

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA

Gilberto José Góes de Mendonça¹

RESUMO

Este artigo analisa o sigilo bancário sobre o prisma constitucional, sua relação com os direitos fundamentais da privacidade e liberdade previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o confronto com outros direitos e princípios expressa ou tacitamente previstos na Carta Magna, para em seguida contextualizar historicamente o instituto do sigilo bancário, apresentando as leis que se sucederam até o advento da Lei Complementar nº 105/2001, que atualmente regulamenta a matéria. Levanta as divergências jurisprudências existentes dentro de uma mesmo Tribunal e, neste ensejo, analisa os argumentos favoráveis e contrários a quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária, independentemente de autorização judicial, apontando, em seguida, a tendência de posicionamento do Supremo Tribunal Federal para, ao final, concluir pela legalidade do referido procedimento. O objetivo deste estudo foi analisar se o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 pode ser considerado constitucional à luz da doutrina e jurisprudência dos tribunais. Para tanto foi utilizado o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica sendo examinada a doutrina existente e decisões das diversas esferas dos tribunais superiores. Os resultados demonstraram que a tendência do STF é no sentido de interpretar o dispositivo legal como inconstitucional.

Palavras-Chave: Quebra. Sigilo Bancário. Autoridade Fazendária. Auditoria.

ABSTRACT

This article analyzes the banking secrecy on the constitutional point of view, his relation to the fundamental rights to privacy and freedom provided by the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988 and confronts him with other rights and principles expressed or impliedly provided for in the Constitution, for then historically contextualize the institute of banking secrecy, introducing laws that followed until the advent of Complementary Law 105/2001, which currently regulates the matter. Raises the existing jurisprudence divergences within the same Court and in this opportunity, analyzes the arguments for and against the breach of banking secrecy by the treasury authority, regardless of judicial authorization, pointing, then the tendency of positioning of the Supreme Court for, the end, completing the legality of the

¹ Gilberto José Góes de Mendonça, graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, pós-graduando *lato sensu* em Auditoria Fiscal e Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE – e graduando em Ciências Contábeis pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Advogado.

procedure. The aim of this study was to examine whether Article 6 of Law No. 105/2001 Supplement may be considered in the light of constitutional doctrine and jurisprudence of the courts. For this we used the deductive method and the literature being examined existing doctrine and decisions of the various spheres of the higher courts. The results showed that the trend is towards the STF to interpret the legal provision as unconstitutional.

Key words: Breaks. Banking secrecy. Tax Authorities. Audit.

1. INTRODUÇÃO

Fato corriqueiro no cotidiano das pessoas jurídicas e das pessoas naturais, a fiscalização tributária é situação que afeta a tranquilidade de todas indistintamente. De posse dos instrumentos que determinam a instauração do procedimento administrativo fiscal, os agentes fiscais iniciam a auditoria fiscal intimando os contribuintes para apresentar diversos documentos, sob pena de aplicar de sanções, notadamente, a de embaraço à atuação fiscal.

Não há dúvida que alguns empresários, à margem da legalidade, utilizam artifícios para pagar menos tributos, incorporando ao seu patrimônio valores que originariamente deveriam ser repassados para o Fisco, dando azo ao enriquecimento ilícito e os malefícios da injustiça fiscal. Estes artifícios não engenhosamente retratados nos livros contábeis e fiscais, de modo que, por vezes, a única forma de averiguar a veracidade das informações constantes nos referidos livros é mediante confrontação com as movimentações financeiras extraídas dos dados bancários, sem as quais a atividade do auditor seria inócua.

A legislação vigente prevê a obrigação do contribuinte de apresentar diversos documentos, contudo a controvérsia surge quanto à exigência em apresentar os extratos bancários. Isto porque dois interesses constitucionais entram em conflito: de um lado, tem-se o direito ao sigilo dos dados, consequência do direito à privacidade e, de outro, temos o interesse do ente público da administração tributária em fiscalizar o cumprimento da legislação e o correto recolhimento dos impostos pelos contribuintes. Apesar do advento da Lei Complementar (LC) nº 105, de 10 de janeiro de 2001, novo marco regulatório do sigilo bancário, muitas controvérsias ainda pairam sobre o tema, havendo divergências até mesmo entre Turmas de um mesmo Tribunal, como é o caso do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, em que a 4ª Turma, no Agravo de Instrumento (AI) nº 0004864-42.2012.4.03.0000 entendeu não estar eivada de qualquer vício de legalidade ou inconstitucionalidade a quebra do sigilo bancário e a exposição da movimentação financeira sem autorização judicial, ao passo que a 3ª Turma no Agravo em Apelação Cível (APC) nº 0003369-93.2012.4.03.0061 se posicionou no sentido de que a quebra do sigilo bancário sujeita-se a cláusula da reserva de

jurisdição, em outras palavras, o acesso as informações das movimentações bancárias do contribuinte pela autoridade fazendária depende de necessária e prévia autorização judicial, sem a qual se encontra maculada por manifesta inconstitucionalidade.

A solução desta controvérsia poderá vir com o julgamento Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cuja repercussão geral da questão constitucional foi reconhecida em 23 de outubro de 2010, todavia, enquanto a Corte Suprema não uniformiza a jurisprudência, os contribuintes terão que conviver com a insegurança jurídica.

Neste contexto, este trabalho tem por objetivo analisar se o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001 está em harmonia com a ordem constitucional vigente. Para tanto, apresenta a controvérsia existente sobre o sigilo bancário no curso da auditoria fiscal, realizando um exame sistêmico das leis existentes sobre o tema, confrontando-as com a doutrina jurídica e algumas decisões dos tribunais pátrios. Ato contínuo, discorrer-se sobre o direito constitucional fundamental à inviolabilidade da intimidade, privacidade e sigilo de dados. Em seguida, realiza um exame do sigilo bancário, investigando seu conceito, natureza jurídica e contexto histórico que culminou na edição da LC nº 105/2001, mostrando exegese contra e a favor desta norma.

2. CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Em 5 de outubro de 1988, era promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), marcando o final da transação do regime ditatorial de 1964 para a abertura política. Esta Constituição Federal é, nas palavras de Sarlet (2012), “a mais democrática e avançada em nossa história constitucional”, dentre outros motivos, porque deu notável relevância aos direitos e garantias fundamentais, relacionando-os já no Título II, após tratar dos princípios fundamentais da República Federativa. Essa relevância é destacada por Cunha Júnior (2011) quando afirma que “com a novel posição topográfica dos direitos fundamentais, é nítida a opção da Constituição atual pelo Estado como o instrumento, e pelo homem como o fim, e isso é um importante subsídio hermenêutico”.

A essa inovação, outras se seguiram entre as quais podemos citar, a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, esculpida no §1º do art. 5º da CF/88, a cláusula de abertura material ou de não tipicidade transcrita no §2º do mesmo artigo e por último, e talvez mais importante, cite-se que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais expressas na Carta Magna não podem ser objeto de alterações que tendam a aboli-las, integrando, assim, o rol de cláusulas pétreas desenhado no §4º do art. 60 da CF/88. Esta última, constitui uma limitação material ao poder de emendar a Constituição,

com o propósito de obstar que o legislador constituído realizasse modificações imprudentes e impulsivas de assuntos essenciais ao Estado e ao cidadão.

Ante o manifesto valor dos direitos e garantias fundamentais atribuídas pelo Poder Constituinte Originário, não há que olvidar em lhes dar máxima eficácia, porquanto só assim se estará alcançando o intento do constituinte: proteger a população das atrocidades de outrora.

3. DO DIREITO À PRIVACIDADE E A GARANTIA AO SIGILO BANCÁRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Indiscutivelmente, um dos mais relevantes direitos fundamentais que protegem a personalidade e a dignidade humana é o direito à privacidade, tomado em seu sentido amplo para abarcar o direito a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas e o sigilo de correspondência, dados e comunicações telefônicas, estando previsto no art. 5º, X e XII da CF/88:

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

[...]

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

[...]

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

Segundo Ferraz (apud Mendes, 2009), trata-se de “direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país” e seu conteúdo encerra a possibilidade de impor aos outros o respeito e de oferecer resistência ao que lhe é particular e almeja ser mantido longe do conhecimento público, para não macular sua integridade moral. Contudo, é possível imaginar situações em que a divulgação de informações de uma determinada pessoa, ainda que contra a sua vontade, seja admitida. Isto porque a vida em comunidade impossibilita que se atribua valor absoluto à privacidade, afinal o interesse público, salvaguardado pela Constituição, revestem-se de supremacia sobre o interesse privado.

Como corolário do direito à privacidade e da interceptação da comunicação de dados, surge o sigilo bancário, que pode ser entendido como a obrigação das instituições financeiras e

creditícias em geral de não revelar as informações obtidas em decorrência das relações jurídicas estabelecidas com seus clientes, salvo justo motivo. Ao passo que o sigilo da comunicação de dados tutela a comunicação privativa, o sigilo bancário tutela a vida privada e a intimidade, mas ambos têm por fundamento lógico-jurídico a liberdade.

Por serem decorrência lógica do direito à privacidade e à inviolabilidade da comunicação de dados, há quem sustente que nenhuma lei infraconstitucional seria capaz de alguma cercear o sigilo bancário, nem por mesmo por lei complementar, por ser um direito fundamental. Dentre eles citamos Bastos (apud BALEEIRO, 2013), para quem o direito à privacidade “abrange atualmente o de impedir que terceiros, inclusive o Estado e o Fisco tenham acesso às informações sobre o que se denominou ‘área de manifestação existencial do ser humano’”, destacando esses autores que a garantia desta liberdade e dos direitos fundamentais que a embasam é principal distinção entre o Estado de Direito em que nos encontramos e os Estados totalitários.

Por outro lado há aqueles, na esteira de Ferraz Júnior (2011), que se posicionam no sentido de que a inviolabilidade das informações pertinente à vida privada apenas se aplica àqueles dados associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência pessoal do contribuinte e que só dizem respeito aos que com ele convivem. Assim, não poderia ser invocado, em desfavor da Administração tributária que tem o constitucional encargo de fiscalização e controle, a garantia do sigilo bancário para proteger meros dados cadastrais e gerais bancários, bem como as informações relativas à variação patrimonial e à movimentação financeira genérica.

Independentemente da localização topográfica na Constituição Federal, certo é que nenhum direito é absoluto, pois seria admitir que uma norma constitucional seria hierarquicamente superior a outra norma constitucional e, nos dizeres de Cunha Júnior (2011) “toda Constituição deve ser compreendida como uma unidade de uma pluralidade de normas, sem distinção hierárquica entre suas normas”, de modo que no conflito de normas que encerrem valores distintos e tutelem bens jurídicos aparentemente opostos, o intérprete deverá ordenar e conformar as normas constitucionais em conflito, de forma que não haja a renúncia total de uma em proveito de outra.

4. A ATIVIDADE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

A lei, para que passe a incorporar o ordenamento jurídico, deve ser votada e aprovada por representantes eleitos pelo povo. A constatação deste fato é importante para que se compreenda

que a lei é uma manifestação da vontade popular, do interesse público. E, por ser o interesse público indisponível, é que toda a atividade administrativa do Estado está vinculada à lei. Este é o princípio da legalidade, consequência lógica do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica.

Por este motivo, todos os atos praticados por agentes públicos devem se manter dentro dos balizas legais, em respeito ao princípio da legalidade esculpido no art. 37 da CF/88, que, segundo Melo (2008), “é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo, a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos”, submetendo a Administração Pública, completa e irremediavelmente, às leis. Notadamente em matéria tributária, esse princípio ganha especial relevância por tocar em direitos essenciais e sensíveis do cidadão, como a propriedade e a liberdade, as normas que disciplinam o controle e a fiscalização tributária são especialmente rígidas. Como leciona Carvalho (2012), “nenhum ato pode ser praticado sem autorização expressa da lei e o funcionário não dispõe de liberdade de ação para inovar o quadro das providências legalmente possíveis”.

Nesta linha lógica, o Código Tributário Nacional (CTN), reza:

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Já antes da Constituição Federal de 1988, o tema do sigilo bancário era regulado pelos artigos 17 e 18 do Código Comercial, de 25 de junho de 1850, que proibia expressamente as instituições financeiras de fornecer dados, informações de movimentações financeiras e variação patrimonial de seus clientes, independentemente do pretexto ou da autoridade:

Art. 17 - Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência 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 comércio, só pode ser ordenada a

favor dos interessados em gestão de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra.

Essas regras prevaleceram até o ano de 1964, quando o Supremo Tribunal Federal editou as súmulas 390 e 439 e relativizou o rigor dos dispositivos acima mencionados para admitir medidas preventivas para exibição dos livros comerciais e sujeitando quaisquer livros comerciais à ação fiscalizadora dos agentes fiscais tributários e previdenciários, mas limitando o exame aos pontos objeto da investigação.

Súmula 390

A exibição judicial de livros comerciais pode ser requerida como medida preventiva.

Data de Aprovação

Sessão Plenária de 03/04/1964

Súmula 439

Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.

Data de Aprovação

Sessão Plenária de 01/10/1964

Neste mesmo ano, foi publicada a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, conhecida por Lei do Sistema Financeiro Nacional, dispondo, dentre outras matérias, sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias. O art. 38, §5º da referida lei inovou no ordenamento jurídico ao permitir que os agentes fiscais tributários pudessem proceder o exame de informações em registros de contas de depósitos, desde que houvesse processo instaurado e fossem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Posteriormente, entrou em vigor a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, conhecido como Código Tributário Nacional, que excluiu, para efeitos da fiscalização fazendária, a aplicação de qualquer disposição legal tendente a restringir o direito dos agentes fiscais de examinar quaisquer dados dos contribuintes de interesse da administração tributária ou que permitisse o contribuinte se eximir da obrigação de apresentar as informações requisitadas.

Contudo, a lei não deixava claro se o termo “processo instaurado” se referia exclusivamente a processo judicial ou também abrangia os processos administrativos-fiscais, pairando também controvérsias sobre quem seria a “autoridade competente” referenciada pela norma. Quando instado a se manifestar, o Superior Tribunal de Justiça, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, se posicionou no sentido de que, para os efeitos da Lei nº

4.594/64, seria necessária ordem emanada do Poder Judiciário exarada em regular processo judicial.

Adveio, então, a Lei nº 8.021/90, que previa:

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 nº 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.

As principais críticas ao referido dispositivo direcionavam-se a aplicabilidade do dispositivo, que direcionava para normas regulamentares dos Ministérios da Fazenda, Economia e Planejamento jamais editadas; e, ainda mais grave, a uma inconstitucionalidade formal. Isto porque a primitiva redação do art. 192 da Constituição Federal de 1988, que fora modificada com o advento da Emenda Constitucional nº 40/2003, rezava que o Sistema Financeiro Nacional deveria ser regulado por Lei Complementar.

Em meio a toda essa discussão jurídica, o então Senador pelo Estado do Ceará, Sr. Lúcio Alcântara, propõe um projeto de lei que, mais tarde, se converteu na Lei Complementar nº 105/2001. Esta lei, na medida em que impõe o dever de sigilo, ao rezar, em seu artigo 1º que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”, também permitiu que os agentes fiscais tributários de todos os entes federativos pudessem examinar os registros de instituições financeiras, aí inclusos os alusivos as contas de depósitos e aplicações financeiros, desde que houve processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e os exames sejam indispensáveis para autoridade administrativa competente.

Mesmo com o advento da Lei Complementar nº 105/2001, não cessaram as divergências e, atualmente, está tramitando perante o STF 05 (cinco) Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade contra a referida lei, todas pendente de julgamento. Igualmente pendente de julgamento está o Recurso Extraordinário nº 601.314-SP, onde foi reconhecido, em 23 de outubro de 2009, a Repercussão Geral sobre fornecimento de informações relativas a movimentações financeiras ao Fisco sem autorização judicial, nos termos do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

Até mesmo Turmas de um mesmo tribunal divergem sobre o tema. É o caso do Tribunal Regional Federal (TRF) da 3ª Região, em que a 4ª Turma, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0004864-42.2012.4.03.0000, reconheceu a legalidade da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, ao passo que a 3ª Turma do mesmo TRF, nos autos do Agravo em Apelação Cível nº 003369-93.2012.4.03.6100, entendeu padecer de inconstitucionalidade a quebra do sigilo bancário por requisição administrativa.

5. CONFRONTO DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

A Constituição Federal brasileira de 1988, logo em seu artigo 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito. Em seguida, em seu artigo 3º, estabelece os objetivos fundamentais da República que ela inaugura.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Vê-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito também se caracteriza pela adoção de uma postura de promover e viabilizar os direitos fundamentais e a justiça social, através da execução de diversas políticas e prestações públicas. Piscitelli (2011) chega a afirmar que os entes administrativos têm o “dever de garantir e assegurar não só a manutenção da estrutura administrativa estatal, mas igualmente de satisfazer as necessidades públicas por meio do gasto do dinheiro público”. Para tanto, faz-se necessário o financiamento do Estado para cumprir com esses compromissos e, neste sentido, a tributação, enquanto fonte de “receita ordinária obtida à luz de imposição coativa e de manifestação soberana do Estado, no uso típico de sua autoridade ou de seu constrangimento, direcionados à invasão patrimonial dos particulares” (SABBAG, 2010) assume primordial relevância para a concreta efetivação dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros.

Assim, com base no seu status de cidadão e da sua condição de ser naturalmente social, da qual decorre o dever de solidariedade, é que se fala nos dias atuais no dever fundamental de recolher tributos. Segundo Cardoso (2014), este dever não está previsto em um dispositivo

específico do Constituição, mas decorre de sua dogmática lógica, porquanto concirna “à própria viabilidade da existência do Estado” e deve ser entendido como fundamental porque está inserido na própria configuração do Estado, estabelecendo estreita relação com os valores e os objetivos que encerram à organização e estrutura estatal.

Contudo, segundo o Informativo para Imprensa nº 123, de 2000, disponibilizado pela Receita Federal do Brasil, o descumprimento deste dever fundamental é corriqueiro, deixando os cofres públicos de arrecadar valores que seriam empreendidos nos objetivos do Estado. Vejamos estes dados:

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

Os valores sonogados são expressivos e a atuação fiscalizadora do Estado não pode quedar-se inerte, devendo o legislador munir os auditores fiscais de meios e instrumentos para que possam exercer, com efetividade e eficiência, o seu múnus. E neste contexto, a quebra do sigilo bancário é, em muitos casos, uma ferramenta essencial nos procedimentos de auditoria fiscal, já que as informações que vierem a ser fornecidas pelas instituições bancárias e financeiras constituem a principal, senão a única fonte de informações confiáveis, para ser confrontada com a contabilidade registrada pela empresa.

Entretanto, alguns órgãos das instâncias ordinárias do Poder Judiciário, ainda relutam em reconhecer a possibilidade de os agentes fiscais tributários requisitarem diretamente das instituições financeiras os registros de variações patrimoniais e movimentação financeira genérica, ainda que haja instaurado procedimento administrativo ou ação fiscal em curso e o exame seja reconhecido como indispensável pela autoridade administrativa, como é o caso da 3ª Turma do TRF da 3ª Região, cujo acórdão transcrevemos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO POR REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA. LEIS 9.311/96 E 10.174/01. LC 105/01. INCONSTITUCIONALIDADE. SUPREMA CORTE. RESERVA DE PLENÁRIO SUPERADA PELA DECISÃO DO EXCELSO PRETÓRIO. AGRAVO INOMINADO DESPROVIDO.

1. Caso em que a fiscalização somente apurou receitas tributáveis que teriam sido omitidas pelo contribuinte, após quebra de sigilo bancário por requisição administrativa, sem intervenção judicial, o que, embora encontrasse amparo na Lei Complementar 105/2001, Lei 9.311/1996 com redação dada pela Lei 10.174/2001 e Decreto 3.724/2001, configura procedimento eivado de vício capital de inconstitucionalidade, conforme decidido pela Suprema Corte (RE 389.808, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE 09/05/2011).

2. O entendimento acima citado foi adotado pela Turma já na AC 0019889-70.2008.4.03.6100, na sessão de 04/08/2011, a provar que a fiscalização, fundada na quebra do sigilo bancário por requisição exclusiva da autoridade administrativa, sem autorização judicial, porque eivada de inconstitucionalidade, não viabiliza a exigibilidade do crédito tributário.

3. Existente precedente da Suprema Corte, firmado no RE 389.808, fica dispensada, nos termos do parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, a aplicação da regra de reserva de Plenário, figurando-se prescindível o exame da inconstitucionalidade pelo Órgão Especial quando já declarado o vício pela própria Suprema Corte.

4. Agravo inominado desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AMS 0003369-93.2012.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 20/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013)

No caso citado, os julgadores entenderam pela inconstitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001, por considerarem que a quebra do sigilo bancário sujeita-se a reserva de jurisdição. O princípio da reserva de jurisdição, como definiu o Min. Celso Mello, na ementa do acórdão no qual foi relator, proferido no Mandado de Segurança nº 23.452-RJ, julgado em 16/09/1999,

[...]importa em submeter à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive aqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

A reserva de jurisdição, utilizada para relativizar algum direito fundamental, objetivaria garantir que a referida relativização não constituísse uma prática abusiva, mas sim, nos dizeres de Pinto (2009), “que sua prática represente tão somente o resultado de uma ponderação dos valores protegidos em face de outros valores de igual relevância, como, por exemplo, a segurança da sociedade”.

Os autores que são contrários a quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária, também sustentam que esta medida viola o devido processo legal, porque se deferida fora dos autos do processo dificultaria o contraditório e a ampla defesa, além do que não seria possível verificar a proporcionalidade e realizar o sopesamento de princípios, sem a existência de processo, pois sendo medida de exceção, só poderia ser relativizada quando presente manifesto interesse público, sobressaindo a necessidade, a adequação e a razoabilidade.

De outro lado, há aqueles órgãos judiciais que reconhecem a constitucionalidade da quebra do sigilo bancário pelo Fisco, por diversos fundamentos, como se infere do julgado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - INCLUSÃO DE EMPRESA - DECADÊNCIA - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

1. A matéria relativa à inconstitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela fiscalização sem autorização judicial ainda não se encontra dirimida no âmbito do C. Superior Tribunal Federal e atualmente encontra-se afetada ao plenário em sede de repercussão geral no RE 601.314.
2. Embora deva ser respeitado o direito à privacidade, não podem ser anulados outros vetores da Constituição Federal, tais como o princípio da igualdade na tributação e o princípio da capacidade contributiva.
3. Conquanto a regra seja a proteção do sigilo bancário, se a situação fática apresentar-se de modo suspeito, de rigor a verificação da movimentação bancária.
4. A prerrogativa conferida ao fisco pela Lei Complementar nº 105/2001 não lhe permite, a seu talante, devassar a vida de quem quer que seja. A quebra do sigilo bancário, como restrição do direito à privacidade do cidadão, somente há de ser permitida ante a necessidade do procedimento, a bem de interesses igualmente insculpidos na nossa Constituição e seguindo o devido processo legal.
5. Há de ser resguardada a privacidade do indivíduo e protegido o interesse público, que exsurge da necessidade de que todos sejam tratados de maneira isonômica, inclusive no campo da tributação.
6. Aplicação dos princípios da Unidade da Constituição e da mútua cedência, mediante interpretação harmônica dos dispositivos constitucionais.
7. A quebra do sigilo bancário não pode ser feita de forma desmedida, qualquer abuso da autoridade poderá ser analisado pelo Poder Judiciário, que deverá conformar a atividade fiscal aos exatos termos de sua atuação vinculada, sob pena de se permitir que seja transformada a prerrogativa constante da Lei n. 10.174/01 em mecanismo de perseguições e desmandos.
8. O magistrado deve verificar, caso a caso, se o sigilo bancário há de ser compatibilizado com outros princípios norteadores da Constituição, ou se, no caso em concreto, tal quebra afrontaria diretamente direito insculpido na Constituição.
9. A situação fática apresentou-se de modo suspeito, fazendo-se necessária a verificação da movimentação financeira da executada, para comprovar a confusão patrimonial entre a ela e as novas pessoas jurídicas criadas para dar continuidade às atividades que exercia anteriormente.

10. Ante o panorama fático, não se vislumbra inconstitucionalidade ou ilegalidade na quebra de sigilo bancário e de movimentação financeira sem autorização judicial.

11. O Código Tributário Nacional disciplina a decadência, em decorrência da anulação do lançamento anteriormente efetivado, no seu artigo 173, inciso II, mas somente o vício formal enseja a aplicação deste dispositivo.

12. A anulação do lançamento por erro na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária não é considerado vício formal pela jurisprudência assente do E. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 392.

13. Impossibilidade de se aferir a imutabilidade da decisão administrativa que anulou o lançamento e de se examinar a arguição de decadência, que poderá ser melhor dirimida em sede de eventuais embargos à execução, com ampla dilação probatória.

14. Agravo de instrumento desprovido.

(TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, AI 0004864-42.2012.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 07/06/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/06/2013).

Para os adeptos dessa corrente, a quebra do sigilo bancário pela fiscalização fazendária não ofende a Constituição Federal porque: (a) não há direitos absolutos na Constituição brasileira, de modo que o direito à privacidade deve ser sopesado com o princípio da isonomia tributária e da capacidade contributiva; (b) a prerrogativa do Fisco não lhe permite esquadrihar a vida do contribuinte, só sendo admitida dentro dos parâmetros legais estabelecidos, por se tratar de ato estritamente vinculado à Lei e, neste diapasão, não haveria violação ao devido processo legal, pois permite a análise dos pressupostos autorizadores pelo Poder Judiciário, onde se concretizaria o contraditório e a ampla defesa; (c) a LC nº 105/2001 não estabeleceu a necessidade de prévia autorização judicial, pelo que não há de se falar em sujeição à cláusula de reserva de jurisdição; (d) viabiliza justiça fiscal, não admitindo que sob a proteção do sigilo bancário alguns se furtem a cumprir suas obrigações tributárias; (e) não é viável a instauração de processo de produção antecipada de provas ou exibição de documentos para obrigar o contribuinte ou a instituição financeira a apresentar as informações necessárias ao procedimento administrativo ou ação fiscal, uma vez que estas ações levariam anos para serem julgadas, podendo levar, inclusive, a prescrição ou decadência do crédito tributário que se pretendia averiguar.

Somam-se a estes argumentos, dois fundamentos de ordem constitucional, como bem ressalta Saraiva Filho (2014). Por primeiro, temo que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.790/DF, o STF reconheceu constitucional a transferência, mediante remuneração, de registros de dados e informações sobre movimentação financeira de clientes entre estabelecimentos comerciais e instituições financeiras, sob o fundamento de melhor efetiva a proteção aos créditos privados e o lucro. Em segundo, tem-se que a Constituição

Federal de 1988 expressamente autoriza o acesso direto do Fisco a dados que contribuam a identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, conforme previsão do art. 145, §1º:

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

[...]

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

O STF não tem uma posição firmada sobre a matéria, o que apenas ocorrerá por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 601.314-SP, que, como já mencionado, teve sua repercussão geral reconhecida. Todavia, parece que a Suprema Corte se inclina pela inconstitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001, já que no recente julgamento do RE nº 389.808, entendeu conflitante com a Carta Constitucional a norma que permitia a Receita Federal o afastamento do sigilo de dados dos contribuintes, como se depreende da ementa abaixo trazida:

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. (STF, RE 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218 RTJ VOL-00220- PP-00540)

5. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, pode-se concluir, ao contrário dos doutrinadores mais tradicionais, mas na esteira dos vanguardistas, que os fundamentos favoráveis à quebra do sigilo bancário pela autoridade fazendária, independentemente de autorização judicial, quando instaurado procedimento administrativo ou ação fiscal e reconhecida a sua imprescindibilidade são consistentes e estão em consonância com a ordem jurídica vigente.

Sobretudo quando as informações fornecidas referem-se a montantes globais de movimentação financeira e variação patrimonial, que nada revelam sobre a vida privada do contribuinte que está sendo auditado.

Não se pode admitir que, sob o baldrame do sigilo bancário, a atuação fiscalizadora reste prejudicada, fazendo prevalecer o interesse de um particular em detrimento de toda a sociedade. Estar-se-ia, assim, incentivando que o dever fundamental de recolher tributos fosse ignorado, prejudicando a viabilização, pelo Estado, dos seus objetivos constitucionais.

Por isso, espera-se que o Supremo Tribunal Federal mude a tendência despontada pelo voto do Min. Marco Aurélio de Melo, para reconhecer a constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001 e, assim, relativizar o sigilo bancário, medida que estaria ajustadas com a vontade de promover justiça social.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013.
- CARDOSO, Alessandro Mendes. **O Dever Fundamental de Recolher Tributos no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva: 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2009.
- CASTRO, Aldemário Araújo. **A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar nº 105/2001**. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/sigilob.htm>>. Acesso em: 03.set.2014.
- COELHO, Sacha Calmn Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2012.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm: 2011.
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm: 2011.
- DIEZ, Carmen Lúcia Fornari; HORN, Geraldo Balduino. **Orientações para Elaboração de Projetos e Monografias**. 3. ed. Petrópolis: Vozes: 2013.
- FOLMANN, Melissa. **Sigilo Bancário e Fiscal**. 2. ed. Curitiba: Juruá: 2003.
- GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten. (Org.). **Sistema Constitucional Tributário: Dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários – Estudos em Homenagem ao Ministro Luiz Fux**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2014.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Coord.). **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2011. 1 v.
- _____. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva: 2011. 2. v.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros: 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas: 2000.
- PALÁCIO DO PLANALTO. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>> Acesso em: 03.set.2014.
- PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2012.
- PINTO, Guilherme Newton do Monte. **A Reserva de Jurisdição**. Dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* em Direito Político e Econômico, realizado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo: 2009.
- PISCITELLI, Tathiane. **Direito Financeiro Esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método: 2011.
- QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. **Sigilo Bancário**. São Paulo: Dialética: 2002
- RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/>> Acesso em 02.set.2014.
- ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. São Paulo: 2011. 15. v.
- SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilo Bancário e Fiscal: Estudos em Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. Belo Horizonte: Fórum: 2011.

SENADO FEDERAL. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/>> Acesso em: 03.set.2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em: 11.ago.2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> > Acesso em: 11.ago.2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/>> Acesso em: 04.set.2014.