

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP**  
**Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Tributário**  
**e Finanças Públicas**

**Eduardo Gabriel de Góes Vieira Ferreira Fogaça**

**Acesso direto de dados bancários pela**  
**Administração Tributária**

**Brasília – DF**

**2016**

**Eduardo Gabriel de Góes Vieira Ferreira Fogaça**

**Acesso direto de dados bancários pela  
Administração Tributária**

Monografia apresentada como requisito parcial obtenção do título de especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público -IDP.

Orientador: Prof. (Sem orientador)

Brasília – DF

2016

**Eduardo Gabriel de Góes Vieira Ferreira Fogaça**

## **Acesso direto de dados bancários pela Administração Tributária**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas no Curso de Pós- Graduação Latu Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público -IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em \_\_/\_\_/\_\_, com menção\_\_\_\_(\_\_\_\_\_)

Banca examinadora:

---

Presidente: Prof.

---

Integrante: Prof.

---

Integrante: Prof.

## Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade do acesso dos dados bancários por parte da Administração Tributária. Considerando que o direito à intimidade e à privacidade é o principal princípio bradado por aqueles que defendem a impossibilidade de tal acesso, serão analisados os mais diversos princípios constitucionais envolvidos, ponderando-os com a norma legal a fim de haver concordância prática entre eles. Utilizando-se a técnica da análise econômica de direito, verificar-se-á as consequências econômicas da inconstitucionalidade desse acesso, especialmente quanto à eficiência econômica, bem como se uma interpretação menos eficiente, mas constitucionalmente possível, seria ou não justa. A questão internacional também será considerada, mormente quando esses dados estão sendo objeto de acordos de troca de informações, num esforço global para atacar a erosão da base tributaria dos países, objetivo fundamental da República, sem falar com diversas consequências econômicas para o País. Por fim, será realizada uma análise jurisprudencial sobre o tema, mormente em relação ao Supremo Tribunal Federal (STF) e a mutação constitucional promovida por ele.

Palavras chave: Privacidade e intimidade; compartilhamento de informações bancárias; análise econômica do direito; eficiência da fiscalização tributaria; cooperação internacional tributaria.

## **Abstract**

This paper aims to examine the constitutionality of access to bank information by the tax administration. Whereas the right to privacy is the main principle hailed by those who defend the impossibility of such access, various constitutional principles involved will be analyzed, balancing them with the legal standard to be practical agreement between them. Using the technique of economic analysis of law, the economic consequences of the unconstitutionality of that access will be checking, especially as the economic efficiency as well as an interpretation less efficient, but constitutionally possible, it would be fair or not. The international issue will also be considered, especially when the data are the subject of information exchange agreements in a global effort to tackle the erosion of the tax base of the country, a key objective of the Republic, without talking to various economic consequences for the country. Finally, a judicial review on the subject will be held in relation to the Supreme Court and the constitutional mutation promoted by him.

**Keywords:** Privacy and intimacy; sharing of banking information; economic analysis of law; effectiveness of fiscal supervision; fiscal international cooperation.

## Sumário

### Sumário

INTRODUÇÃO .....	5
1. NATUREZA JURÍDICA DO SIGILO BANCÁRIO E A LEGISLAÇÃO QUE O REGE .....	7
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE EMBASAM A NORMA JURÍDICA. ....	17
3. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.....	23
4. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E JURISPRUDÊNCIA ATUAL: FIM DA DISCUSSÃO .....	28
CONCLUSÃO .....	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	42

## INTRODUÇÃO

O sigilo bancário frente à Administração Tributária é uma questão, sob a ótica do direito positivo, já equacionada: ela pode ter acesso às operações financeiras efetuadas pelos cidadãos de forma automática, desde que em montantes globais, ou acesso a informações detalhadas quando haja procedimento fiscal em curso, conforme arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001.

Tal questão não é pacífica na doutrina e jurisprudência, com uma linha defendendo a inconstitucionalidade de tais dispositivos legais. O Supremo Tribunal Federal (STF), nos Recursos Extraordinários nºs 387.604 e 389.808, por maioria apertada, entendeu dessa forma, vale dizer, que apenas o Poder Judiciário pode proceder à “quebra do sigilo bancário”. A decisão foi em sede de controle difuso de constitucionalidade, sem efeito vinculante. Contudo, tal situação foi alterada com o julgamento do Recurso Extraordinário 601.314 e das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nºs 2390, 2386, 2397 e 2859.

A controvérsia já gerou diversos trabalhos e *papers*, assim como comentários e discussões judiciais, o que de forma alguma tornaria essa monografia inédita. A despeito disso, ela não se furta a entrar nessas discussões, notadamente quanto ao fundamento constitucional real do que se denomina “sigilo bancário”, sua interligação com a privacidade, intimidade e o sigilo fiscal, e o primado necessário do Poder Judiciário.

A presente monografia, entretanto, vai além dessa discussão eminentemente jurídica envolvendo princípios constitucionais. Ela busca inovar ao trazer a regulação mundial pós-crise de 2008 para uma governança global das administrações tributárias, o que incluiria uma era do “fim do sigilo bancário”.

Utilizando-se da análise econômica do direito, busca-se trazer ao debate sobre o acesso do Fisco de dados bancários o direito ao desenvolvimento, invertendo a lógica da atual análise sobre o tema na doutrina pátria. Desta feita, o problema a ser equacionado é: sopesando os diversos princípios constitucionais envolvidos, mormente em relação à isonomia, é constitucional o acesso aos dados bancários pela Administração Tributária?

A hipótese para o presente trabalho é pela possibilidade do acesso aos dados bancários pelo Fisco, inclusive sendo inconstitucional evitar esse acesso.

Entende-se que o tema é relevante, considerando que a relação entre contribuinte e administração tributária é uma das mais conflituosas no âmbito estatal, em que a coerção estatal deve ser restringida, mas não a ponto de impedir a fiscalização.

A monografia tem por objetivo estudar a legislação brasileira, sopesando-a com os princípios constitucionais da isonomia, da intimidade e da capacidade contributiva. Adentra-se na necessidade de concretização desses princípios em âmbito tributário mediante a fiscalização para coibir o descumprimento do dever de pagar tributos, o que envolve a cooperação internacional. Por fim, tem-se por objetivo verificar a jurisprudência atual, inclusive a fim de verificar se a hipótese contida na presente monografia está de acordo com ela.

Adota-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial como sua principal metodologia, dado o seu caráter teórico argumentativo.



## 1. NATUREZA JURÍDICA DO SIGILO BANCÁRIO E A LEGISLAÇÃO QUE O REGE

O que se denomina sigilo bancário não é um direito expressamente consignado na Constituição Federal (CF). Não há um inciso no art. 5º disposto expressamente ser tal sigilo uma garantia autônoma dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

A doutrina se divide em duas linhas acerca da natureza constitucional do sigilo bancário: a primeira aduz ser o sigilo bancário (e também o fiscal) decorrente do inciso X do art. 5º da CF, e a segunda entende ser decorrente do inciso XII do art. 5º da CF. Ingo Sarlet resume bem a questão:

O sigilo em relação às operações bancárias (empréstimo e guarda de dinheiro) já integra, desde a antiguidade, mas especialmente a partir da Idade Média, um expressivo número de ordens jurídicas, alcançando inclusive – embora não de forma generalizada e não da mesma forma – relevância constitucional, mas em geral não mediante expressa previsão no texto constitucional, o que também se deu no caso brasileiro. No caso da Constituição Federal a proteção do sigilo fiscal e bancário foi, de acordo com a voz majoritária no direito brasileiro, deduzida dos direitos à privacidade e à intimidade, constituindo uma particular manifestação dos mesmos, em que pese alguma controvérsia inicial sobre a sede mais adequada de tais direitos. (SARLET, 2012)

Do mesmo modo decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 215.301/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, 1999:

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

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

Descarta-se de pronto entender como base constitucional do sigilo bancário (ou mesmo o fiscal) o disposto no inciso XII do art. 5º da CF. Isso porque tal dispositivo foi explícito sobre quais bens jurídicos buscava proteger. Trata-se de um direito estático, vale dizer, trata-se de uma informação constante em algum banco de

dados, normalmente informatizado. O que o inciso XII protege em relação a dados (inclusive bancários) é a informação dinâmica, qual seja, a comunicação ou a transmissão dos dados, e não eles em si. O inciso XII somente poderia ser base para a proteção da transmissão de dados bancários para o cidadão, o que geralmente é feito por correspondência (contendo sigilo próprio) ou acesso por sítio da instituição financeira na Internet (o denominado “*home banking*”). Explica Valadão e Arruda (2014, p. 318 e 319):

O inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, está na verdade protegendo a comunicação de dados e, não os dados em si. O inciso XII se refere, de uma maneira ou de outra, à transferência de informações, à comunicação. Como estamos na era da informática, além da correspondência escrita e das comunicações telegráficas, temos também comunicação (transferência) de dados e as comunicações telefônicas. Porém, da forma como foi redigido pelo constituinte originário, o dispositivo resulta uma discussão a respeito do que realmente se buscou proteger – que seria, na verdade, a transmissão, pois esta é que não pode ser interceptada. Contudo, a comunicação telefônica sofre uma ressalva, porque este tipo de comunicação, posto que não tem registro escrito prévio, se perde para sempre, caso não seja interceptada; e esta interceptação, durante sua transmissão, só pode ser feita com ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Do mesmo modo, dispõe Vaso Branco Guimarães, mas com ênfase no direito português:

A acepção do que se possa entender como “direito à reserva da intimidade” não está definida na Constituição, mas a doutrina tem trabalhado o conceito de forma a dar-lhe conteúdo mais densificado. É assim que Gomes Canutilho e Vital Moreira, em anotação ao art. 26º da Constituição da República Portuguesa, densificam o conceito, entendendo que esta se desdobra em dois direitos menores: a) o direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; e b) o direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Ainda segundo estes autores, o âmbito normativo do direito fundamental à reserva da intimidade da vida privada que tenha em conta a referência civilizacional sob três aspectos: 1. O respeito dos comportamentos; 2. O respeito ao anonimato; 3. O respeito da vida em relação. (GUIMARÃES, 2015).

A fim de delimitar a natureza jurídica do sigilo bancário, Kiyoshi Harada traz quatro teorias que a explicam:

Existem várias teorias a respeito. Examinemos, sucintamente,

alguma delas: teoria consuetudinária, teoria legalista, teoria do segredo profissional e teoria do direito de personalidade.

Pela teoria consuetudinária, o sigilo bancário, por meio de sua prática ao longo do tempo, teria se tornado uma obrigação jurídica. As atividades bancárias, como atos de comércio que são, deveriam seguir o mesmo regime das práticas comerciais. Essa teoria é adotada em alguns países como a Argentina, por exemplo.

Para os defensores da teoria legalista, o sigilo bancário decorre de uma norma legal, que cria a obrigação jurídica. No Brasil sabemos que essa obrigação existe em vários dispositivos legais, bem como de forma indireta no próprio texto constitucional. Sabemos, porém, que esse sigilo é observado, também, nos países onde o ordenamento jurídico não prescreveu a obrigatoriedade do sigilo de dados bancários.

Pela teoria do segredo profissional, a atividade bancária é incluída entre aquelas cujo exercício leva a tomar conhecimento de determinados fatos relacionados com a vida íntima ou privada das pessoas. Costuma-se objetar que essa teoria não fornece o fundamento do sigilo bancário a exemplo da teoria legalista, que se assenta na norma coativa como forma de expressão do sigilo.

Finalmente, pela teoria do direito de personalidade, o sigilo bancário faria parte integrante dos direitos de personalidade, com vistas ao desenvolvimento da criatura humana, expressando a manifestação do direito à intimidade e do direito à privacidade. (p. 304)

A presente monografia se filia à segunda tese (legalista), qual seja, o sigilo bancário tem base legal na Lei Complementar nº 105, de 2001 (e seus regulamentos), e, indiretamente, no inciso X do art. 5º da CF. Mas, repita-se, a base constitucional é indireta. O legislador ordinário está obrigado a definir uma forma de proteger a intimidade e a privacidade do cidadão nas suas relações bancárias, sob pena de lacuna omissiva na legislação. Mas, ao fazer, pode circunscrever e delimitar o direito, fazendo ponderação dos mais diversos princípios constitucionais, conforme será visto a seguir. E, desde que respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, essa delimitação legal possui presunção de constitucionalidade.

Convém fazer um histórico da legislação que disciplina o sigilo bancário. Antes da vigência da Lei Complementar nº 105, de 2001, o sigilo bancário estava delimitado pelo art. 38 da Lei nº 4.595, de 1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, nos seguintes termos:

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

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documento em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que dêles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

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

§ 3º As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação (art. 53 da Constituição Federal e Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952), obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil.

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

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exame de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

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

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

Já depois da Constituição de 1988, foi publicada a Lei nº 8.021, de 1990, que reforçava o acesso aos dados bancários pelo Fisco:

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.

Ato contínuo, em decorrência da instituição da Contribuição Provisória obre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), houve possibilidade de haver o cotejo entre os dados bancários

decorrentes da cobrança do referido tributo (cuja base de cálculo era exatamente o valor movimentado em conta bancária) com o que é declarado pelo contribuinte, inclusive para outros tributos:

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

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

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

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.

§ 3º-A. (VETADO)

§ 4º Na falta de informações ou insuficiência de dados necessários à apuração da contribuição, esta será determinada com base em elementos de que dispuser a fiscalização.”

Somente depois desse histórico da legislação que foi promulgada a Lei Complementar nº 105, de 2001, atualmente vigente, que não inovou de forma significativa em relação à legislação anterior, conforme a seguir transcrito:

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

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

- I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;
- II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;
- III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;
- IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;
- V – contratos de mútuo;
- VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;
- VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;  
IX – aquisições de moeda estrangeira;  
X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;  
XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;  
XII – operações com ouro, ativo financeiro;  
XIII - operações com cartão de crédito;  
XIV - operações de arrendamento mercantil; e  
XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

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

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

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

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

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

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

A norma tem dois pontos: o art. 5º, que trata do acesso aos dados bancários de forma automática, e o art. 6º, que trata do acesso a tais dados em procedimento fiscal.

No primeiro (acesso a dados bancários de forma automática), as instituições financeiras informarão em determinada periodicidade as operações financeiras contidas em seus incisos efetuadas por todos os contribuintes do Brasil. São informações relacionadas com o titular das operações e o montante global movimentado, não se identificando a natureza ou a origem dos gastos efetuados.

Por exemplo, informa-se o montante de entrada e saída de uma conta corrente, mas não há identificação para quem foi a saída ou da onde veio o crédito daquela conta.

Em âmbito federal, o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 2001, está regulamentado pelo Decreto nº 4.489, 28 de novembro de 2002, e disciplinado pela Instrução Normativa (IN) da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) nº 1.571, de 2 de julho de 2015. O art. 5º da IN detalha as informações a serem prestadas, *in verbis*:

Art. 5º As entidades de que trata o art. 4º deverão informar no módulo de operações financeiras as seguintes informações referentes a operações financeiras dos usuários de seus serviços:

I - saldo no último dia útil do ano de qualquer conta de depósito, inclusive de poupança, considerando quaisquer movimentações, tais como pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques, emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados ou resgates à vista e a prazo, discriminando o total do rendimento mensal bruto pago ou creditado à conta, acumulados anualmente, mês a mês;

II - saldo no último dia útil do ano de cada aplicação financeira, bem como os correspondentes somatórios mensais a crédito e a débito, considerando quaisquer movimentos, tais como os relativos a investimentos, resgates, alienações, cessões ou liquidações das referidas aplicações havidas, mês a mês, no decorrer do ano;

III - rendimentos brutos, acumulados anualmente, mês a mês, por aplicações financeiras no decorrer do ano, individualizados por tipo de rendimento, incluídos os valores oriundos da venda ou resgate de ativos sob custódia e do resgate de fundos de investimento;

IV - saldo, no último dia útil do ano ou no dia de encerramento, de provisões matemáticas de benefícios a conceder referente a cada plano de benefício de previdência complementar ou a cada plano de seguros de pessoas, discriminando, mês a mês, o total das respectivas movimentações, a crédito e a débito, ocorridas no decorrer do ano, na forma estabelecida no inciso I do caput do art. 15;

V - saldo, no último dia útil do ano ou no dia de encerramento, de cada Fapi, e as correspondentes movimentações, discriminadas mês a mês, a crédito e a débito, ocorridas no decorrer do ano, na forma estabelecida no inciso I do caput do art. 15;

VI - valores de benefícios ou de capitais segurados, acumulados anualmente, mês a mês, pagos sob a forma de pagamento único, ou sob a forma de renda;

VII - lançamentos de transferência entre contas do mesmo titular realizadas entre contas de depósito à vista, ou entre contas de poupança, ou entre contas de depósito à vista e de poupança;

VIII - aquisições de moeda estrangeira;

IX - conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

X - transferências de moeda e de outros valores para o exterior, excluídas as operações de que trata o inciso VIII;

XI - o total dos valores pagos até o último dia do ano, incluindo os valores dos lances que resultaram em contemplação, deduzido dos

valores de créditos disponibilizados ao cotista e as correspondentes movimentações, ocorridas no decorrer do ano, discriminadas mês a mês, a crédito e a débito, na forma estabelecida no inciso I do caput do art. 15, por cota de consórcio; e

XII - valor de créditos disponibilizados ao cotista, acumulados anualmente, mês a mês, por cota de consórcio, no decorrer do ano.

As informações são prestadas no ambiente do Sistema Público de Escrituração digital (SPED) por intermédio do módulo “e-financeira”. Segundo o art. 7º da referida IN, serão informadas as operações financeiras referentes a movimentação global mensal superior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) no caso de pessoa física e a R\$ 6.000,00 (seis mil reais) no caso de pessoa jurídica. Ela é apresentada semestralmente pelas instituições financeiras (art. 10).

Enfim, pode-se dizer que se trata de um acesso sistêmico de dados de todos os cidadãos ao Fisco Federal, a fim de ser feito “cruzamentos” de informações, notadamente com as declarações e/ou escriturações do contribuinte. São dados brutos para seleção e programação de procedimentos fiscais que, instaurados, necessitam de informações mais refinadas, situação em que se aplica o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Conforme § 5º do art. 2º do referido Decreto, a RFB somente poderá examinar contas de depósitos e de aplicações financeiras “quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis”.

A justificativa para o exame de contas bancárias não é subjetiva; somente pode ocorrer nas seguintes circunstâncias (art. 3º do Decreto):

- a) subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;
- b) obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;
- c) prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país com tributação favorecida ou beneficiária de regime fiscal;



- d) omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;
- e) realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;
- f) remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;
- g) pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais: cancelada e inapta;
- h) pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;
- i) negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;
- j) presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato;
- k) intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos.

Ainda, tal exame pode se dar somente mediante formalização de Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), assinado por três autoridades fiscais. Em suma, a lei complementar cuja constitucionalidade é discutida não pode simplesmente ser contestada sem se considerar a sua aplicação concreta, que é feita de acordo com os atos infralegais supramencionados, o que não passou despercebido por Eurico de Santi:

Outro ponto relevante a ser considerado, na amplitude do “auditório universal” deste debate, é o completo desconhecimento e generalização dos termos da LC nº 105 e do Decreto nº 3.724/2001: ambos protegendo o sigilo bancário e regulando o estrito e rigoroso processo de acesso às informações bancárias, somente mediante a existência de processo administrativo e notificação prévia do contribuinte, informando a existência do procedimento para a “Requisição de Informações sobre Movimentações Financeiras (RMF)”. Além disso, o § 4º do artigo 37 da Constituição estabelece a proteção constitucional do contribuinte, garantindo que atos de improbidade administrativa importarão: suspensão de direitos políticos, perda de função e indisponibilidade dos bens, sem prejuízo

de ação penal.

Basta ler a LC nº 105 e os Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002, para verificarmos que o procedimento de acesso aos dados bancários é completamente blindado, protegido por sigilo funcional e com trâmite rigorosamente estrito aos agentes fiscais, sob pena de responsabilidade civil, pessoal e criminal.

É com essa base legal e infralegal que o tema deve ser abordado. Como aduzido no item anterior, é a norma que circunscreve o sigilo bancário de forma expressa. Ela que delimita o âmbito de aplicação dessa vertente do direito à intimidade e à privacidade. Levando-se em conta o rígido procedimento infralegal em âmbito federal para acesso aos dados bancários pela RFB, então é possível cotejar as normas com os mais diversos princípios constitucionais a fim de verificar se ela tem o condão de infringir algum deles.

## 2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE EMBASAM A NORMA JURÍDICA.

Seguindo o disposto anteriormente, uma leitura apressada de uma regra jurídica, como alguns costumam fazer com os arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001 (e ainda desconhecendo os atos infralegais que os regulamentam), pode gerar a conclusão apressada de sua inconstitucionalidade. Isso porque a declaração de inconstitucionalidade pode se dar de uma regra legal frente a uma regra constitucional. Como visto anteriormente, como não há regra constitucional expressa quanto ao sigilo bancário (nem a uma reserva de jurisdição a ela), é apenas com o cotejo dos mais diversos princípios constitucionais que se pode concluir pela antijuridicidade de uma norma legal mediante concordância prática de princípios, conforme dispõe Ingo Wolfgang Sarlet:

No que diz com o seu campo de aplicação mais frequente, o princípio de concordância prática ou da harmonização pontifica no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, tanto no que se refere à colisão entre direitos fundamentais, quanto na colisão entre estes e outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados. A Constituição não estabelece critérios para a harmonização, já que se arranca do pressuposto de que inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, de tal sorte que na sua realização, a noção de concordância prática (harmonização) não se concretiza senão mediante avaliações mais ou menos subjetivas do intérprete quando do ato da interpretação e aplicação.

Este princípio não deve ser aplicado isoladamente, mas socorrer-se dos demais princípios instrumentais e materiais de aplicação da Constituição, pois impõe uma necessária e saudável coordenação e harmonização dos bens jurídicos constitucionais em conflito, evitando-se o perecimento de uns para satisfazer outros, isto é, o princípio da concordância prática impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos *in concreto*. Por outro lado, não se configura uma concordância prática quando a própria constituição explicitamente limita (ou excepciona) determinada norma constitucional, o que, todavia, não quer dizer que também nessa hipótese não se possam colocar problemas de interpretação e aplicação.

O que se percebe, é que o princípio da concordância prática busca atender –no contexto da unidade de constituição e da ordem jurídica – às exigências de coerência e racionalidade do sistema constitucional e se concretiza no âmbito da assim chamada ponderação de bens (direitos, princípios, etc.) e mediante a observância, dentre outros, dos critérios da proporcionalidade (SARLET, 2012).

Cita-se ainda ensinamento de José Sérgio da Silva Cristóvam, que faz referência à distinção entre regras e princípios, e como há que se fazer a ponderação entre os mais diversos princípios constitucionais envolvidos para analisar a concordância com a CF de uma regra jurídica (disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf>. Acesso em: 28/2/2016):

A distinção estrutural entre princípios e regras jurídicas, levada a efeito no primeiro capítulo, se apresenta sumamente relevante quando da resolução das tensões produzidas dentro do ordenamento jurídico. Em um sistema normativo constituído por regras e princípios jurídicos em constante e necessária transformação, que refletem uma sociedade dinâmica e heterogênea, são inevitáveis as oposições entre as espécies normativas, situação que reclama a adoção de critérios adequados à resolução dos conflitos e à salvaguarda da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

Segundo Alexy, “comum às colisões de princípios e aos conflitos de regras é o fato de que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios”.

Cumprido, primeiramente, ressaltar que a teoria dos conflitos entre normas jurídicas a ser apresentada se afasta da discussão acerca de conflitos entre as diferentes espécies normativas, ou seja, situações de oposição entre uma regra e um princípio jurídico. Há que se reconhecer que, substancialmente, as relações de oposição ocorrem entre as espécies normativas, as colisões de princípios jurídicos e os conflitos de regras. Em verdade, **não se cogita da relação de conflito entre regras e princípios jurídicos, até porque as regras são informadas e respaldadas pelos princípios, o que acaba por deslocar a relação de oposição do binômio princípio/regra para uma relação de conflito normativo do tipo princípio/princípio.** (Grifou-se) (CRISTÓVAM, 2005).

No presente estudo, a regra está bastante clara: é permitido o acesso aos dados bancários pela Administração Tributária. A questão é se tal acesso contraria a privacidade e a intimidade do cidadão, inclusive considerando outros princípios insculpidos em nossa Constituição Federal. Continua o mesmo autor:

Portanto, quando da análise acerca da afronta de determinada regra jurídica ao conteúdo normativo ostentado por um princípio, não se discute diretamente sobre a oposição entre a regra e o princípio jurídico hostilizado, mas sim acerca da **tensão entre o princípio desrespeitado e aqueles outros princípios que respaldam a aplicação da regra jurídica.** A situação de oposição entre uma disposição normativa veiculada por meio de determinada regra jurídica e o conteúdo de um princípio constitucional, ou mesmo um conjunto de princípios constitucionais, não pode ser resolvida pela

aplicação de um critério de hierarquia formal. Um critério que garanta aos princípios jurídicos superioridade hierárquica perante as regras, devendo prevalecer no caso de conflitos normativos. A aplicação da regra jurídica no caso concreto ou sua invalidação depende do resultado da relação de tensão entre os princípios contrários a sua aplicação e aqueles que a respaldam, portanto, uma típica situação de colisão de princípios jurídicos.

Logo, a lei deve proceder à adequada ponderação dos diversos valores constitucionais. Se a lei é que circunscreve o sigilo bancário, e ela pondera adequadamente os mais diversos princípios constitucionais, mas sem deixar de proteger a intimidade do cidadão, não há que se falar em sua inconstitucionalidade.

No caso em tela, a CF traz diversos princípios que fundamentam a atuação do Fisco Federal e que embasam seu acesso direto aos dados bancários dos contribuintes. Há menção expressa à faculdade da Administração Tributária em concretizar o princípio da capacidade econômica mediante identificação do seu patrimônio, rendimentos e atividades econômicas no § 1º do art. 145 da CF, a seguir transcrito:

§ 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.

Existem outros princípios constitucionais que fundamentam a atividade fiscalizatória da RFB, como os incisos XVIII e XXII do art. 37, inciso IV do art. 170 e art. 237, a seguir transcritos:

Art. 37.

(...)

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

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão

exercidos pelo Ministério da Fazenda.

Enfim, não só não há um direito constitucional expresso ao sigilo bancário nem uma reserva de jurisdição para a sua transferência, como há diversos outros princípios constitucionais que fundamentam a transferência do sigilo bancário para a Administração Tributária (convertendo-o em sigilo fiscal). Sintetiza bem o assunto Augusto Cesar de Carvalho Leal:

No que concerne ao direito fundamental à igualdade e ao princípio da capacidade contributiva, observa-se que a eventual possibilidade de oposição do sigilo bancário à Administração Tributária poderá acarretar a ineficácia da fiscalização do correto pagamento dos tributos devidos, estimulando, ante a percepção da reduzida probabilidade de descoberta do ilícito pelo Estado, a sonegação fiscal por parte daqueles contribuintes que não têm os seus tributos devidos retidos na fonte e de cujo recolhimento espontâneo dependeria o financiamento das políticas públicas.

Criar-se-ia, destarte, uma flagrante desigualdade entre contribuintes cujos tributos devidos são retidos na fonte – os quais, portanto, não podem sonegá-los confiando-se na ineficácia da fiscalização tributária, resultante da eventual possibilidade de oposição do sigilo bancário – e aqueles cujos tributos devidos não são retidos na fonte, mas, sim, recolhidos espontaneamente – os quais seriam estimulados a se evadirem da obrigação fiscal, em razão da possibilidade de oposição do sigilo bancário à Administração Tributária e da ineficácia, daí decorrente, da fiscalização exercida pelo ente público (LEAL, 2015).

Deve-se destacar que o que se discute não é uma “quebra” de sigilo bancário, mas sim a sua transferência à Administração Tributária, convertendo-o em sigilo fiscal, cuja proteção se encontra no caput do art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN): “Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.” Esse é o enfático posicionamento de Eurico de Santi:

*Ocorre que a expressão “quebra do sigilo”, reiteradamente citada, além de passar, retoricamente, uma noção muito mais ampla e socialmente negativa dos termos da LC nº 105, é completamente estranha à atividade delegada a Administração nos artigos 5º e 6º. O artigo 5º trata do dever das instituições financeiras de “informar” as operações financeiras efetuadas pelos correntistas. O artigo 6º trata da faculdade de a Administração “examinar” documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo ou procedimento administrativo e tais “exames” sejam considerados*

indispensáveis pela autoridade administrativa.

*Em nenhum momento esses dispositivos tratam de “quebra do sigilo bancário”.* O § 5º do artigo 5º prescreve o dever de as autoridades manterem o sigilo das informações obtidas: “As informações a que se refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor”. (Itálico no original) (SANTI, 2015)

E nem poderia ser distinto. O que se defende é que do cotejo dos mais diversos princípios constitucionais pode-se chegar a conclusão que o sigilo bancário não possui reserva de jurisdição, já que a intimidade das pessoas continua protegida de possas externas ao Fisco, sem falar que apenas dados monetários são solicitados (valor de entrada e saída), e não necessariamente o padrão de consumo das pessoas. Conforme Valadão e Arruda:

A LC 105/2001 no artigo 5o, §2o, prevê que as informações transferidas restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

(...)

Assim sendo, não há que se falar em violação ao sigilo bancário (“quebra de sigilo”) em relação às informações transferidas do banco ao fisco. Na verdade, o que há é transferência de sigilo. Veja-se que a lei disciplina a transferência de dados bancários mesmo entre instituições financeiras, e não fala, portanto, de quebra de sigilo, mas de transferência de sigilo. O que é corroborado pelo que dispõe o § 3o do art. 1o, quando diz “não constitui violação do sigilo...” referindo-se às situações em que a Lei permite a transferência de informações, mas sempre mantendo o sigilo em relação aos destinatários das informações. Ocorre quebra de sigilo apenas na hipótese prevista no § 4o do art. 1o da Lei em comento, quando a informação é necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, para apuração de crimes (o processo penal, em princípio, é público), embora o art. 10 da LC 105/2001 estabeleça que a “quebra do sigilo” fora das hipóteses prevista na Lei se constitua crime e o § 2o do art. 3o também indique a quebra em determinadas circunstâncias (com prévia autorização judicial). Ou seja, quebra do sigilo é diferente de transferência de sigilo, nos termos da LC 105/2001.

Ademais, há um desconhecimento generalizada do Decreto n 3.724, de 10 de janeiro de 2001, que regulamenta o art. 6o da Lei Complementar 105, de 2001, que traz situações bastante específicas que pode ocorrer o acesso por parte do Fisco.

Ainda, considerando que a tendência internacional atual é de cooperação

internacional para combate dos ilícitos fiscais, a administração tributária deve assim proceder a fim de respeitar o disposto no inciso IX do art. 4º da CF (tema a ser desenvolvido em capítulo próprio):

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

.....  
IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

A despeito de poder ser considerado um princípio programático, ele deve sim ser observado na atuação da administração pública. No presente caso, não poderia a RFB ficar alheia ao resto do mundo, sem ajudar no combate aos ilícitos fiscais investigados por outros países. E assim ela procede, tanto que possui em seu organograma a Coordenação-Geral de Relações Internacionais, conforme art. 149 do Anexo à Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012.



### 3. APLICAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

A análise econômica do direito investiga as consequências econômicas da atividade jurídica, principalmente em relação a incentivos no comportamento das pessoas que eventual decisão pode incutir. Segundo Ivo Gico Jr.:

Se pessoas respondem a incentivos, então, do ponto de vista de uma ética consequencialista, as regras de nossa sociedade devem levar em consideração a estrutura de incentivos dos agentes afetados e a possibilidade de que eles mudem de conduta caso essas regras sejam alteradas. Em especial, deve-se levar em consideração que essa mudança de conduta pode gerar efeitos indesejáveis ou não previstos. Uma das funções da juseconomia é auxiliar na identificação desses possíveis efeitos. (GICO JR., 2012)

Para tanto, duas ferramentas são bastante úteis: a “teoria dos jogos” e o Equilíbrio de Nash. Com eles, pode-se especular o comportamento das pessoas na tomada de uma decisão e como a decisão de uma delas (ou um jogador, pela teoria) depende da de outra. E é nesse equilíbrio que o direito atua. Segundo Ronald O. Hillbrecht:

Teoria dos jogos diz respeito à análise do comportamento estratégico em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros. Teoria dos jogos assume que os tomadores de decisão (também chamados de jogadores ou agentes) são racionais, o que significa que: (i) eles sabem quais são seus objetivos e preferências; (ii) eles sabem quais são as limitações e restrições relevantes às suas ações; e (iii) eles conseguem escolher a melhor ação possível dados seus objetivos e preferências e respeitadas as limitações e restrições relevantes. Em outras palavras, a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações que existe interação, ou interdependência, entre os agentes. (...) por avaliar as consequências das leis, **a teoria dos jogos pode ajudar profissionais das áreas jurídicas a desenharem sistemas legais para que os objetivos desejados sejam mais facilmente alcançados.** (HILLBRECHT, 2012.)

Fazendo uma análise mais prática do acesso aos dados bancários, qual a privacidade que poderia estar sendo quebrada? Considerando que para o contribuinte que declara de boa-fé e verdadeiramente seus ganhos, o cotejo desses dados com os seus dados bancários mediante acesso pelo Fisco de seus dados

bancários não trará nenhuma novidade. A consequência econômica do acesso aos dados bancários deste cidadão de boa-fé e que cumpre com o seu dever de pagar tributos é nula, pois apenas ratificará o que já é de conhecimento da fiscalização tributária. Já para aquele que não declara de forma correta o fato gerador é que se tem uma consequência econômica, e de forma alguma negativa ou contrária ao direito. Muito pelo contrário, a consequência é trazê-lo para a legalidade mediante cumprimento de seu dever de pagar tributo. Ensina Eurico de Santi:

Existe um conjunto de informações que o contribuinte, ordinariamente, é obrigado a prestar para a fiscalização e exigência do crédito tributário de vários tributos. Tais deveres são denominados “obrigações acessórias” ou, mais contemporaneamente, “deveres instrumentais”. Trata-se do reflexo documental das atividades do contribuinte, com a finalidade de fornecer instrumentos à Administração Tributária na apuração e verificação dos tributos devidos. O conhecimento dos dados relativos à movimentação financeira dos sujeitos passivos somente tem por condão comprovar e testar a veracidade das informações constantes dos documentos que instrumentalizam o cumprimento das obrigações acessórias.

(...)

*Conclusão:* as informações objeto da transferência de sigilo bancário para o Fisco não vão além daquelas que o contribuinte já é obrigado a prestar em razão das obrigações acessórias, instituídas na legislação tributária. (SANTI, 2015)

Uma medida legislativa que preveja uma fiscalização mais rígida por parte do Fisco (como o acesso a dados bancários) pode gerar a consequência econômica de impor um comportamento colaborativo em relação ao pagamento de tributos. O acesso a dados bancários pelo Fisco pode ser considerado um jogo “ganha-ganha”, uma vez que o cidadão de boa-fé tem um incentivo a manter tal comportamento colaborativo. Já não permitir o acesso a dados bancários pelo Fisco pode virar a situação para um jogo “ganha-perde”.

Segundo a teoria dos jogos, a participação de um agente econômico sofre influência na decisão tomada pelo anterior. Numa situação em que fosse declarada a inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, o cidadão que tenha cumprido espontaneamente as suas obrigações tributárias teve clara perda em relação àquele que assim não procedeu. No futuro, a escolha mais lógica do competidor poderia se deslocar ao não pagamento espontâneo dos tributos, e o “Equilíbrio de Nash” tem o risco de ser deslocado, passando de uma

situação que o mais racional é o cumprimento espontâneo das obrigações tributárias para outra que o mais vantajoso é descumprir as obrigações tributárias.

O estudo da Receita Federal acerca desta questão explicita as consequências econômicas na sua fiscalização da inconstitucionalidade do acesso aos dados bancários por ela, gerando uma situação de ineficiência (o que contraria o art. 37 da CF), incentivando um comportamento em prol da sonegação e da falsa declaração, tornando-se injusta:

4. Até o início da década de 1980, grande parte dos lançamentos tributários eram do tipo denominado “por declaração”, previsto no art. 147 do CTN, em que o Fisco participava da formalização do crédito, executando um exame de pré-legitimidade dos valores que seriam exigidos. Esse exame prévio ao efetivo lançamento permitia um maior controle tributário, mas trazia consigo um ônus operacional aos agentes econômicos.

4.1 Com o avançar das relações econômicas e jurídicas, que demandavam cada vez mais agilidade e menor intervenção do Estado, o Fisco teve de sistematicamente se afastar do momento da ocorrência do fato gerador. Essa mudança na relação jurídico-tributária foi a principal motivação para que a exigência tributária migrasse para o lançamento do tipo “por homologação” (art. 150, § 4º, do CTN), em que a Administração Tributária passa a executar um papel de “controle de qualidade” a posteriori sobre a atividade de pagamento do tributo, agora sem prévio exame da autoridade.

4.2. Essa mudança de postura da Administração Tributária, adotada pela maioria das grandes economias mundiais, só pôde ser implementada em conjunto com a instituição de obrigações acessórias que garantissem o acesso às informações relativas à ocorrência dos fatos geradores. Os deveres instrumentais, que são prestados diretamente pelos contribuintes ou por terceiros vinculados ao fato gerador da obrigação principal, são fundamentais no sistema do lançamento por homologação.

4.3. Sem as declarações prestadas e, mais ainda, sem o cruzamento e comparação dessas declarações com informações de terceiros, o sistema do lançamento por homologação não se sustentaria, pois seria impossível que as autoridades fiscais verificassem a matéria tributável. Esse plexo de obrigações acessórias, hoje com substrato no art. 113 do Código Tributário Nacional (CTN), é um dos pilares que garantem ao País fluxo contínuo de arrecadação, e está diretamente ligada à real percepção de risco pelo contribuinte faltoso ou que tenciona sonegar.

(Acesso

em:

<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/fevereiro/arquivos-e-imagens/nota-executiva-sigilo-bancario.pdf>)

O que a Receita Federal está aduzindo é que o lançamento por homologação tornou-se praxe. Por ela, o contribuinte declara o fato gerador, interpreta a legislação tributária para calcular o valor do tributo devido e paga, para

só então iniciar os trabalhos fiscalizatórios (homologando ou não o lançamento). E, para tanto, torna-se mais primordial o acesso aos dados bancários a fim de “cruzar” essas informações com o que foi declarado pelo contribuinte. Continua o mesmo estudo:

5. Os dados bancários a serem fornecidos à RFB não vão além daquelas contidas em obrigações acessórias para o contribuinte que escritura suas receitas ou declara seus rendimentos em observância às leis societárias e tributárias. Os dados bancários revelam informação nova ao Fisco apenas em relação ao contribuinte que sonega informações, assim como revelam informações novas ao Fisco aquelas obtidas junto a clientes, fornecedores, órgãos de registro de imóveis, de veículos, de embarcações e de aeronaves, quando essas informações não estão registradas na contabilidade ou na declaração de rendimentos entregue anualmente

(Acesso em:  
<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/fevereiro/arquivos-e-imagens/nota-executiva-sigilo-bancario.pdf>)

Além da consequência comportamental, a necessidade de autorização judicial para o acesso a dados bancários tornaria o sistema fiscalizatório mais custoso, uma vez que teria de trabalhar com fiscalizados menos propensos a cooperar e a declarar corretamente, bem como teria de demandar sempre o Poder Judiciário, gerando maior despesa pública. Sobre o tema, ensina Ivo Gico Jr.:

Finalmente, como não poderia deixar de ser, farei um pouco sobre a suposta dicotomia entre eficiência e justiça. Mesmo quando realizando uma análise normativa, a AED (análise econômica de direito) é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas. Por outro lado, os juseconomistas defendem que, não importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

(...)

Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrario, uma é condição de existência da outra. (GICO JR, 2012)

Enfim, todo o sistema seria mais ineficiente, o que contraria o art. 37 da CF. Numa situação em que a norma constitucional não é explícita do sigilo fiscal nem garante seu acesso somente pelo Poder Judiciário, e que há legislação expressamente determinando o acesso direto, pode-se considerar que uma decisão que não permita o acesso pelo Fisco seria ineficiente economicamente e, portanto injusta.

#### 4. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E JURISPRUDÊNCIA ATUAL: FIM DA DISCUSSÃO

O movimento para o acesso a dados bancários diretamente pelos Fiscos em todo o mundo ganhou impulso com a crise de 2008, por intermédio do Fórum Global, conduzido pela OCDE. Seu objetivo é promover a ampla transparência em relação ao acesso a informações sobre bens e rendas dos contribuintes, visando à erradicação da elisão e evasão fiscal internacional.

O comprometimento internacional decorre da necessidade de maior transparência fiscal e a necessidade de intercâmbio de informações tributárias. Tal situação tem gerado alteração nas leis de diversos países com o fim do sigilo bancário perante as Administrações Tributárias, chegando-se à afirmação do “fim da era do sigilo bancário”. Conforme relatório da reunião de 2014 do grupo, verifica-se que isso tem sido crescente em todo o mundo:

9. Desde 2009, tem havido um progresso sem precedentes em direção à transparência fiscal. O sigilo bancário e a falta de cooperação facilitaram a evasão de divisas por décadas. Em 2009, todas as jurisdições acordaram em pôr um fim ao sigilo bancário, em relação às autoridades tributárias, e em cooperar segundo a norma da OCDE sobre o intercâmbio a pedido de informações. A OCDE construiu este grande progresso estabelecendo o Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias (“Fórum Global”), que tem assegurado um robusto monitoramento da implementação da mencionada norma e do progresso no sentido de uma igualdade de condições das 121 jurisdições integrantes. Hoje, a OCDE está dando um grande passo à frente com o desenvolvimento de um novo padrão global comum único para intercâmbio automático de informações financeiras.

(...)

11. Tendo em vista que o Fórum Global foi demandado pelo G20 para monitorar a correta implementação do padrão global comum único para intercâmbio automático de informações financeiras e o fato de que todas as jurisdições serão convidadas para comprometer-se a implementá-lo, o “padrão mínimo” será nivelado para que não haja qualquer espaço para que sonegadores se escondam e para que nenhuma jurisdição represente alguma vantagem competitiva por não ter implementado o novo padrão.” (tradução livre<sup>1</sup> – Disponível em: <https://www.oecd.org/mcm/C->

---

<sup>1</sup> 9. Since 2009, progress towards tax transparency has been unprecedented. Bank secrecy and lack of cooperation have facilitated offshore evasion for decades. In 2009, all jurisdictions agreed to put an

MIN(2014)6-ENG.pdf)

Os Estados Unidos da América (EUA), por sua vez, editaram o Ato HIRE (*Hiring Incentives to Restore Employment*), que ensejou a criação de obrigações com efeitos extraterritoriais às instituições financeiras estrangeiras com o intuito de identificar contas de norte-americanos em outras jurisdições fiscais. Trata-se do Fatca (*Foreign Account Tax Compliance Act*). Considerando que a adesão é facultativa o Brasil assinou com os EUA o Acordo para melhoria da observância tributária internacional e implementação do Fatca, disciplinado internamente pelo Decreto nº 8.506, de 24 de agosto de 2015, cuja parte introdutória do seu anexo explicita o aqui exposto:

PARA MELHORIA DA OBSERVÂNCIA TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL E IMPLEMENTAÇÃO DO FATCA

Considerando que o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (cada qual denominado "Parte" e, em conjunto, "Partes") celebraram o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América para o Intercâmbio de Informações relativas a Tributos, assinado em Brasília, no dia 20 de março de 2007 ("TIEA") e expressaram desejo de concluir acordo para melhoria da

---

end to bank secrecy in relation to tax authorities and to cooperate in accordance with the OECD standard on exchange of information on request. The OECD built on this major progress by establishing the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes ("Global Forum"), which has ensured a robust monitoring of the implementation of the standard and the progress towards a level playing field by its 121 member jurisdictions. Today, the OECD is taking a major step forward with the development of a new single common global standard on automatic exchange of financial account information. (...)

11. With the Global Forum having been mandated by the G20 to monitor the proper implementation of the single common global standard for automatic exchange of financial account information, and the fact that all jurisdictions will be invited to commit to implementing it, the playing field will be levelled so that there will no longer be any place for tax evaders to hide and no jurisdiction would be at a competitive advantage for not implementing the new standard. The Global Forum has proved efficient in monitoring the implementation of the international transparency and exchange of information on request standard: more than 100 jurisdictions have been reviewed over the last four years, 124 peer review reports and 18 supplementary reports have been published and overall ratings have been attributed to assess the effective implementation of the standard by the Global Forum members (18 jurisdictions are rated "Compliant", 26 jurisdictions "Largely Compliant", 2 jurisdictions "Partially Compliant" and 4 jurisdictions "NonCompliant"). A new voluntary working group on automatic exchange of information (AEOI) was established in November to assist the Global Forum in taking forward the G20's mandate to monitor and review the implementation of the automatic exchange of information, and to help developing countries identify their needs for technical assistance and capacity building before engaging in AEOI. The group had its first meeting on 26-28 March 2014.

observância de preceitos tributários internacionais por meio de assistência mútua em assuntos tributários com base em infraestrutura eficaz para troca automática de informações;  
Considerando que o artigo I do TIEA autoriza a troca de informações para fins tributários, inclusive automaticamente;  
Considerando que os Estados Unidos da América promulgaram novas disposições, conhecidas em seu conjunto como "Foreign Account Tax Compliance Act" (FATCA), por meio do qual se cria sistema de declaração de informações para instituições financeiras no que se refere a determinadas contas;  
Considerando que o Governo da República Federativa do Brasil apoia os objetivos subjacentes de política pública do FATCA no sentido de melhorar o cumprimento de obrigações tributárias;  
Considerando que o FATCA gerou uma série de questionamentos, inclusive o de que instituições financeiras brasileiras talvez não fossem capazes de cumprir com determinados aspectos do FATCA em decorrência de impedimentos legais internos;  
Considerando que o Governo dos Estados Unidos da América coleta informações relativas a determinadas contas de residentes no Brasil mantidas por instituições financeiras dos EUA e que assumiu o compromisso de realizar o intercâmbio dessas informações com o Governo da República Federativa do Brasil e de buscar níveis equivalentes de troca, desde que sejam implementadas as salvaguardas e infraestrutura necessárias para o estabelecimento de relação eficaz de troca;  
Considerando que as Partes estão comprometidas em trabalhar juntas no longo prazo com vistas a alcançar práticas e padrões equivalentes de prestação de informações e diligência devida de instituições financeiras;  
Considerando que o Governo dos Estados Unidos da América reconhece a necessidade de coordenar as obrigações de prestação de informações no âmbito do FATCA com outras obrigações dos EUA de prestar informações que entidades e instituições financeiras brasileiras possam ter, com o objetivo de evitar a duplicação de esforços;

Tendo em vista que o Fatca é o embrião para um acordo global de troca de informações entre administrações tributárias de todo o mundo, conforme tendência já aqui exaustivamente vista, a decretação de inconstitucionalidade da LC nº 105, de 2001, gerará um impacto bastante considerável nas relações econômicas e internacionais do país.

Se não bastasse, há um maior intercâmbio de informações baseados no artigo 26 da Convenção-Modelo da OCDE para Evitar a Dupla Tributação, a seguir transcrito

Disponível

em:

[https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/479C17F1-84B8-45F8-8056-73B300425BAD/0/CDT\\_Modelo\\_OCDE.pdf](https://info.portaldasfinancas.gov.pt/NR/rdonlyres/479C17F1-84B8-45F8-8056-73B300425BAD/0/CDT_Modelo_OCDE.pdf). Acesso em 105/5/2016):



### Artigo 26.º Troca de informações

1. As autoridades competentes dos Estados contratantes trocarão entre si a informação previsivelmente relevante para aplicar as disposições da Convenção ou para administrar ou por em vigor as leis internas dos Estados contratantes, das suas subdivisões políticas ou autarquias locais, na medida em que a tributação nelas prevista não seja contrária à Convenção. A troca de informações não é restringida pelo disposto nos Artigos 1.º e 2.º.

2. Qualquer informações recebida, nos termos do parágrafo 1.º, por um Estado contratante, será considerada secreta do mesmo modo que a informação obtida com base na legislação interna desse Estado e só poderá ser comunicada às pessoas ou autoridades (incluindo tribunais e autoridades administrativas) encarregadas da liquidação ou cobrança impostos referidos no primeiro período, ou dos procedimentos declarativos ou executivos relativos a estes impostos, ou da decisão de recursos referentes a estes impostos. Essas pessoas ou autoridades utilizarão as informações assim obtidas apenas para os fins referidos. Essas informações podem ser reveladas em audiências públicas de tribunais ou em decisões judiciais.

3. O disposto no número 1e 2 não poderá ser interpretado no sentido de impor a um Estado contratante a obrigação de:

- a) tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação, e à sua prática administrativa ou às do outro Estado contratante;
- b) fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua própria legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado contratante;
- c) transmitir informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública.

Diversos países utilizam de um segredo bancário exacerbado, ou ínfima tributação, a fim de proceder com uma forma de guerra fiscal global, gerando concorrência desleal entre países e a erosão de suas bases tributárias, inclusive o Brasil. Esses acordos internacionais de troca de informações fiscal são de interesse nacional. Sobre o assunto, ensina Valadão e Arruda:

Cumpram também ressaltar outro importante aspecto dessa questão no âmbito internacional. Tal como ocorre entre os entes da federação brasileira que propiciam benefícios fiscais para atração de investidores, os países com tributação favorecida também são responsáveis por estimular a chamada —guerra fiscal (harmful tax competition), capaz de gerar consequências nefastas aos sistemas financeiros e orçamentários dos países, sendo, por isso, combatido. Desde a década de 1990 esse aspecto preocupa a comunidade internacional, mas que cedeu espaço à questão da transparência tributária na década de 2010. Contudo, em função de problemas de crise fiscal em diversos países relevantes, esta prática voltou a despertar uma preocupação crescente com a erosão da base

tributária e o desvio (transferência) de lucros tributáveis (base erosion and profit shifting).

Jurisdições com baixa ou nenhuma tributação da renda e com sigilo em relação às operações comerciais e bancárias facilitam a erosão tributária dos países em que existe este tipo de tributo, motivo este pelo qual a comunidade internacional busca soluções para minimizar esse efeito. Além desse fator, vale reafirmar que, pela inexistência de troca de informações e pela falta de transparência quanto ao tratamento fiscal, é grande o volume de capital (obtido de maneira ilegal) enviado a instituições bancárias situadas nessas jurisdições como forma de evitar a fiscalização do país de origem.

Nesse passo, é fundamental que o Brasil, com base na Constituição (art. 145, §1º) e nas leis (artigos 5º e 6º da LC 105/01 e 197 e 198 CTN) bem como nos tratados internacionais firmados, afaste de vez a ideia de que o sigilo bancário é um direito absoluto e que depende de autorização judicial – sob pena de ser considerado um —paraíso fiscal, levando em conta os atuais padrões comensurados no Fórum Global da Transparência Fiscal e Troca de Informações.

É facilmente perceptível que a decretação de inconstitucionalidade do acesso direto pelo Fisco brasileiro a dados bancários geraria o descumprimento do Brasil desses acordos. Com base no princípio da reciprocidade, outros países se recusarão a fornecer informações bancárias para as autoridades fiscais brasileiras, o que prejudicará fiscalizações sobre potenciais casos de evasão fiscal internacional.

A Administração Tributária tem importante papel para a cooperação internacional para evitar a erosão da base tributária. A declaração e inconstitucionalidade da LC nº 105, de 2001, contraria o disposto no inciso IX do art. 4º da CF.

Depois de feito o estudo da base teórica que se assenta o problema-hipótese da presente monografia, cabe ressaltar que o acesso aos dados bancários pela Administração Tributária tem gerado polêmicas antes da edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, principalmente no interregno entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a edição da lei em tela (então vigente a Lei nº 4.595, de 1964), como visto anteriormente.

Com a edição da Lei Complementar nº 105, de 2001, a questão ganhou fôlego no Poder Judiciário. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), restou paradigmático o julgamento do Recurso Especial nº 1.134.665/SP, Rel.Min. Luis Fux, 2009, que procede a uma análise histórica da legislação, permitindo o acesso direto

pelo Fisco dos dados bancários:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

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

(...)

5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001).

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

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

(...)

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

13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto

porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos. (...)

No Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, a questão estava mais conturbada. Ele decidiu, por maioria de um voto, que o acesso em tela seria inconstitucional. Contudo, isso foi decidido em um caso concreto, sem repercussão geral. Trata-se do Recurso Extraordinário (RE) 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, 2010:

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.

Entretanto, na Ação Cautelar nº 33, de 2011, o plenário não referendou decisão liminar anterior que havia entendido pela inconstitucionalidade do acesso aos dados bancários pelo Fisco. Vale dizer, a situação não estava pacificada pelo STF, conforme se depreende da ementa a seguir:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA). REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001.

A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001 – 30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria.

Tais decisões contraditórias denotam uma clara divisão sobre este tema no STF, não obstante o STJ ter decidido pela constitucionalidade do acesso aos dados bancários pelo Fisco.

Finalmente, em fevereiro de 2016, o STF julgou a questão no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário 601.314 e das Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nºs 2390, 2386, 2397 e 2859 (acórdão ainda não publicado no Diário de Justiça), entendendo constitucional o acesso aos dados bancários. A decisão pela constitucionalidade do acesso aos dados bancários foi bastante expressiva (nove ministros entenderam pela constitucionalidade), consoante notícia da própria Corte (Acesso em: 26/2/15. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670>):

**STF garante ao Fisco acesso a dados bancários dos contribuintes sem necessidade de autorização judicial**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu na sessão desta quarta-feira (24) o julgamento conjunto de cinco processos que questionavam dispositivos da Lei Complementar (LC) 105/2001, que permitem à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial. Por maioria de votos – 9 a 2 –, prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

Na semana passada, foram proferidos seis votos pela constitucionalidade da lei, e um em sentido contrário, prolatado pelo ministro Marco Aurélio. Na decisão, foi enfatizado que estados e municípios devem estabelecer em regulamento, assim como fez a União no Decreto 3.724/2001, a necessidade de haver processo administrativo instaurado para a obtenção das informações bancárias dos contribuintes, devendo-se adotar sistemas certificados de segurança e registro de acesso do agente público para evitar a manipulação indevida dos dados e desvio de finalidade, garantindo-se ao contribuinte a prévia notificação de abertura do processo e amplo acesso aos autos, inclusive com possibilidade de obter cópia das peças.

Inicialmente, é de se ressaltar que a votação foi majoritariamente favorável ao acesso direto dos dados bancários pelo Fisco (nove a dois). Entretanto, atento ao fato de que tal acesso somente não avilta a intimidade e a privacidade do sujeito passivo, aduziu que estados e municípios devem regulamentar a lei para preservar o caráter sigiloso das informações, inclusive com a prévia notificação do contribuinte

para poder ter tal acesso. Continua a notícia:

Na sessão desta tarde, o ministro Luiz Fux proferiu o sétimo voto pela constitucionalidade da norma. O ministro somou-se às preocupações apresentadas pelo ministro Luís Roberto Barroso quanto às providências a serem adotadas por estados e municípios para a salvaguarda dos direitos dos contribuintes. O ministro Gilmar Mendes também acompanhou a maioria, mas proferiu voto apenas no Recurso Extraordinário (RE) 601314, de relatoria do ministro Edson Fachin, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2859, uma vez que estava impedido de participar do julgamento das ADIs 2390, 2386 e 2397, em decorrência de sua atuação como advogado-geral da União.

O ministro afirmou que os instrumentos previstos na lei impugnada conferem efetividade ao dever geral de pagar impostos, não sendo medidas isoladas no contexto da atuação fazendária, que tem poderes e prerrogativas específicas para fazer valer esse dever. Gilmar Mendes lembrou que a inspeção de bagagens em aeroportos não é contestada, embora seja um procedimento bastante invasivo, mas é medida necessária e indispensável para que as autoridades alfandegárias possam fiscalizar e cobrar tributos.

É interessante comentar o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, para quem o acesso ora discutido não difere muito dos demais procedimentos fiscais e aduaneiros. Continua:

O decano do STF, ministro Celso de Mello, acompanhou a divergência aberta na semana passada pelo ministro Marco Aurélio, votando pela indispensabilidade de ordem judicial para que a Receita Federal tenha acesso aos dados bancários dos contribuintes. Para ele, embora o direito fundamental à intimidade e à privacidade não tenha caráter absoluto, isso não significa que possa ser desrespeitado por qualquer órgão do Estado. Nesse contexto, em sua opinião, o sigilo bancário não está sujeito a intervenções estatais e a intrusões do poder público destituídas de base jurídica idônea.

“A administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo”, asseverou. O decano afirmou que a quebra de sigilo deve se submeter ao postulado da reserva de jurisdição, só podendo ser decretada pelo Poder Judiciário, que é terceiro desinteressado, devendo sempre ser concedida em caráter de absoluta excepcionalidade. “Não faz sentido que uma das partes diretamente envolvida na relação litigiosa seja o órgão competente para solucionar essa litigiosidade”, afirmou.

Trata-se do posicionamento antigo do Poder Judiciário, já há muito superado pela doutrina mais balizada sobre transparência fiscal. E, para finalizar:

**O presidente do STF, ministro Ricardo Lewandowski, último a votar na sessão desta quarta, modificou o entendimento que**

**havia adotado em 2010, no julgamento do RE 389808, quando a Corte entendeu que o acesso ao sigilo bancário dependia de prévia autorização judicial. “Tendo em conta os intensos, sólidos e profundos debates que ocorreram nas três sessões em que a matéria foi debatida, me convenci de que estava na senda errada, não apenas pelos argumentos veiculados por aqueles que adotaram a posição vencedora, mas sobretudo porque, de lá pra cá, o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo, delitos que exigem uma ação mais eficaz do Estado, que precisa ter instrumentos para acessar o sigilo para evitar ações ilícitas”, afirmou.**

O relator das ADIs, ministro Dias Toffoli, adotou observações dos demais ministros para explicitar o entendimento da Corte sobre a aplicação da lei: “Os estados e municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria, de forma análoga ao Decreto Federal 3.724/2001, tal regulamentação deve conter as seguintes garantias: pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; a prévia notificação do contribuinte quanto a instauração do processo e a todos os demais atos; sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso; estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios.”(grifou-se)

A fala do Ministro Lewandowski, acima negrito, resume bem a situação: ocorreu uma viragem na interpretação do STF, com uma mutação constitucional a fim de fazer valer os novos valores internacionais de transparência fiscal e necessidade de garantir ao Fisco um novo protagonismo no combate aos ilícitos fiscais, e diversos de seus reflexos (ou de suas causas), sendo fundamental para o combate à criminalidade em geral.

Por fim, no voto do Ministro Fachin, relator do RE nº 601.314/SP, sua proposta de ementa torna claro o atual momento global e o moderno entendimento do STF quanto a questão, mantendo o Brasil em sintonia com o sistema global de governança fiscal e cooperação internacional:

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO. DEVER DE PAGAR IMPOSTOS. REQUISICÃO DE INFORMAÇÃO DA RECEITA FEDERAL ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/01. MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS. APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA NORMA TRIBUTÁRIA. LEI 10.174/01.**

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.
2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.
3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.
4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.
5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.
6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”**.
7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”**.
8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

O acórdão acima transcrito é o que mais bem sintetiza a questão, estando totalmente alinhado com o presente trabalho. Ele trabalhou muito bem a questão do princípio da isonomia na medida da capacidade contributiva do contribuinte. Para tanto, adentra na atividade tributária que fiscaliza o dever geral de pagar tributos, e como o acesso aos dados bancários é primordial para a concretização desse dever e, conseqüentemente, do princípio da capacidade contributiva e da isonomia. De forma alguma houve superação total da intimidade do cidadão, já que tal poder da



administração tributária ocorre com o seu dever de sigilo, sem falar na objetividade das situações em que pode haver o acesso aos dados bancários.

## CONCLUSÃO

Não existe sigilo bancário para a Administração Tributária, uma vez que ela pode ter acesso às operações financeiras efetuadas pelos cidadãos de forma automática, desde que em montantes globais, ou acesso a informações detalhadas quando haja procedimento fiscal em curso, conforme arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de 2001.

Quando há esse acesso por ela, ocorre mera transferência do sigilo da instituição financeira para a Administração Pública, convertendo-se em sigilo fiscal.

Existem outros princípios constitucionais que fundamentam a atividade fiscalizatória do Fisco, como os incisos XVIII e XXII do art. 37, inciso IV do art. 170 e art. 237. Não só não há um direito constitucional expresso ao sigilo bancário nem uma reserva de jurisdição para a sua transferência, como há diversos outros princípios constitucionais que fundamentam a transferência do sigilo bancário para a Administração Tributária.

Eventual necessidade de autorização judicial para o acesso a dados bancários tornaria o sistema fiscalizatório mais custoso, uma vez que teria de trabalhar com fiscalizados menos propensos a cooperar e a declarar corretamente, bem como teria de demandar sempre o Poder Judiciário, gerando maior despesa pública. Enfim, todo o sistema seria mais ineficiente, o que contraria o art. 37 da CF. Numa situação em que a norma constitucional não é explícita do sigilo fiscal nem garante seu acesso somente pelo Poder Judiciário, e que há legislação expressamente determinando o acesso direto, pode-se considerar que uma decisão que não permita o acesso pelo Fisco seria ineficiente economicamente e, portanto injusta, conforme primados da análise econômica do direito.

O movimento para o acesso a dados bancários diretamente pelos Fiscos em todo o mundo ganhou impulso com a crise de 2008, por intermédio do Fórum Global, conduzido pela OCDE. Seu objetivo é promover a ampla transparência em relação ao acesso a informações sobre bens e rendas dos contribuintes, visando à erradicação da elisão e evasão fiscal internacional. O comprometimento internacional decorre da necessidade de maior transparência

fiscal e a necessidade de intercâmbio de informações tributárias. É fundamental o acesso pelo Fisco dos dados bancários e o seu compartilhamento num sistema global de troca de informações fiscais em prol da transparência fiscal e da cooperação internacional.

Felizmente ocorreu uma viragem na interpretação do STF, com uma mutação constitucional a fim de fazer valer os novos valores internacionais de transparência fiscal e necessidade de garantir ao Fisco um novo protagonismo no combate aos ilícitos fiscais, seguindo o caminho defendido no presente estudo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BORGES, José Souto Maior. **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**. V. 4: lançamento tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BRASIL, **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Seção III; Título II, capítulo II

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988, Art. 150, I.

BRASIL. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. 2005. 233f. Dissertação (Mestrado vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina). 2005. Florianópolis/SC. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp032730.pdf>.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 30ª e. rev. atual. ed. Malheiros, São Paulo: 2009.

MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET; COELHO, INOCENCIO MARTIRES. **Curso de direito constitucional**. 5. ed.. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). **Sigilos bancário e fiscal: homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

TIMM, Luciano Benetti. **Direito & Economia no Brasil**. Editora Atlas, 2012.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; ARRUDA, Henrique Porto. **Direitos Fundamentais, Privacidade, Intimidade, Sigilos Bancário e Fiscal, e o Consenso Internacional**. Disponível em: “<http://www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/1226>”