancário por solicitação dos agentes do poder público, nos termos permitidos pela Lei Complementar n. 105/2001 agride frontalmente o direito à privacidade e à intimidade do cidadão. (PINTO, 2006).

A inviolabilidade de informações referentes à vida privada e à intimidade é vista por Ferraz Junior (2002 *apud* Pinto, 2006, p. 171) como só tendo pertinência “para aquelas associadas aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos que convivem”.

Ressalta ainda que:

Dito de outro modo, os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relações de convivência privativas: a proteção é para elas, não para eles. Em conseqüência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação etc). não são protegidos. Mas cadastrados que envolvam relações de convivência privadas (por exemplo, nas relações de clientela, desde quando é cliente, se a relação foi interrompida, as razões pelas quais isto ocorreu, quais os

interesses peculiares do cliente, sua capacidade de satisfazer aqueles interesses etc.) estão sob proteção. Afinal, o risco à integridade moral do sujeito, objeto do direito à privacidade, não está no nome, não está nos elementos de identificação que condicionam as relações privadas, mas na apropriação dessas relações por terceiros a quem elas não dizem respeito. Pensar de outro modo seria tornar impossível, no limite, o acesso ao registro de comércio, ao registro de empregados, ao registro de navio etc., em nome de uma absurda proteção da privacidade. (PINTO, 2006, p. 171).

O Poder Judiciário, e somente ele, após a análise criteriosa dos indícios de provas apresentadas, bem como dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, expressos na Constituição Federal, é que tem competência constitucional para decidir pela violação ou não do sigilo bancário, assegurados ainda a apresentação restrita destes dados e o segredo de justiça do processo. (PINTO, 2006).

Neste sentido, lembra Baleeiro (1999, p. 1001, *apud* Pinto, 2006, p. 173) que:

Os requisitos, já esboçados pelo Supremo Tribunal Federal, imprescindíveis à quebra do sigilo bancário como direito fundamental à privacidade e à intimidade são então: o princípio da objetividade material (que exige início de prova quanto à existência de um delito e de sua autoria); o princípio da pertinente adequação (que supõe relação lógica entre o objeto penal investigado e os documentos pretendidos); o princípio da proibição de excesso (que exige a demonstração da imprescindibilidade da prova para o êxito da investigação e a existência de outros meios menos danosos ou limitativos).

O douto doutrinador ainda exorta entendimento do Supremo Tribunal Federal ao citar:

O Supremo Tribunal Federal, ao direcionar o tema segundo os princípios referidos, posiciona-se ao lado de outras Cortes Constitucionais, e da legislação de outros povos, na posição moderada ideal: o direito a proteção a intimidade não é absoluto, não prevalecendo para proteger o crime. Mas residindo sua essência no direito à resistência à devassa e no interesse coletivo de saúde do sistema financeiro e de crédito, é mister que se determine sua quebra apenas em juízo e se observe a presença de requisitos matérias mínimos e imprescindíveis a serem obedecidos, caso a caso.

De fato, a Corte Suprema brasileira já se posicionou diversas vezes sobre a inviolabilidade do sigilo de dados bancários, admitindo a quebra somente após a análise dos indícios de crime pelo Poder Judiciário e decretação da quebra, até por se tratar de extensão ao direito à intimidade e à privacidade, é imprescindível esta prévia autorização, ratificando a tese ora defendida. As ementas de acórdãos a seguir transcritas bem demonstram o entendimento do STF sobre a matéria:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. CF, art. 129, VIII.

I – A norma inscrita no inciso VIII do artigo 129 da CF não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente, e sem intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.

II – RE não conhecido. (RECR n. 215301/CE, 1999 p. 24 *apud* PINTO, 2006, p. 174).

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 de procedimentos estabelecidos em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade.

II – Recurso não conhecido. Votação Unânime.

(RE n. 219780/PE, 1999, p. 473, *apud* PINTO, 2006, p. 174).

Na mesma linha de raciocínio, Bastos (2001, p. 17-18 *apud* Pinto, 2006, p. 175), enfatiza que

Ao se admitir, conforme propõe a Lei Complementar n. 105/01, que o sigilo bancário pode ser quebrado por qualquer funcionário graduado da Receita Federal, independentemente de autorização judicial, estar-se-á violando o direito a privacidade que vem assegurado constitucionalmente. Ademais, o Poder Judiciário é o único que tem condições de decidir, no caso concreto, sobre a necessidade de quebra do sigilo bancário. Cumpre acrescentar, ainda, que o sigilo bancário por se tratar de uma espécie do direito à privacidade, portanto um direito individual constitucionalmente assegurado é inviolável, exceto quando houver relevante interesse público e com autorização do Poder Judiciário.

Num sistema em que se admita a quebra do sigilo bancário por autoridade fiscal, faz-se imprescindível que esta venha acompanhada da responsabilização deste, quando a quebra revelar-se inconsistente e indevida. Esta é a única forma de se evitar a prática abusiva da quebra de sigilo bancário por parte da autoridade fiscal, bem como assegurar a indenização daquele que teve o seu sigilo bancário quebrado e que sofreu uma série de prejuízos.

Conclui-se, em sintonia com a decisão da lavra do eminente Ministro Velloso, (*apud* Pinto, 2006, p.176).

Que sendo o sigilo bancário uma espécie de direito à privacidade, assim como uma espécie do gênero sigilo de dados, direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal, somente a própria Constituição Federal ou autorização expressa do Poder Judiciário poderiam permitir a violação destes direitos, condicionada ainda aos requisitos materiais mínimos e imprescindíveis, no caso de indício de crime que justifique a violação do direito fundamental.

Afora o Poder Judiciário, nenhum outro ente federativo pode, mesmo após a edição da Lei Complementar n. 105/2001 autorizar a quebra do sigilo bancário, diretamente, sem prévia autorização do Poder Judiciário, seja qual for o fundamento.

### **3.4 A Solicitação dos Dados Bancários Pela Receita Federal**

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.

Segundo Pinto (2006), Esse Dispositivo dá competência às autoridades e aos agentes fiscais tributários de todos os entes da Federação para examinar documentos, livros e registros das instituições financeiras, desde que exista processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que o exame seja considerado indispensável pela autoridade administrativa competente.

Com o texto deste artigo, as dúvidas ainda existentes quanto à autoridade e ao procedimento necessário à violação do sigilo aparentemente se extinguem, tendo em vista ser claro quanto à autoridade administrativa e ao procedimento fiscal.

O artigo elenca a existência de um procedimento específico, necessário à requisição das informações. Sem a instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, a administração tributária não pode ter acesso aos documentos, livros e registros das instituições financeiras. Ao instaurar o procedimento, a autoridade administrativa solicitará inicialmente o extrato bancário do contribuinte, e havendo recusa na apresentação deste é que a administração tributária solicitará diretamente às instituições financeiras os documentos bancários, para fins de fiscalização dos tributos.

De posse desses dados, os extratos bancários do contribuinte, serão submetidos a análise pelos fiscais da Receita Federal, em uma única solicitação ao banco desses extratos, a fiscalização pode requerer quais período de apuração do imposto de renda do contribuinte desejar, ou seja, ano calendário diversos.

O contribuinte de mãos atadas nada pode fazer, a não ser esperar o que esta por vir, nada menos que, uma notificação do Lançamento do Crédito Tributário, sobre toda a

movimentação financeira em sua conta, todos os depósitos ali encontrados serão considerados como receita passível de tributar.

Ao analisar o artigo 7º da Lei Complementar Pinto (2006) observa o seguinte:

O artigo 7º reflete a aplicação possível da sistemática de quebra do sigilo bancário. Como descrito no texto positivado da lei, a Comissão de Valores Mobiliários, ainda que entenda relevante a solicitação das informações sigilosas às instituições financeiras, deverá, antes de solicitá-las, instaurar um inquérito administrativo e requerer ao Poder Judiciário os documentos sigilosos.

E complementa “Tal condição permite a conclusão de que, neste caso, não basta a instauração de processo administrativo, sendo necessária, ainda, autorização judicial expressa para o levantamento das informações”.

Art. 8º O cumprimento das exigências e formalidades prevista nos artigos 4º, 6º e 7º, será expressamente declarado pelas autoridades competentes nas solicitações dirigidas ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários ou às instituições financeiras.

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

§ 1º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos respectivos serviços jurídicos.

§ 2º Independentemente do disposto no *caput* deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes. (g.n.)

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.

“Os artigos 8º e 9º atêm-se aos crimes de ação pública que passam a ser informados pelos presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários ao Ministério Público Federal, anexando as provas documentais, necessárias ao inquérito penal”. (PINTO, 2006, p. 212)

Tais dispositivos vêm sofrendo interpretações diversas nos tribunais vejamos a seguir o parecer da Eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

De fato, a quebra do sigilo bancário para investigação criminal deve ser necessariamente submetida à avaliação do magistrado competente, a quem cabe

motivar concretamente seu *decisum*, em observância aos artigos 5º, XII e 93, da Carta Magna. STJ REsp 1.201.442/RJ – Julgado em 13/08/2013 (BRASIL, STJ, 2013)

O artigo n. 10 disciplina as penalidades aplicáveis à violação do sigilo bancário em desconformidade com o disposto nesta lei. Tais penas serão aplicáveis aos agentes do Poder Público, responsáveis pelo fornecimento destas.

Apesar de entender ser necessária a autorização do Poder Judiciário para a destruição do direito constitucional da inviolabilidade de dados bancários, é extremamente relevante a colocação do disposto neste artigo, tendo em vista ser uma maneira de restringir as informações bancárias apenas aos agentes responsáveis pela fiscalização e investigação de ilícitos.

A intenção do legislador com a redação deste artigo parece ter sido a de restringir a competência dos agentes públicos àquela disposta neste texto legal, bem como penalizar aqueles que tiverem interesse em omiti-las, restringi-las ou prestá-las falsamente. Segundo Pinto (2006), e complementa “considerando a permissão de violação do sigilo de dados bancários, conferida pela Lei Complementar n. 105/2001, a previsão deste artigo é essencial”.

Art. 11 O Servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida com a quebra do 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.

Em conformidade com o disposto no artigo anterior, o legislador teve a preocupação de restringir a utilização das informações sigilosas aos interesses da administração pública, penalizando diretamente os servidores públicos que vierem a utilizar as informações obtidas para quaisquer outros fins. Estes respondem, nos termos do disposto no artigo 11 desta, direta e pessoalmente pelos danos decorrentes. (PINTO, 2006).

### **3.5 O Posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

O Supremo Tribunal Federal aguarda pauta para julgar as ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) de n. 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859 de Relatoria do Ministro Dias

Toffoli; e ADIs de n. 4.006 e 4.010 Relatora Ministra Rosa Weber, e mais um RE-RG n. 601.314, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

O Ministério Público Federal propôs que seja feito o julgamento simultâneo de todos os processos, por se tratar basicamente do mesmo tema.

O Supremo Tribunal Federal em 15/12/2010 julgou o Recurso Extraordinário RE n. 389.808/PR, onde o relator do recurso, ministro Marco Aurélio, ao votar pelo provimento do RE, primou pela garantia constitucional contida no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, assegurando que a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando à exceção a quebra do sigilo submetida ao crivo de órgão equidistante, o Poder Judiciário e mesmo assim para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal, e pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, finalizando que “a inviabilidade de se estender essa exceção resguarda o cidadão de atos extravagantes do Poder Público, atos que possam violar a dignidade do cidadão”. (STF, 2013)

Continuou com sua arguição informando que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e que a vida em sociedade pressupõe a segurança e a estabilidade, mas não a surpresa, lembrando que, consoante o decidido no bojo do Mandado de Segurança n. 21.629, o MPF detém a possibilidade de quebra do sigilo bancário, desde que haja dinheiro público envolvido.

O ministro Celso de Melo seguiu entendimento do relator, asseverando que a função tutelar do Poder Judiciário investe apenas aos juízes e aos tribunais a exceção de postular sobre a violação do sigilo de dados, o que visa paralisar eventuais abusos do Poder Público, acrescentado que a intervenção moderadora do Poder Judiciário é a garantia de respeito aos direitos e garantias fundamentais e a supremacia do interesse público.

O ministro Gilmar Mendes, que havia negado provimento à Ação Cautelar interposta pela GVA, permitindo a quebra do sigilo bancário pela Receita, mudou o seu entendimento, afirmando que no caso em exame deveria ser observada a reserva de jurisdição, posição albergada pelo ministro Ricardo Lewandowski e pelo presidente do STF, Cezar Peluso.

Dias Toffoli divergiu-se, lembrando que “o caso é de transferência de dados sigilosos de um portador, que tem o dever de manter o sigilo, a outro portador, que deve manter o sigilo. Mesmo porque a eventual divulgação desses dados fará incidir o tipo penal e permitirá todas as responsabilizações previstas em lei”.

A divergência do ministro Toffoli foi acompanhada pelos ministros Carlos Ayres Brito, Cármen Lúcia e Ellen Gracie.



Os ministros Joaquim Barbosa e Luiz Fux não participaram do julgamento do RE 389.808/PR, o que leva a possibilidade de tal entendimento ser modificado, tendo em vista que o resultado do julgamento do RE foi de cinco votos a favor e quatro contra.

A composição atual do STF já não conta mais com três ministros da época do julgamento do RE n. 389.808/PR, são eles: Cesar Peluso, Carlos Aires Brito e Helen Gracie.

Tal posição referendada pelo Plenário da Corte, quando a apreciação do recurso supra mencionado, segue ementa subscrita:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (RE nº 389.808/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 10/5/11). (BRASIL, STF 2013).

Não obstante o resultado do julgamento do RE n. 389.808/PR pelo STF ser favorável ao contribuinte, afastando a possibilidade da quebra do sigilo bancário pela Receita, os efeitos dessa decisão não influenciou os julgados semelhantes nos tribunais inferiores, principalmente no STJ onde o entendimento pela quebra do sigilo bancário é favorável a administração tributária, ressaltando que somente para fins de apurar o crédito tributário.

Não há, até o momento, um posicionamento claro e definitivo do STF, até o momento espera para serem julgadas seis ações diretas de inconstitucionalidade que questiona a compatibilidade da mencionada lei com a Constituição Federal, mas não há qualquer previsão de inclusão, de nenhuma delas, em pauta de julgamento, o que, se ocorresse, sepultaria de vez a questão, pacificando a relação Fisco e contribuinte, trazendo segurança jurídica a todo o ordenamento jurídico brasileiro.

## CONCLUSÃO

Em síntese, conclui-se pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 105/2001, pelo fato de que a norma contida em seus artigos n. 5º e 6º confronta com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial com o texto constitucional, tendo em vista a violação do sigilo de dados bancários pelos agentes da Secretaria da Receita Federal, permitindo o acesso aos dados bancários sem a necessidade de previa autorização judicial e do Poder Judiciário e sem a análise criteriosa dos elementos necessários à decretação da quebra.

A inconstitucionalidade desta Lei Complementar fundamenta-se, dentre outros fatores na violação a direitos e garantias individuais expressos no artigo 5º, *caput* (liberdade), incisos X (direito à privacidade e intimidade) e XII (inviolabilidade do sigilo de dados), sem falar nos sagrados princípios constitucionais do livre acesso ao Poder Judiciário, do devido processo legal, da presunção de inocência, da reserva de jurisdição e os valores máximos constitucionais da certeza do direito e da segurança jurídica.

A requisição direta da autoridade fiscal às instituições bancárias com fundamento no artigo 6º da Lei Complementar n. 105/2001, é feita de forma arbitrária, pois a norma autoriza as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a 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.

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

O que ocorre que não é seguro do ponto de vista jurídico que o mesmo órgão que investiga ser o mesmo órgão que vai julgar. Observamos também que no âmbito administrativo mesmo que o contribuinte trave uma longa e fundamenta batalha, no fim não lograra êxito, tendo em vista a existência de diversas súmulas editadas pelo Conselho de

Recursos Fiscais, que já pacificou o assunto garantindo sempre uma incontestável razão à administração fazendária.

O que nos causa certa preocupação e a sensação do desuso da aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, dos direitos individuais e coletivos, pelo fato de que a própria Constituição no artigos 5º, § 1º definiu que essas normas tem aplicação imediata.

Pois bem, cabe ao Poder Judiciário, a interpretação constitucional dessas normas, não podendo jamais deixar que conquistas tão importante, caia em desuso e no esquecimento.

O que nos trás perspectiva positiva ao estudar tais preceitos, é o fato de que o guardião da Constituição Federal o Supremo Tribunal Federal, recentemente ao julgar o RE n. 389.808/PR, decidiu por dar provimento ao recurso, interpretando que a norma que autoriza a Receita Federal a utilizar dados bancários do contribuinte para fins de fiscalização de imposto de renda, importa em quebra de sigilo de dados do contribuinte sem autorização judicial, com o seguinte fundamento.

Que, conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando à exceção a quebra do sigilo submetida ao crivo de órgão equidistante o Judiciário e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal, e de encontro com os anseios de todos os cidadãos de bem, concluiu que:

Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal parte na relação jurídico-tributária o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Ainda é cedo para comemorar, pois o referido julgado apenas tratou de um caso específico, não produzindo efeito para outras pessoas a não ser as partes envolvidas.

Entretanto nos traz certa expectativa positiva quando o assunto for tratado de forma mais abrangente nos julgados das seis ADIs que estão aguardando o julgamento no Supremo Tribunal Federal se a referida Lei Complementar é inconstitucional ou não.

Por fim, salientamos que o sigilo bancário não deve ser um direito absoluto, porém somente o Judiciário com as devidas ponderações e proporcionalidade tem legitimidade para autorizar sua quebra.

Enfim aguardamos que o Supremo Tribunal Federal julgue em tempo oportuno as Ações Direta de Inconstitucionalidade, e decidam pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 105/2001, trazendo novamente a segurança jurídica, direito fundamental inerente do estado democrático e de direito.

## REFERÊNCIAS

- ABRÃO, C. H. Os sigilos bancários e fiscal na cobrança da dívida ativa. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, n. 30, p. 14-15, mar. 1998. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.
- ALMEDINA. Direito bancário: temas críticos e legislação conexa. Coimbra: Almedina, p. 88. In: PINTO, F. L.; SALIBA, R. B. **Leis Complementares em Matéria Tributária**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 166.
- ÁVILA, H. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 623p.
- BALEEIRO, A. Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1992.p. 993. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.
- BALTAZAR JUNIOR, J. P. Considerações sobre o sigilo bancário. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 9, n. 36, p. 122, out./dez. 2001. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.
- BALTAZAR JUNIOR, J.P. **Sigilo Bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 208p.
- BASTOS, C. R. **Sigilo Bancário e Tributário**. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário – III Coloquio Internacional de Derecho Tributario. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 111-122. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.
- BASTOS, C. R. Sigilo bancário e tributário. III Colóquio Internacional de Direito Tributário 17 – 18 de agosto de 2001. La ley/IOB, p. 119. In: PINTO, F. L.; SALIBA, R. B. **Leis Complementares em Matéria Tributária**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 175.
- BLANCO, A. A. **Resumo jurídico de direito tributário**. 4. ed. v.12, coord. acadêmica Alexandre Jean Daoun. São Paulo: Quartier Latin, 2005, 160p.
- BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. In: CRISTÓVAM, J.S.da S. *Colisões entre Princípios Constitucionais*. Curitiba, PR: Juruá, 2006, p. 238.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial. Processo penal. Ônus da prova. Distribuição. Exceção da defesa. Requisição do fisco às instituições bancárias. Divergência jurisprudencial. Ausência de similitude fática. Constrangimento ilegal evidente. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. Relator: Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Data de Julgamento: 13 ago. 2013, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 22 ago. 2013. JusBrasil. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24048886/recurso-especial-resp-1201442-rj-2010-0113151-3-stj>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. “Sigilo de Dados – Afastamento. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. (RE nº 389.808/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 10/5/11). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil. Organização: Alexandre de Moraes, 28. ed. São Paulo, 2007. 438p.

BRASIL. **Decreto n. 6.764 de 10 de fevereiro de 2009. Estrutura Regimental do Ministério da Fazenda.** Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/Decretos/2009/dec6764.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Lei n 10.593, 06 de dezembro de 2002.** Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10593.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10593.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.907, de 2 de fevereiro de 2009.** Das Carreiras e dos Cargos da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/Lei/L11907.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/Lei/L11907.htm)>. Acesso em 30 jun. 2013.

BRASIL. **Lei Complementar n. 105/2001, 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp105.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2013.

BRASIL. Vade Mecum. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 2003 p.

CARDOSO, H. A. **Do sigilo – Breve teoria e jurisprudência.** Campinas: Bookseller, 2002, 480p.

CARVALHO, P.de B. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 59-60. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco.** São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.

CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco.** São Paulo: Juruá, 2005.

COELHO, S. C. N. Curso de direito tributário brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. In: PINTO, F. L.; SALIBA, R. B. **Leis Complementares em Matéria Tributária.** Barueri, SP: Manole, 2003, p. 390.

COVELLO, S. C. **O sigilo bancário.** São Paulo: LEUD, 2001. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco.** São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.

CRISTÓVAM, J. S. da S. **Colisões entre Princípios Constitucionais.** Curitiba, PR: Juruá, 2006.

DELGADO, J. A. **O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, v. 4, n. 13, 2001, p. 13-52. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.

DERZI, M. A. M. Direito Tributário brasileiro. Atualizado por. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1001. In: PINTO, F. L.; SALIBA, R. B. **Leis Complementares em Matéria Tributária**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 173.

DIÓGENES JÚNIOR, J. E. N. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750)>. Acesso em: 04 set. 2013.

FERRAZ JUNIOR, T. S. **Sigilo de dados: o direito a privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. São Paulo, 1992, p. 141-54. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.

HAGSTROM, C. A. A nova lei do sigilo bancário e o fornecimento de informações cadastrais. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, v. 4, n. 12, p. 74, abr./jun. 2001. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 78.

KONCIKOSKI, M. A. Princípio da proporcionalidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11050](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11050)>., Acesso em: 03 set. 2013.

LEITÃO, J. G. da C. Lei Complementar 105. Estudo dos atos administrativos sigilosos que enseja. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, n. 78, p. 52-53, 2002. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 81

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. ver., atual. e apl. São Paulo: Método, 2006, 654p.

LEUD, S. B.. São Paulo: Leud. 1992, p. 69: In: PINTO, F. L.; SALIBA, R. B. **Leis Complementares em Matéria Tributária**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 166.

MACHADO, H. B. **A quebra do sigilo bancário. IOB** – Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo. São Paulo, n. 9, p. 257-249, mai. 2001. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.

MALERBI, D. **Sigilo Bancário e Tributário**. In: C. ALTAMIRANO, Alejandro et al. III Colóquio Internacional de Direito Tributário – III Coloquio Internacional de Derecho Tributario. Buenos Aires: La Ley e IOB, 2001. p. 79-89. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.

MARTINS, I. G. da S. Inconstitucionalidades da Lei Complementar 105/2001. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, v. 4, n. 11, p. 32-33, 2001. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.

MENDES, G. F. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, G. F. **Jurisdição Constitucional/Organização Gilmar Ferreira Mendes**. Brasília: IDP, 2012.

MOSQUERA, R. Q. **Tributação no Mercado Financeiro e de Capitais**. São Paulo: Dialética, 1998. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.

NOGUEIRA, A. **Os limites da legalidade tributária no estado democrático de direito: fisco X contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 205p.

OLIVEIRA, C. D.; FOGAÇA, L. T. Inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário prevista na Lei Complementar nº 105/01 - Artigos - Jus Navigandi. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3698>>. Acesso em: 03 set. 2013.

PINTO, F. L.; SALIBA, R. B. **Leis Complementares em Matéria Tributária: aspectos práticos atuais**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 390.

QUINTANILHA, W.J. **Manual do Tributarista**. 3. ed. São Paulo: Tradebook, 2010, 1961 p.

REALE, M.; MARTINS, I. G. da S. Inconstitucionalidade do Dec. 4.489, de 28.11.2002 por macular o processo legislativo plasmado na lei suprema e infringir direitos fundamentais do cidadão. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. São Paulo, v.11, n. 48, p. 234, jan./fev. 2003. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 81.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Atribuições da Secretaria da Receita Federal do Brasil**. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/SRF/ConhecaRFB.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2013.

SALOMÃO, P. O Princípio do Devido Processo Legal. **JurisWay**. 13 out. 2008. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=866](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=866)>. Acesso em: 03 set. 2013.

SILVA, J. A da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 178.

TAGLIAFERRO, K. A. A Constituição Federal e a lei complementar do sigilo bancário: tensão entre princípios. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 66, p. 67-75, mar. 2001. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 72.

TAVARES, J.. A violação ao sigilo bancário em face da proteção da vida privada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 105-11, jan./mar. 1993. In: PINTO, F. L.; SALIBA, R. B. **Leis Complementares em Matéria Tributária**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 87.

TIPKE, K. **Die Steuerrrechtsordnung**.t. 1. Koln: Otto Schmidt, 1993. p. 232,423. In: ÁVILA, H. **Sistema Constitucional Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 623.

TOURINHO NETO, F. da C. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. n. 18, ano 5, jan./mar., São Paulo: RT, p. 37. In: PINTO, F. L.; SALIBA, R. B. **Leis Complementares em Matéria Tributária**. Barueri, SP: Manole, 2003, p. 390.

WALD, A. Da evolução legislativa e jurisprudencial do direito brasileiro em matéria de sigilo bancário. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v.33, n.94, p.98-99, 1994. In: CHINEN, R. M. **Sigilo Bancário e o Fisco**. São Paulo: Juruá, 2005. p. 68.



## ANEXO



**Presidência da República**  
**Casa Civil**  
**Subchefia para Assuntos Jurídicos**

**LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001.**

Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

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

§ 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.

§ 2º As empresas de fomento comercial ou factoring, para os efeitos desta Lei Complementar, obedecerão às normas aplicáveis às instituições financeiras previstas no § 1º.

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

- I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o [§ 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996](#);

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

§ 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 seqüestro;

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. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:

I – no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras;

II – ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

§ 2º As comissões encarregadas dos inquéritos a que se refere o inciso II do § 1º poderão examinar quaisquer documentos relativos a bens, direitos e obrigações das instituições financeiras, de seus controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos, inclusive contas correntes e operações com outras instituições financeiras.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se à Comissão de Valores Mobiliários, quando se tratar de fiscalização de operações e serviços no mercado de valores mobiliários, inclusive nas instituições financeiras que sejam companhias abertas.

§ 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, em suas áreas de competência, poderão firmar convênios:

I - com outros órgãos públicos fiscalizadores de instituições financeiras, objetivando a realização de fiscalizações conjuntas, observadas as respectivas competências;

II - com bancos centrais ou entidades fiscalizadoras de outros países, objetivando:

a) a fiscalização de filiais e subsidiárias de instituições financeiras estrangeiras, em funcionamento no Brasil e de filiais e subsidiárias, no exterior, de instituições financeiras brasileiras;

b) a cooperação mútua e o intercâmbio de informações para a investigação de atividades ou operações que impliquem aplicação, negociação, ocultação ou transferência de ativos financeiros e de valores mobiliários relacionados com a prática de condutas ilícitas.

§ 5º O dever de sigilo de que trata esta Lei Complementar estende-se aos órgãos fiscalizadores mencionados no § 4º e a seus agentes.

§ 6º O Banco Central do Brasil, a Comissão de Valores Mobiliários e os demais órgãos de fiscalização, nas áreas de suas atribuições, fornecerão ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, de que trata o [art. 14 da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998](#), as informações cadastrais e de movimento de valores relativos às operações previstas no inciso I do art. 11 da referida Lei.

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.

§ 3º Além dos casos previstos neste artigo o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão à Advocacia-Geral da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte.

Art. 4º O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§ 1º As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º As solicitações de que trata este artigo deverão ser previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito.

Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços. ([Regulamento](#))

§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;
- VIII – aplicações em fundos de investimentos;
- IX – aquisições de moeda estrangeira;
- X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;
- XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;
- XII – operações com ouro, ativo financeiro;
- XIII - operações com cartão de crédito;
- XIV - operações de arrendamento mercantil; e
- XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

§ 2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

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. ([Regulamento](#))

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.

Art. 7º Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 2º, a Comissão de Valores Mobiliários, instaurado inquérito administrativo, poderá solicitar à autoridade judiciária competente o levantamento do sigilo junto às instituições

financeiras de informações e documentos relativos a bens, direitos e obrigações de pessoa física ou jurídica submetida ao seu poder disciplinar.

Parágrafo único. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, manterão permanente intercâmbio de informações acerca dos resultados das inspeções que realizarem, dos inquéritos que instaurarem e das penalidades que aplicarem, sempre que as informações forem necessárias ao desempenho de suas atividades.

Art. 8º O cumprimento das exigências e formalidades previstas nos artigos 4º, 6º e 7º, será expressamente declarado pelas autoridades competentes nas solicitações dirigidas ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários ou às instituições financeiras.

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

§ 1º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos respectivos serviços jurídicos.

§ 2º Independentemente do disposto no *caput* deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes.

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.

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.

Art. 12. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revoga-se o [art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964](#).

Brasília, 10 de janeiro de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*José Gregori*

*Pedro Malan*

*Martus Tavares*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U de 11.1.2001