

## A POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES BANCÁRIAS SIGILOSAS PARA O FISCO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

*THE POSSIBILITY OF ACCESS TO CONFIDENTIAL BANK ACCOUNT INFORMATION BY THE TAX ADMINISTRATION WITHOUT PRIOR JUDICIAL AUTHORIZATION*

**André Rocha Nardelli**

Auditor-Fiscal e Coordenador-Geral de Contencioso Administrativo e Judicial da Receita Federal do Brasil

**Márcio Henrique Sales Parada**

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e Conselheiro da 1ª Turma Especial da 1ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

**RESUMO:** Há muito que se debate sobre a constitucionalidade de dispositivo da Lei Complementar nº 105, de 2001, que possibilitou à Administração Tributária o acesso aos dados bancários dos contribuintes sem prévia autorização judicial, desde que haja processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. A controvérsia reside no contraponto entre esse instrumento de atuação fiscal e direitos fundamentais como a privacidade e a intimidade dos cidadãos e das empresas, imaginando-se que tais informações possam conter dados não apenas numéricos, mas também qualitativos, que revelem, por exemplo, onde foi efetuada uma compra ou suportada uma despesa. Não se pode esquecer, entretanto, que existem diversas situações no campo de atuação fiscal nas quais a Administração Tributária tem acesso, sem ordem judicial, a informações privadas, de interesse particular. Tais informações são utilizadas para se averiguar a capacidade contributiva dos contribuintes, aplicando-se o devido sigilo fiscal. No âmbito internacional, a tendência é a adoção de padrões de transparência e a troca de informações tributárias, mitigando-se a privacidade quando se encontram indícios de práticas que possam acarretar evasão fiscal, lavagem de dinheiro ou consecução de atos terroristas. O escopo do presente estudo é, portanto, analisar tais questões dentro da ordem constitucional e da finalidade pública da Administração Tributária, sob a ótica da jurisprudência administrativa e judicial que se desenvolve no país, no momento em que se aguarda manifestação definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

**Palavras-chave:** Lei Complementar nº105/2001. Informações bancárias. Fisco. Sigilo. Autorização judicial. Jurisprudência.

**ABSTRACT:** The constitutionality of a provision of Brazilian Supplementary Law No. 105/2001 has long been debated. This provision allows the tax administration to access taxpayers confidential bank account information without prior judicial authorization, provided there are established fiscal procedures or ongoing administrative process and that such examinations are considered necessary by the competent tax authority. The controversy lies in the contrast between this instrument of fiscal performance and fundamental rights such as individuals and entities privacy, on the supposition that such information may contain not only numerical but also qualitative data, which could reveal, for example, where a purchase was made or an expense was supported. It should be borne in mind, however, that there are many situations on fiscal performance in which tax authorities have access to confidential information without prior judicial authorization. Such information is used to determine the ability to pay of taxpayers, and the tax secrecy must be kept by tax administration.

Internationally, the trend is the adoption of standards of transparency and exchange of information for tax purposes, mitigating the individuals and entities privacy when the tax authorities suspect there are evidences of practices that may involve tax evasion, money laundering or terrorist acts achievement. Therefore, this study addresses the analysis of such issues within the constitutional order and public purpose of the tax administration, from the perspective of administrative and judicial jurisprudence that is being developed in Brazil, pending a definitive decision of Brazilian Supreme Court on the subject.

**Keywords:** Supplementary Law No. 05/2001. Bank account information. Tax administration. Secrecy. Judicial authorization. Jurisprudence.

## 1 INTRODUÇÃO

A tributação é atividade do Estado que sempre sofreu resistência dos cidadãos, especialmente por interferir em direitos individuais.

Uma grande controvérsia foi instaurada após a promulgação da Lei Complementar nº 105, de 2001, cujo artigo 6º possibilitou ao Fisco o acesso aos dados bancários dos contribuintes, em posse das instituições financeiras e afins, sem a necessidade de prévia autorização judicial. Vejamos:

**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.

Se por um lado a Administração Tributária reputa legítima essa prerrogativa, existem inúmeras resistências dos particulares, consubstanciadas em ações judiciais e processos administrativos.

O debate envolve direitos fundamentais constantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, e da Constituição Federal de 1988, como a privacidade e a intimidade, e o dever, também constitucional, de se graduarem os impostos segundo a capacidade contributiva dos contribuintes.

Discussões em torno da privacidade têm se tornado frequentes, como nos casos de publicação de biografias não autorizadas de pessoas notórias e no uso da *Internet* e das redes sociais.

Entretanto, é preciso compreender e interpretar o sistema jurídico como um todo, para se conhecerem os contornos da privacidade e se encontrarem seus limites. Revelar essas fronteiras é essencial tanto para que este direito não seja transgredido quanto para impedir que seu exercício se transforme em abuso, avançando indevidamente sobre outros direitos, especialmente os coletivos.

Nesse contexto, o tema tratado no presente artigo assume destacada relevância, haja vista que se desenvolverá sob análise de como a jurisprudência pátria, judicial e administrativa, tem se posicionado. A definição da exegese judiciária impactará a atividade de fiscalização tributária nacional e a situação do Brasil no contexto tributário internacional.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema e aguarda-se sua manifestação definitiva, mormente em face da tendência internacional de adoção de padrões de transparência e de troca de informações tributárias que se prestem a combater a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro e o terrorismo.

Para o desenvolvimento do trabalho, serão colacionados inicialmente elementos doutrinários sobre direitos individuais e coletivos face à tributação e sobre a necessária efetividade da atuação fiscal para a consecução de suas obrigações constitucionais. Após, demonstrar-se-á como se dá atualmente o acesso aos dados bancários de contribuintes pela Administração Tributária brasileira e como a questão é abordada no direito comparado e, então, examinar-se-á o posicionamento da jurisprudência pátria, concluindo-se, ao final, sobre a possibilidade e a necessidade do Fisco receber diretamente das instituições bancárias e afins, sem prévia autorização judicial, os dados de contribuintes, nos casos em que se constatarem indícios de evasão fiscal.

## **2 OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS E A TRIBUTAÇÃO**

O elemento fundamental da definição de tributo é ser uma entrada decorrente do *ius imperii*, ou coercitiva, corolário da autoridade do Estado, ou seja, uma entrada cuja obrigatoriedade é “imposta”, sem que para isso concorra a vontade direta do obrigado. Ser compulsório distingue, então, o tributo das receitas de direito privado.

A Constituição brasileira, como a de todos os países democráticos, garante direitos aos contribuintes impondo limites ao poder do Estado de tributar. Sacha Calmon Navarro Coelho, após afirmar que devemos “deixar no olvido os Estados pretéritos, os Estados totalitários” e “surpreender o Estado Constitucional contemporâneo, o Estado de Direito, o Estado Democrático”, ensina que:

O poder de tributar, modernamente, é campo predileto de labor constituinte. A uma, porque o exercício da tributação é fundamental aos interesses do Estado, tanto para auferir as receitas necessárias à realização de seus fins, sempre crescentes, quanto para utilizar o tributo como instrumento extrafiscal, técnica em que o Estado intervencionista é pródigo. A duas, porque tamanho poder há de ser disciplinado e contido em prol da segurança dos cidadãos.<sup>1</sup>

Analisando-se como nascem as gerações de direitos, na visão do jurista Norberto Bobbio, podemos inferir que cada uma delas possui um fundamento próprio, que varia segundo fatores históricos.<sup>2</sup> Esses fundamentos, bem como seu conteúdo, são importantes na compreensão dos sujeitos ativo e passivo dos direitos e da vinculação do Estado, em cada geração. A título de exemplo, no direito à privacidade, o sujeito ativo é o indivíduo e o sujeito passivo, o Estado, que não pode, em regra, invadir a privacidade de seus cidadãos; seu papel é de abstenção.

Em apertada síntese, é possível dizer que os direitos fundamentais de primeira dimensão, ou geração, são ligados aos valores da liberdade, são os direitos civis e políticos que portam uma carga de individualismo com caráter negativo, por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Já ligados ao valor da igualdade, os direitos fundamentais de segunda geração são sociais, econômicos e culturais. Trazem em seu bojo uma titularidade coletiva com polaridade positiva, uma vez que exigem atuação estatal.

Coloquemos, ainda, os direitos fundamentais de terceira dimensão, ligados ao valor da fraternidade, ou solidariedade, uma vez que estão relacionados ao desenvolvimento e ao progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, ao patrimônio comum da humanidade, ao direito de comunicação, portanto, transindividuais. Há outras gerações expostas na doutrina, mas para a finalidade que ora se propõe, bastam essas.

A obtenção das receitas públicas derivadas e a possibilidade de que o Estado possa utilizá-las para a implementação de políticas públicas, bem como se valer da tributação para inibir ou incentivar comportamentos (caráter extrafiscal), faz desta o instrumento próprio para satisfazer os direitos de segunda e terceira gerações, limitada pelos direitos de primeira geração.

<sup>1</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

A visão sobre a tributação distanciou-se do pilar do “Estado do Bem-Estar” baseado na solidariedade, calcando-se em uma “neotributação”, na ideia do tributo como troca pelos serviços públicos individualmente prestados, em detrimento da já clássica visão do tributo baseada na capacidade econômica e como ferramenta de redistribuição de renda. Mitigou-se, em termos de tributação, a concepção do contrato social, da solidariedade. A invocação absoluta de direitos fundamentais, como a privacidade, coloca em risco o alcance de princípios como a igualdade, afastando a solidariedade social.

O princípio da igualdade encontra nos tributos um importante meio para sua promoção, não obstante, é muitas vezes invocado pelo direito adstrito a bizantinos formalismos, deixando de lado a realização da justiça. O que se deve buscar não é somente uma igualdade formal, mas uma igualdade material, finalística, em que todos são, de fato, e não apenas em teoria, tratados da mesma forma.

### **3 A NECESSIDADE DE EFETIVIDADE DA ATUAÇÃO FISCAL**

Não se pode desprezar o fato de que, para se conseguir alcançar o objetivo de tributar cada contribuinte de acordo com sua capacidade contributiva, espelhada em fatos de medida econômica, a Administração Tributária precisa agir com eficiência e eficácia, ou, em apenas uma palavra, agir com efetividade. Na realização desse intento, necessita dispor de instrumentos ágeis, aptos a auxiliá-la, como é o caso do acesso aos dados bancários sem a necessidade de prévia autorização judicial.

A jurista Regina Helena Costa, livre-docente em Direito Tributário e, desde agosto de 2013, Ministra do STJ, dedicou-se a estudar o princípio da capacidade contributiva<sup>3</sup>, corolário da igualdade, e discorreu sobre o princípio da “praticabilidade” da lei em matéria tributária:

A praticabilidade, também conhecida como praticidade, pragmatismo ou factibilidade, pode ser traduzida, em sua acepção jurídica, no conjunto de técnicas que visam a viabilizar a adequada execução do ordenamento jurídico. (...) O princípio da praticabilidade tributária constitui limite objetivo destinado à realização de diversos valores, podendo ser apresentado com a seguinte formulação: as leis tributárias devem ser exequíveis, propiciando o atingimento dos fins de interesse público por elas objetivado – qual seja, o adequado cumprimento de seus comandos pelos administrados, de maneira simples e eficiente, e a devida arrecadação dos tributos. Em consequência, os atos estatais de aplicação de tais leis – administrativos e jurisdicionais – ficam jungidos aos ditames da

<sup>3</sup> COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

praticabilidade, de modo a não frustrar a finalidade pública estampada na lei.<sup>4</sup>

Merece destaque a parte final da citação, no sentido de que os atos de aplicação das leis, administrativos e jurisdicionais, não podem frustrar a finalidade pública nelas estampada. Nesse sentido, entende-se que o objetivo do permissivo em comento, contido na Lei Complementar nº 105, de 2001, foi conferir à Administração Tributária um instrumento capaz de concretizar a finalidade prevista no artigo 145, § 1º da Carta Magna, qual seja, a pessoalidade dos impostos e sua graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando-lhe, para tanto, identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas e dando-lhe, portanto, “praticabilidade”.

Ao dispor que a relação tributária não deveria ser uma relação entre o indivíduo e o Estado, mas do indivíduo com os outros indivíduos da sociedade, devendo esse contribuir para as despesas públicas não em razão daquilo que recebe do Estado, mas enquanto membro da coletividade e em razão de sua capacidade contributiva, o professor italiano Francesco Tesauro conclui que uma disposição constitucional que trate da capacidade contributiva, no seu significado literal apenas, pode aparecer privada de efeitos práticos.<sup>5</sup>

Destaque-se, por oportuno, que a Administração Tributária já possui instrumentos que a auxiliam a ensejar “praticabilidade” ao princípio da capacidade contributiva e que consistem no acesso a dados sigilosos dos contribuintes, independentemente de prévia autorização judicial. Exemplo é o acesso aos dados constantes da declaração de imposto sobre a renda das pessoas físicas, como rendimentos, saldos bancários, relação de bens, dívidas e ônus reais, despesas médicas e com educação, quando se trabalham com informações íntimas e privadas, de interesse particular, devendo o Fisco resguardar o devido sigilo de tais dados.

No tocante às pessoas jurídicas, boa parte delas deve remeter a contabilidade integral ao Fisco pelo Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), onde constam informações financeiras, custos e despesas, fontes de financiamento e eventualmente informações que podem revelar segredos industriais, os quais passam a ser de conhecimento da Administração Tributária e ficam devidamente resguardados pelo sigilo fiscal.

<sup>4</sup> COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 388-390).

<sup>5</sup> TESAURO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Tributario, parte generale*. 9 ed. Milano: UTET giuridica, 2006, p. 67-68.

#### **4 O ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL**

O procedimento que decorre da autorização contida no artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não torna públicos registros de contas bancárias dos contribuintes, tampouco se mostra arbitrário.

O Decreto nº 3.724, de 2001, regulamenta referido dispositivo legal, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

Nos termos de referido Decreto, a Receita somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem indispensáveis. O artigo 3º do diploma legal estabelece quando poderão ser assim considerados. Por exemplo, o acesso aos dados bancários é indispensável quando há subavaliação de valores de operação de aquisição ou alienação de bens ou direitos, quando há realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível e quando ocorre a remessa para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas. Ou seja, para ocorrer o acesso aos dados bancários, há que ser constatada situação que contenha fortes indícios de evasão fiscal. Não se acessam dados bancários aleatória ou indiscriminadamente.

Constatada a imprescindibilidade do exame dos dados bancários pela Receita Federal, primeiramente o contribuinte, sob regular fiscalização instaurada, será intimado para apresentação das informações sobre movimentação financeira necessárias à verificação fiscal. Não o fazendo ou fazendo-o de forma parcial, será então expedida Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), dirigida à instituição que detém a informação correlata.

Para que seja expedida tal requisição, é necessária a prévia elaboração de relatório circunstanciado, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação de indispensabilidade prevista no Decreto em foco.

Após sua utilização no processo administrativo fiscal, os dados deverão ser entregues ao contribuinte, destruídos ou inutilizados e as informações, os resultados dos exames fiscais e os documentos obtidos serão mantidos sob sigilo fiscal, na forma da legislação pertinente.

Ressalte-se que a Receita Federal mantém rigoroso controle dos acessos aos dados dos contribuintes e aos processos administrativos fiscais (hoje digitais, na sua quase totalidade), registrando suas movimentações e responsáveis.

O servidor que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida com base no Decreto nº 3.724, de 2001, em finalidade ou hipótese diversa da prevista em lei, regulamento ou ato administrativo, será responsabilizado administrativamente por descumprimento do dever funcional, se o fato não configurar infração mais grave, sem prejuízo de sua responsabilização em ação regressiva própria e da responsabilidade penal cabível, nos exatos termos de seu art. 8º.

Ora, não há divulgação de dados ou “quebra de sigilo”. Como exposto, o que existe é a transferência dos dados ao Fisco, com finalidades públicas de fiscalização e arrecadação tributárias.

O sigilo bancário surgiu em decorrência do segredo profissional, uma vez que os “banqueiros” d’antanho, em função do seu ofício, passaram a conhecer os negócios e o patrimônio de seus clientes e familiares.

Atualmente, bancos e administradoras de cartão de crédito conhecem perfeitamente o perfil de consumo dos clientes, o tipo de estabelecimento que frequentam e compras que fazem, e o cliente, na maioria das vezes, escolhe um banco não por questões voltadas à intimidade ou à privacidade, mas pelo retorno financeiro.

Os dados coletados pelo Fisco, por sua vez, não permitem a violação da intimidade ou da privacidade dos cidadãos, haja vista que apresentam somente “débitos” e “créditos”. Ressalte-se que nos procedimentos de apuração, seguintes à obtenção dos extratos e informações cadastrais das contas (para se verificar quem efetivamente as movimentou e eventual existência de interpostas pessoas), o contribuinte é intimado a comprovar a origem dos recursos referentes aos depósitos auditados.

Observe-se que a obtenção dos dados, nos bem delimitados termos que se apresentaram acima, é justificada pelo interesse público e pelo dever de fiscalizar, eis que decorre da própria Constituição a necessidade de tornar efetivo o princípio da capacidade contributiva, identificando-se o patrimônio, a renda e os fatos econômicos que envolvem contribuintes.

A fiscalização não se concentra em saber como ou onde o contribuinte despense seu dinheiro, mas em presumida omissão de receitas caracterizada por depósitos bancários com origem não declarada ao Fisco e não comprovada no decorrer do procedimento fiscal.

Esse seria o grande gravame ao fiscalizado: a presunção legal de omissão de receitas, que é desenvolvida a partir da obtenção dos extratos e encontra resguardo na disciplina do artigo 42, da Lei nº 9.430, de 1996:



Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.

§ 1º O valor das receitas ou dos rendimentos omitido será considerado auferido ou recebido no mês do crédito efetuado pela instituição financeira.

§ 2º Os valores cuja origem houver sido comprovada, que não houverem sido computados na base de cálculo dos impostos e contribuições a que estiverem sujeitos, submeter-se-ão às normas de tributação específicas, previstas na legislação vigente à época em que auferidos ou recebidos.

§ 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente ...

Isso porque existe, no caso, a inversão do ônus da prova, não necessitando o Fisco demonstrar que aquele depósito trata-se de ingresso patrimonial inédito na esfera de disponibilidade do contribuinte, portanto passível de tributação, cabendo ao sujeito passivo demonstrar o contrário.

As presunções legais são admitidas em diversos casos para fins de tributação e não cabe aqui tratá-las, o que seria objeto de outro estudo, mas não é inovação ou exclusividade da legislação brasileira, sendo admitidas para fins de constituição de crédito tributário, por exemplo, no art. 38, § 4º do DPR nº 600, de 29 de setembro de 1973, que trata de matéria relativa ao lançamento do imposto de renda na Itália.<sup>6</sup>

## 5 A QUESTÃO NO DIREITO COMPARADO

Recentemente, diversos veículos de comunicação divulgaram a notícia de que líderes europeus pactuavam o fim do sigilo bancário na União Européia. O jornal espanhol *El País* informou que “a verdade é que os Estados membros receberão, pela primeira vez, informação sobre os interesses de contas, fundos e outros instrumentos financeiros mais inovadores (os

<sup>6</sup> *L'ufficio, indipendentemente dalle disposizioni recate dai commi precedenti e dall'articolo 39, puo', in base ad elementi e circostanze di fatto certi, determinare sinteticamente il reddito complessivo netto del contribuente in relazione al contenuto induttivo di tali elementi e circostanze quando il reddito complessivo netto accertabile si discosta per almeno un quarto da quello dichiarato. A tal fine, con decreto del Ministro delle finanze, da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale, sono stabilite le modalita' in base alle quali l'ufficio puo' determinare induttivamente il reddito o il maggior reddito in relazione ad elementi indicativi di capacita' contributiva individuati con lo stesso decreto, quando il reddito dichiarato non risulta congruo rispetto ai predetti elementi per due o piu' periodi di imposta.*

mais utilizados por quem pretende evadir impostos) que seus cidadãos tenham em outros países. Também se incluem dividendos ou ganhos de capital.”<sup>7</sup>

Depois de muitos anos trabalhando nesse sentido, entendendo que a possibilidade de informação de dados de contas correntes e outros investimentos de seus cidadãos, mantidas em outros países do bloco, é um importante instrumento contra a evasão fiscal, a maioria dos países europeus dobrou a resistência de Estados como Áustria e Luxemburgo e deu importante passo contra o véu negro do sigilo bancário. Até a notória posição suíça de manter em sigilo contas bancárias, remonta enfraquecida ante as pressões da União Europeia, da qual não faz parte.

Veja-se que a discussão na União Europeia versa sobre a obtenção e a troca de informações bancárias de contribuintes situados em outros países, haja vista que o debate acerca da obtenção das informações bancárias, diretamente pelo Fisco, de contribuintes situados no país de atuação de sua respectiva Administração Tributária, já resta superado.

Na Itália, por exemplo, o controle das contas correntes bancárias pela *Agenzia delle Entrate*, o Fisco italiano, foi introduzido com o Decreto-lei nº 201, de 06 de dezembro de 2011, convertido na Lei nº 214, de 22 de dezembro de 2011, que trouxe “disposições urgentes para o crescimento, a igualdade e a consolidação das contas públicas”, sendo conhecido como “Decreto Salva Itália”.<sup>8</sup>

Em seu artigo 11, referido ato legal impõe às instituições de crédito, bancos, correios e instituições financeiras, a obrigação de comunicar, através de dados eletrônicos, todas as informações relativas às contas correntes bancárias dos clientes. Tal obrigação foi regulamentada posteriormente, para disciplinar a forma de compilação e envio de tais dados. Naquele país, as preocupações com a privacidade dos contribuintes concentraram-se na segurança da transmissão de dados, entre bancos e Fisco, e o controle de dados por este foi considerado importante instrumento na luta contra a evasão fiscal.

Nos Estados Unidos, o *Internal Revenue Service* tem a prerrogativa, sem necessidade de prévia autorização judicial, de requerer diretamente às instituições financeiras os registros das movimentações bancárias, caso o contribuinte não os disponibilize voluntariamente. Para além disso, as instituições financeiras têm a obrigação legal de reportar ao Fisco americano

<sup>7</sup> Periódico *El País*. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/21/internacional/1395427370\\_753872.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/21/internacional/1395427370_753872.html). Acesso em: 4 ago. 2014.

<sup>8</sup> *Legge 22.12.2011 n° 214 pubblicata in Gazzetta Ufficiale 27 dicembre 2011, n. 300 di conversione del Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. salva Italia)*.

qualquer movimentação financeira relevante que levante suspeitas de atividades que possam visar ao financiamento de atividades terroristas ou à consecução de fraudes tributárias. Assim, mais do que simplesmente confiar os dados bancários ao Fisco, as instituições financeiras americanas atuam em parceria com a Administração Tributária local para evitar a evasão fiscal.

Para combater também a evasão fiscal praticada por *US persons* (cidadãos e empresas norte-americanas) que possuem residência ou atuem fora dos Estados Unidos, foi promulgado nos Estados Unidos, ainda em 2010, o *Foreign Account Tax Compliance Act*, conhecido pela sigla “Fatca”, que estabelece para instituições financeiras que atuem em outros países a obrigação de fornecer ao Fisco norte-americano informações sobre transações financeiras realizadas por *US persons* fora dos Estados Unidos. Pretendem os norte-americanos induzir, com pesada taxação, que instituições financeiras localizadas em todo o mundo adiram à referida lei, informando a seu Fisco os dados de interesse.

Destaque-se que o Brasil já possui acordo para o intercâmbio de informações tributárias com os Estados Unidos, aprovado pelo Congresso Nacional em março de 2013 e promulgado pela Presidente da República por meio do Decreto nº 8.003, de maio de 2013.

A lista de países que permitem o acesso do Fisco diretamente aos dados bancários dos contribuintes - inclusive para propósito de troca de informações tributárias com outros países - é extensa, destacando-se, dentre outros: África do Sul, Argentina, Austrália, Áustria, Suécia, Bélgica, Canadá, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Espanha, Hong Kong, Índia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, México, Mônaco, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Portugal, Rússia, Singapura, Alemanha e Estados Unidos.<sup>9</sup>

Diante do exposto, entender que manter contas sigilosas, limitando o poder de investigação do Fisco a uma prévia autorização judicial, é direito individual absoluto de privacidade, é caminhar em sentido contrário a países com sólidas instituições democráticas.

Um interessante estudo elaborado em 2008 pela Consultoria Legislativa do Senado federal, de autoria do economista Marcos J. Mendes, conclui que a harmonia com padrões internacionais de tributação é uma característica importante para definir a qualidade de um sistema tributário, tendo em vista os crescentes fluxos internacionais de capital, comércio e investimentos. Além disso, explana referido autor que a efetividade de um sistema tributário

<sup>9</sup> OCDE. *Tax Co-operation 2010: Towards a Level playing field*. OECD Publishing: 2010, p. 157-159.

diz respeito à capacidade das instituições fazendárias implementarem o sistema definido em lei.<sup>10</sup>

O Brasil, assim como todos os demais países-membros do G20 (formado pela União Europeia e dezenove países que representam as mais importantes economias do mundo, entre eles Estados Unidos, Japão, Alemanha e China), aderiu ao “Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias”, formado no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e que tem por finalidade implementar padrões de transparência e de troca de informações tributárias acordados internacionalmente, a fim de se enfrentarem os riscos de evasão fiscal.<sup>11</sup>

No ano de 2010, o país passou a figurar na lista dos países que implementaram corretamente referidos padrões (“lista branca”). Os líderes do Grupo, durante reunião de Cúpula, realizada em São Petersburgo em 2013, firmaram compromisso no sentido que a troca de informações será realizada de forma automática até o final de 2015. O grande desafio atual é inserir todas as jurisdições no compromisso com esse novo padrão global e colocá-lo em prática.<sup>12</sup>

## 6 A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

### 6.1. A Jurisprudência Judicial

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o assunto ainda não foi pacificado, sendo que aguardam julgamento o Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314, com repercussão geral reconhecida, e as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.390, 2.859, 2.386, 2.397 e 4.010.

Em dezembro de 2010, a questão foi analisada no julgamento do RE nº 389.808, no qual, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), o Tribunal afastou a possibilidade de acesso aos dados bancários da recorrente, uma pessoa jurídica, pela Receita Federal, sem prévia autorização judicial. O Relator, Ministro Marco Aurélio, assentou que deve ser protegida “a privacidade do cidadão, irmã gêmea da dignidade a ele assegurada mediante princípios explícitos e implícitos”. Seu posicionamento, de reserva de jurisdição, foi seguido pelos Ministros

<sup>10</sup> MENDES. Marcos J. **Os sistemas tributários de Brasil, Rússia, China, Índia e México: comparação das características gerais**. Senado. Disponível em: <[www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-49-os-sistemas-tributarios-de-brasil-russia-china-india-e-mexico-comparacao-das-caracteristicas-gerais](http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-49-os-sistemas-tributarios-de-brasil-russia-china-india-e-mexico-comparacao-das-caracteristicas-gerais)>. Acesso em: 4 ago. 2014.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/sobre-a-sain-1/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso. Em sentido contrário, os Ministros Ayres Britto, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie entenderam ser possível o acesso aos dados bancários pela Receita Federal sem prévia autorização judicial. A seguir, transcreve-se a ementa do acórdão do referido RE:

**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 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)

No referido julgado, não foi declarada a inconstitucionalidade das normas que tratam do assunto, mas sim foi conferida à legislação de regência a interpretação conforme a Constituição. O julgamento apresentou nuances que merecem ser destacadas e que demonstram o quanto o tema é controverso e tormentoso no âmbito da mais alta Corte do país.

Em 2003, o contribuinte que ingressara com o RE nº 389.808 interpusera também uma Ação Cautelar (de nº 33) para imprimir efeito suspensivo a esse RE, tendo sido deferida, pelo Ministro Marco Aurélio, liminar nesse sentido.

Em novembro de 2010, menos de 1 (um) mês antes da conclusão do julgamento do RE nº 389.808, houve o julgamento do mérito da Ação Cautelar nº 33, que terminou com o resultado de 6 (seis) votos a 4 (quatro) a favor da cassação da liminar, ou seja, a Corte Suprema entendeu que a Administração Tributária teria a prerrogativa de acessar dados bancários sem autorização judicial. Votarem nesse sentido os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ellen Gracie, ficando vencidos os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cezar Peluso.

Em dezembro de 2010, na conclusão do julgamento do mérito do RE nº 389.808, o Ministro Gilmar Mendes alterou seu entendimento e o Ministro Joaquim Barbosa estava ausente, o que transformou o resultado de 6 (seis) a 4 (quatro) a favor do acesso direto aos dados bancários pelo Fisco no resultado de 5 (cinco) a 4 (quatro) pela impossibilidade desse acesso.

Fato curioso e que merece destaque é que, quando o julgamento encontrava-se empatado em 3 (três) votos a 3 (três) e havia sinalização de mais dois votos pelo provimento

do recurso (Ministros Cezar Peluso e Celso de Mello), a então Ministra Ellen Gracie pediu vista do processo. Segundo suas próprias palavras no dia do julgamento: “...não me parece adequado que este Tribunal decida conforme as presenças eventuais na bancada. Na sessão anterior, estava presente o Ministro Joaquim Barbosa, votou em sentido diverso ao proposto pelo eminente Relator, inclusive é ele o Relator para o acórdão da Ação Cautelar nº 33.” Logo após, a Ministra Ellen Gracie asseverou que pedia vista dos autos para permitir a presença do Ministro Joaquim Barbosa, “para que o Tribunal não tenha resultados diferentes conforme sua composição eventual”. Em seguida, abriu mão de seu pedido de vista, tendo o julgamento prosseguido.

De fato, caso o Ministro Joaquim Barbosa estivesse presente e mantivesse o posicionamento externado no mês anterior, o resultado da votação teria sido 5 (cinco) a 5 (cinco), mesmo com a mudança de entendimento do Ministro Gilmar Mendes.

Destaque-se que, tendo em vista que o tema encontra-se afeto ao rito da repercussão geral, o próprio STF tem devolvido recursos aos Tribunais Regionais Federais para que se aguarde o julgamento do RE nº 601.314, conforme se depreende da leitura das decisões abaixo:

DECISÃO REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA – PROCESSOS VERSANDO A MATÉRIA – SIGILO DADOS BANCÁRIOS – FISCO – AFASTAMENTO – ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 – BAIXA À ORIGEM. 1. Reconsidero o ato de folhas 343 a 344. 2. O Tribunal, no Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, concluiu pela repercussão geral do tema relativo à constitucionalidade de o Fisco exigir informações bancárias de contribuintes mediante o procedimento administrativo previsto no artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. 3. Ante o quadro, considerado o fato de o recurso veicular a mesma matéria, havendo a intimação do acórdão de origem ocorrido posteriormente à data em que iniciada a vigência do sistema da repercussão geral, bem como presente o objetivo maior do instituto – evitar que o Supremo, em prejuízo dos trabalhos, tenha o tempo tomado com questões repetidas – , **determino a devolução dos autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Faço-o com fundamento no artigo 328, parágrafo único, do Regimento Interno deste Tribunal, para os efeitos do artigo 543-B do Código de Processo Civil.** 4. Publiquem. Brasília, 3 de novembro de 2011. Ministro MARCO AURÉLIO Relator(AI 714857 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/11/2011, publicado em DJe217 DIVULG 14/11/2011 PUBLIC 16/11/2011). (grifamos)

Decisão: Vistos. Verifico que a discussão acerca da violação, ou não, aos princípios constitucionais que asseguram ser invioláveis a intimidade e o sigilo de dados, previstos no art. 5º, X e XII, da Constituição, quando o Fisco, nos termos da Lei Complementar 105/2001, recebe diretamente das instituições financeiras informações sobre a movimentação das contas bancárias dos contribuintes, sem prévia autorização judicial teve sua

repercussão geral reconhecida no RE nº 601.314/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Dessa forma, dados os reflexos da decisão a ser proferida no referido recurso, no deslinde do caso concreto, **determino o sobrestamento do presente feito, até o julgamento do citado RE nº 601.314/SP.** Publique-se. Brasília, 13 de junho de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (RE 410054 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 13/06/2012, publicado em DJe120 DIVULG 19/06/2012 PUBLIC 20/06/2012). (grifamos)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a matéria relativa ao acesso e à utilização de informações bancárias por parte da Administração Tributária, sem prévia decisão judicial, encontra-se pacificada, havendo decisão em sede de recurso repetitivo (RESP nº 1.134.665/SP). O Tribunal considerou que a “quebra do sigilo bancário” sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário, é autorizada pela Lei nº 8.021/1990 e pela Lei Complementar nº 105, de 2001, reputando-as normas procedimentais, para entender, inclusive, pela aplicação retroativa, nos termos do § 1º do artigo 144, do CTN.

Esclareceu ainda o STJ que a Receita Federal obriga-se, por força de lei, a resguardar o sigilo das informações, facultando sua utilização no âmbito de procedimento fiscal, apenas. Por fim, estabeleceu que o sigilo bancário não tem caráter absoluto, devendo obediência ao princípio da moralidade, este sim, aplicável de modo absoluto às relações de direito público e privado, devendo o sigilo ser mitigado nas hipóteses “em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude”, uma vez que o manto de garantias fundamentais não pode ser utilizado para preservar a intimidade com o objetivo de acobertar ilícitos.

Os Tribunais Federais Regionais (TRF) ainda divergem em suas decisões sobre o tema.

O Plenário do TRF da 2ª Região, em 03/10/2013, rejeitou a Arguição de Inconstitucionalidade nº 2013.02.01.003952-3, relativa ao artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001. Entendeu-se, na ocasião, que não ocorre quebra de sigilo na hipótese em que as autoridades fiscais requisitam as informações diretamente à instituição financeira sem prévia autorização judicial, mas sim transferência de dados e do dever do sigilo a outro órgão. Na ementa, expressou o Tribunal que na decisão proferida pelo STF no julgamento do RE nº 389.808/PR, a votação, que deu-se por apertada maioria, gera efeitos apenas *inter partes*, sem que tenha havido um exame definitivo da matéria pela Corte.

A Corte Especial do TRF da 4ª Região também já se manifestou, há muito, pela constitucionalidade do mesmo artigo da Lei Complementar nº 105, de 2001, no julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº 2005.72.01.000181-9/SC. No entendimento do Tribunal, não seria razoável que o Poder Judiciário fosse provocado sempre que houvesse necessidade de acesso às movimentações financeiras de pessoas físicas ou jurídicas por parte

da fiscalização tributária. Ainda segundo referida decisão, a legitimidade da ação das autoridades constituídas deve ser presumida, devendo o contrário ser provado.

No âmbito do TRF da 3ª Região, há precedente da 2ª Seção pela necessidade de autorização judicial para requisição de dados bancários pelo Fisco. A decisão foi tomada no julgamento dos Embargos Infringentes nº 0021124-43.2006.4.03.6100/SP, em 02 de outubro de 2012. Parcela considerável dos julgamentos mais recentes das turmas da 2ª Seção desse Tribunal também são no sentido da inconstitucionalidade da norma, o que se verifica inclusive em diversas decisões monocráticas, fundadas no artigo 557, do Código de Processo Civil (CPC), e no RE nº 389.808.

Não obstante, recente decisão no julgamento da AMS 0002679-30.2013.4.03.6100, pela 6ª Turma da própria 2ª Seção, datada de fevereiro de 2014, demonstra que o tema não é pacífico. Referida decisão define ser despicienda autorização judicial para que as instituições financeiras prestem à autoridade administrativa as informações sobre a movimentação bancária de seus clientes, dado que o sigilo bancário não constitui direito absoluto e que as “liberdades públicas” estabelecidas no artigo 5º da Constituição Federal devem ser interpretadas à luz do princípio da razoabilidade.

O TRF da 5ª Região também aponta divergências de entendimento. Parte dos julgados alinha-se ao STJ, ou seja, pela possibilidade do Fisco acessar as informações bancárias do contribuinte sem prévia autorização judicial, mas há, dentre outras, decisão do Pleno do Tribunal desfavorável a essa possibilidade, no julgamento dos Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 551.953/PE, em 11/09/2013. Tal decisão fundou-se no decidido no julgamento do RE nº 389.808.

No tocante ao TRF da 1ª Região, verifica-se a mesma situação, com decisões em um e em outro sentido.

## **6.2. A Jurisprudência Administrativa**

No Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão colegiado e paritário do Ministério da Fazenda que julga, em grau de recurso, as lides relativas a processos administrativos de exigência fiscal, as decisões são no sentido de se considerar legítimo o acesso do Fisco a dados bancários do contribuinte, recebidos diretamente das instituições financeiras, quando no decorrer de procedimento fiscal regularmente instaurado e sendo considerada a imprescindibilidade pela autoridade fiscal. Veja-se, à guisa de exemplo, os



Acórdãos CARF nº 9202-002.043, de 22/3/2012; nº 2101-001.472, de 8/2/2012; nº 2801-001.443, de 16/3/2011 e Acórdão CC nº 104-21747, de 27/7/2006, dentre muitos outros.

Registre-se que, no que diz respeito a questionamentos sobre constitucionalidade de leis, o CARF tem aplicado o entendimento exposto em sua Súmula nº 2, a qual estabelece que o mesmo não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária, aliás como também prevê o artigo 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972 e o artigo 62 do Regimento Interno do próprio Conselho, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 2009. Assim, a controvérsia sobre a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não é enfrentada em sede de recurso administrativo.

Não obstante até novembro de 2013 o CARF se obrigasse a sobrestar os julgamentos dos recursos administrativos sempre que o STF sobrestasse o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, nos termos dos §§1º e 2º do art. 62-A de seu Regimento Interno, foram proferidas decisões no sentido de não ser cabível o sobrestamento do julgamento dos recursos administrativos, haja vista que o Relator do RE nº 601.314 (com repercussão geral), Ministro Ricardo Lewandowski, não determinara o sobrestamento do julgamento dos demais recursos atinentes à matéria.

Contudo, a partir de meados de 2012, considerando que o próprio STF vinha sobrestando recursos que versavam sobre o assunto, passou-se a entender também pelo sobrestamento, ante a repercussão geral e a relevância do tema, bem como a oscilação da jurisprudência. Vejamos os esclarecimentos no Voto do Conselheiro Relator, na Resolução nº 2202-000.278, em 14 de agosto de 2012:

É de se ressaltar, que a primeira orientação dada era de que se os extratos bancários fossem acostados aos autos mediante o atendimento da Solicitação de Emissão de Requisição de Movimentação Financeira (RMF) solicitada pela autoridade fiscal lançadora, com base no art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, o processo deveria ser sobrestado até que a repercussão geral fosse julgada. Entretanto, na evolução da discussão sobre o assunto, surgiu a corrente que defende a tese de que somente é possível sobrestar as matérias que o próprio Supremo Tribunal Federal tenha determinado o sobrestamento de Recursos Extraordinários – RE.

(...)

Nesta linha de raciocínio, é de se notar, ainda, que nas demais decisões o Supremo Tribunal Federal tem determinado o sobrestamento de tal matéria, conforme é possível se verificar nos julgados ...

Com a revogação dos parágrafos 1º e 2º do art. 62-A do Regimento Interno do CARF, em novembro de 2013, voltaram à baila os recursos que versam sobre a possibilidade de acesso direto, pelo Fisco, de dados bancários dos contribuintes, sem autorização judicial,

sendo levantada nova tese, tomando-se a decisão no RE nº 389.808 como paradigma pelos que entendem pela sua impossibilidade sem prévia autorização judicial. Tal entendimento funda-se nos seguintes argumentos, que se extraem do voto vencido do Acórdão nº 2202-002.618, de 14 de abril de 2014, construídos pelo Conselheiro Relator: o STF, ao apreciar o tema, não declarou a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, nem mesmo sem redução de texto; adotara a interpretação conforme a Constituição, com o objetivo de conciliar a necessidade do Fisco ter acesso a dados sigilosos para atingir seu desiderato, a preservação do sigilo de dados dos contribuintes e a inafastabilidade da jurisdição em matérias sensíveis à violação de direitos individuais.

Após discorrer sobre as sutilezas da interpretação conforme a Constituição, diferenciando-a da declaração de inconstitucionalidade, "que dispensou, inclusive, a cláusula de reserva de Plenário exigida pelo art. 97 da CF/88", concluiu o voto que "a requisição de informações financeiras é válida e seus dispositivos normativos, contidos na Lei Complementar nº 105/01, Lei 9.311/96 e Decreto 3724/01 vigentes, desde que ocorra a prévia autorização do Poder Judiciário".

Prosseguindo, fazendo referência ao devido processo legal e ao art. 30 da Lei nº 9.784/99, que determina que são inadmissíveis, no processo administrativo, as provas obtidas por meios ilícitos, asseverou que "o dispositivo busca retirar os incentivos para que os agentes públicos desviem-se dos procedimentos regulares, através da inutilização de seu trabalho quando realizado de forma que contrarie o direito. A ilicitude da prova, no caso, é corolário lógico da incompatibilidade da sua obtenção com os ditames fixados pelo STF, em interpretação conforme a Constituição."

Por fim, ressaltando a importância do tema em questão, dentro de um estado democrático de direito, e após discorrer sobre a doutrina do *fruit of the poisonous tree* – “frutos da árvore envenenada”, abeberando-se na jurisprudência norte-americana, estabeleceu o voto em comento que as provas obtidas por meios ilícitos contaminam também aquelas delas decorrentes e, portanto, analisando o caso concreto, as conclusões decorrentes dos dados bancários obtidos através da quebra ilegal do sigilo, tanto quanto os outros elementos probatórios que deles originam-se, seriam fruto de prova que restou contaminada pela ausência de requisição prévia ao Poder Judiciário para quebra do sigilo bancário.

Apesar do destaque da tese jurídica, não tem ela se mantido, como se depreende da leitura do recente Acórdão nº 2801-003.555, da 1ª Turma Especial da 1ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, em sessão ocorrida em 15 de maio de 2014.

Nesse acórdão, destaca-se que, na decisão que atribuiu ao tema em debate a repercussão geral, a ementa é clara ao estabelecer que a Corte Suprema deverá decidir, especificamente, sobre a possibilidade legal, estabelecida pela Lei Complementar nº 105, de 2001, de que informações sobre movimentações bancárias dos contribuintes sejam fornecidas pelas instituições financeiras “diretamente ao Fisco”. Essa é a questão, tendo, em outras decisões, determinado o Tribunal o sobrestamento do julgamento de recursos que versem sobre a mesma, como já demonstrado alhures.

Observe-se que a tese dos “frutos da árvore envenenada” fundou-se em “interpretação conforme a Constituição”, com base na decisão do Pretório Excelso tomada no julgamento do RE nº 389.808, datada de dezembro de 2010, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio. Não obstante, o próprio Ministro, em 03/11/2011, determinou a devolução de autos que tratam do mesmo assunto ao Tribunal de origem para que se aguarde o julgamento do RE nº 601.314/SP, que concluiu pela repercussão geral do tema.

As leis presumem-se válidas e constitucionais até declaração do Poder Judiciário em contrário. Não há decisão definitiva do STF declarando ser inconstitucional o dispositivo da Lei Complementar nº 105, de 2001, que autoriza o fornecimento de informações bancárias dos contribuintes diretamente ao Fisco, nos casos especificados e regulamentados por atos normativos posteriores.

Sustentar que a expressão “diretamente ao Fisco” deve ser interpretada no sentido de que “desde que haja ordem judicial” seria negar a aplicação da lei, que requer apenas que haja **procedimento administrativo** instaurado ou **procedimento fiscal** em curso e confere à autoridade administrativa a consideração sobre sua indispensabilidade.

Quanto aos argumentos que erigem o sigilo bancário ao patamar constitucional, para se conciliar, em interpretação conforme a Constituição, sua garantia com as necessidades e deveres do Fisco, concluindo-se que somente com ordem judicial o dispositivo da Lei Complementar nº 105, de 2001, seria aplicável, destaca-se excerto do Voto do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento, pelo STF, do MS 21.729, DJ 19/10/2001:

“O sigilo bancário só existe no Direito brasileiro por força de lei ordinária. Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata de “intimidade” protegida no inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a ‘comunicação de dados’ e não os ‘dados’, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa. Reporto-me, no caso, *brevitatis causao*, a um primoroso estudo a respeito do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Em princípio, por isso, se admitiria que a lei autorizasse autoridades administrativas, com função investigatória e sobretudo o Ministério Público, a obter dados relativos a operações bancárias”. (Apud CASSONE, Vitório. Sigilo

Bancário: Critério de Interpretação Constitucional. RET 55, mai-jun/07, p. 84)

O Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, citado pelo Ministro, defende a possibilidade de acesso aos dados bancários, pelo Fisco, com a profundidade analítica que lhe é peculiar, fazendo um paralelo entre o interesse público e o privado, para concluir que as autoridades fiscais "no tocante às informações sobre terceiros, exigíveis de instituições financeiras, quando protegidas pela inviolabilidade de sigilo de dados (sigilo bancário), podem ter acesso, observadas as cautelas e formalidades prescritas pela lei". Destaca ainda que não tem dúvidas sobre o valor tanto da privacidade quanto da inviolabilidade do sigilo de dados, mas reconhece que o Poder Público não pode ser inibido de exercer suas funções, principalmente a de fiscalização, quando a própria Constituição prevê o sigilo para as atividades do Estado.<sup>13</sup>

Colocam-se então em confronto o interesse do cidadão e das empresas em manter absoluta privacidade tocante a contas bancárias onde se detectam indícios de sonegação fiscal, cujo sentido social, no caso, é duvidoso, com o dever de fiscalização, que busca a promoção do bem estar coletivo por meio da tributação segundo a capacidade contributiva do contribuinte.

## 7 CONCLUSÃO

A Lei Complementar nº 105, de 2001, expressou a vontade do legislador de que o Fisco possa ter acesso a dados sobre informações bancárias dos contribuintes, a fim de conferir ao artigo 145, § 1º, da Carta da República, efetividade, na busca pela concretização de princípios como a capacidade contributiva, a informar o sistema tributário, e meta-princípios, como o da igualdade, a orientar todo o sistema jurídico.

Não existe ainda decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do dispositivo legal debatido, estando o tema submetido à repercussão geral, aguardando manifestação da Corte. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já se posicionou, de forma muito firme, pela legitimidade do acesso do Fisco aos dados bancários,

<sup>13</sup> FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado** - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 1, RT, São Paulo: 1992, p. 141-154. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 4 ago. 2014.

sem prévia autorização judicial, e os Tribunais Regionais Federais ainda divergem sobre o assunto.

Em sede administrativa, o CARF tem se posicionado pela aplicação do dispositivo, não reputando “quebra de sigilo” a obtenção dos dados, quando exista procedimento fiscal em regular andamento e a requisição diretamente às instituições financeiras seja considerada imprescindível pela autoridade fiscal competente.

Para garantir a observância de diretrizes constitucionais, o Fisco necessita de instrumentos legais que sejam empreendidos na prática, garantindo-lhes efetividade.

A tese de que no julgamento do RE nº 389.808 o STF empregou interpretação conforme a Constituição, para concluir que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, coexistiria com o entendimento de que o Fisco pode ter acesso aos dados dos contribuintes, desde que haja ordem judicial, é exegese que retira toda a efetividade do dispositivo.

A garantia constitucional de privacidade dos cidadãos deve ser sopesada com a obrigação, também constitucional, atribuída à Administração Tributária, de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes. Não se pode permitir que a intimidade e a privacidade constitucionalmente previstas sejam absolutas e sirvam de escudo para encobrir práticas tributárias ilegais.

Se a ferramenta legal for tolhida da Administração Tributária, condicionando seu acesso a dados bancários dos contribuintes à prévia autorização judicial, o Brasil caminhará em sentido contrário à tendência internacional, em que a transparência é princípio que se mostra com relevância ímpar, ao possibilitar à comunidade internacional a adoção de instrumentos adequados à prevenção e ao combate à evasão fiscal, à lavagem de dinheiro e ao terrorismo. Como consequência, o país correria o risco de passar a figurar na “lista cinza” da OCDE, na qual se enquadram países não adeptos à troca de informações relevantes em matéria tributária ou que têm restrições para fazê-lo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 2012.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. Malheiros: 2007, p. 388-390.

TESAURO, Francesco. *Istituzioni di Diritto Tributário, parte generale*. 9. ed, Milano: UTET giuridica, 2006. p. 67-68.

PERIÓDICO *EL PAÍS*. **Os líderes europeus pactuam o fim do sigilo bancário na UE**.

Disponível em:

<[http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/21/internacional/1395427370\\_753872.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/21/internacional/1395427370_753872.html)>. Acesso em: 4 ago. 2014.

LEI 22.12.2011 n° 214 pubblicata in *Gazzetta Ufficiale* 27 dicembre 2011, n. 300 di conversione del Decreto Legge 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. salva Italia).

OCDE. *Tax Co-operation 2010: Towards a Level playing field*. OECD Publishing: 2010, p. 157-159.

MENDES. Marcos J. **Os sistemas tributários de Brasil, Rússia, China, Índia e México: comparação das características gerais**. Disponível em:

<<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-49-os-sistemas-tributarios-de-brasil-russia-china-india-e-mexico-comparacao-das-caracteristicas-gerais>>. Acesso em: 4 ago. 2014.

OCDE. *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

MINISTÉRIO DA FAZENDA – SECRETARIA DE ASSUNTOS INTERNACIONAIS. **Fórum Global**. Disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/sobre-a-sain-1/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado** - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n° 1, RT. São Paulo: 1992, p. 141-154. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em: 4 ago. 2014.