



CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO TRIBUTÁRIO

ALBERTO CARLOS DE AGUIAR RODRIGUES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELAS
AUTORIDADES TRIBUTÁRIAS NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO
FISCAL SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Brasília – DF
Janeiro 2016

ALBERTO CARLOS DE AGUIAR RODRIGUES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELAS
AUTORIDADES TRIBUTÁRIAS NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO
FISCAL SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Tributário, no Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP.

Brasília – DF
Janeiro 2016

ALBERTO CARLOS DE AGUIAR RODRIGUES

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELAS
AUTORIDADES TRIBUTÁRIAS NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO
FISCAL SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Especialista em Direito
Tributário, no Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito
Público – IDP.

Brasília-DF, ____ de _____ de 2016

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico à minha esposa, filhos e família, que me incentivaram, apoiaram e compreenderam a minha ausência, dando-me forças para a conclusão do presente trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que tem me guiado em todos os momentos da minha vida, e me concedeu a graça de poder conquistar mais uma vitória.

Agradeço a meus pais, pela exigência, e preocupação que tinha com os meus estudos.

Agradeço aos Professores pelas orientações e incentivos que colaboraram com o meu aprendizado ao longo dessa jornada acadêmica.

Por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuirão para a concretização de mais um objetivo.

“Yes, we can” (“Sim, nós podemos”).

Barack Hussein Obama. Lema de campanha do primeiro candidato negro a Presidente dos Estados Unidos.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivos abordar a aplicabilidade da exceção do sigilo bancário no que permite a atuação da autoridade fiscal da Fazenda Pública, sob a égide da Constituição da República, da Lei Complementar nº 105/2001, bem como do seu decreto regulamentador – Decreto 3.724/01 –, que estatuiu diretrizes para a Administração Tributária e vem causando controvérsia no âmbito jurídico, em virtude de possibilitar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, quebrando o sigilo bancário do contribuinte, sem a manifestação prévia por parte do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Autoincriminação. Conflito entre princípios. Direitos fundamentais. Inconstitucionalidade. Sigilo bancário.

ABSTRACT

This monograph aims to address the applicability of the exception of banking secrecy in allowing the operation of the tax authority of the Treasury, under the aegis of the Constitution, of Complementary Law nº 105/2001, as well as its regulatory decree – Decree 3724/01 – which ruled guidelines for the tax authorities and has caused controversy in the legal framework by virtue of enabling the examination of documents, books and records of financial institutions, breaking bank secrecy of the taxpayer, without the prior approval by the Judicial power.

Keywords: Self-incrimination. Conflict between principles. Fundamental rights. Unconstitutional. Banking secrecy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O SIGILO BANCÁRIO	13
1.1 A diferença entre sigilo bancário e sigilo fiscal	14
1.2 O sigilo bancário e suas dimensões	15
1.3 O sigilo bancário antes da LC 105/2001	17
1.4 O sigilo bancário depois da LC 105/2001.....	22
2 O SIGILO BANCÁRIO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS INDIVIDUAIS DO DIREITO AO SIGILO, PRIVACIDADE E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	30
3 A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE FISCAL.....	34
3.1 Da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário prevista na Lei Complementar nº 105/2001	41
3.2 A violação do devido processo legal com a quebra do sigilo bancário pelas autoridades tributárias no âmbito do processo administrativo fiscal com o advento da Lei Complementar nº 105/2001	47
3.3 O princípio da vedação a autoincriminação	49
3.3.1 A obrigação tributária acessória e o princípio da não autoincriminação no direito comparado.....	52
3.3.2 A relativização do direito à não autoincriminação na esfera tributária....	54
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

A polêmica sobre o sigilo bancário é antiga na doutrina jurídica e na jurisprudência, tendo o assunto despertado discussões, principalmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento jurisprudencial que prevalecia antes do advento da Lei Complementar 105/2001, enquanto estava em vigor a Lei nº 4.595/64, era o de que a quebra do sigilo bancário somente poderia ser efetivada por autorização judicial, expedida em virtude de requerimento e devida comprovação da autoridade tributária da prática de atividade delituosa do contribuinte investigado, ou seja, o sigilo bancário não teria caráter absoluto, podendo ser afastado por autorização judicial.

Com o advento da Lei Complementar 105/2001, a matéria sobre a quebra do sigilo bancário passou a ter novo regramento disciplinar, uma vez que o art. 6º da referida lei previu dispositivo legal possibilitando às autoridades administrativas das esferas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) terem acesso direto às informações sobre a movimentação bancária dos contribuintes, independente da prévia autorização judicial.

Na suposta busca por sonegadores fiscais, o Estado tem procurado meios capazes de identificar e, por conseguinte, punir os usurpadores do fluxo de caixa estatal. Como já dito, uma das medidas adotadas foi a edição da Lei Complementar 105/2001 e de seu Decreto 3.724/2001, que tem fomentado intensas discussões e questionamentos doutrinários e jurisprudências quanto à sua constitucionalidade, dentre as quais: O sigilo bancário é baseado no direito à intimidade e no sigilo de dados, consubstanciados no art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal? O sigilo bancário do contribuinte é cláusula pétrea? A autoridade fiscal está legitimada constitucionalmente para quebrar o sigilo bancário do contribuinte sem autorização judicial?

Em função dessas hipóteses, nos deparamos com o seguinte problema:

Quais são os fatores que deslegitimam a autoridade fiscal a quebrar o sigilo bancário do contribuinte sem autorização judicial?

Mais especificamente, discute-se a constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da referida Lei, que disciplinam a possibilidade da transferência de informações e dados das operações e serviços das instituições financeiras, diretamente as autoridades fiscais.

O presente trabalho tem por objetivos abordar a aplicabilidade da exceção do sigilo bancário no que permite a atuação da autoridade fiscal da Fazenda Pública, sob a égide da Constituição da República, da Lei Complementar nº 105/2001, bem como do seu decreto regulamentador – Decreto 3.724/01 –, que estatuiu diretrizes para a Administração Tributária e vem causando controvérsia no âmbito jurídico, em virtude de possibilitar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, quebrando o sigilo bancário do contribuinte, titular da conta bancária, sem que seja necessária a manifestação prévia por parte do Poder Judiciário. Será abordado também, a compatibilização dos dispositivos infraconstitucionais citados com o texto constitucional, analisando o interesse público nestas informações para efeito de fiscalização, bem como a legitimidade da violação dos direitos e garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e do princípio da não autoincriminação.

O marco teórico utilizado na monografia será a polêmica sobre o sigilo bancário na doutrina jurídica e na jurisprudência, principalmente, com o advento da Lei Complementar 105/2001, uma vez que o art. 6º da referida lei previu dispositivo legal possibilitando às autoridades administrativas das esferas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) terem acesso direto às informações sobre a movimentação bancária dos contribuintes, independente da prévia autorização judicial, tendo o assunto despertado discussões, principalmente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Dentre as diversas doutrinas utilizadas na elaboração da monografia, será utilizado o trabalho coordenado pelo ilustre Ives Gandra da Silva Martins, denominado Direitos Fundamentais do Contribuinte, que teve origem no XXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário do Centro de Extensão Universitária, além de outras obras utilizadas como referenciais teóricos, dentre as quais, destacam-se os trabalhos dos professores Pedro Krebs, intitulado Autoincriminação e Obrigação Tributária – Aplicações no Direito Tributário do direito a não se autoincriminar – e de

Maria José Oliveira Lima Roque, intitulado Sigilo Bancário e Direito à Intimidade – que aborda o direito à intimidade face o sigilo bancário do Contribuinte – e o artigo de Kleber Augusto Tagliaferro, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 66, intitulado A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: tensão entre princípios.

Para a realização do trabalho de monografia adotou-se o método dedutivo, partindo do conceito geral do direito ao sigilo para o particular direito ao sigilo bancário, cuja análise abordará a doutrina, a jurisprudência e a legislação sobre o tema, utilizando a pesquisa bibliográfica e de artigos publicados em revistas especializadas e em *sítes* destinados ao estudo de assuntos jurídicos, além das jurisprudências dos tribunais superiores.

No presente trabalho serão abordados os seguintes assuntos por capítulo:

No Capítulo 1 será apresentado o conceito e as dimensões do sigilo bancário, a diferença entre o sigilo bancário e o sigilo fiscal, bem como uma análise do sigilo bancário antes e depois da Lei Complementar nº 105/2001.

No Capítulo 2 o direito ao sigilo bancário será analisado à luz dos princípios e garantias constitucionais individuais, com destaque para as garantias do direito à privacidade e ao devido processo legal.

No Capítulo 3 será abordada a necessidade de autorização judicial para quebra do sigilo bancário pelas autoridades administrativas fiscais, analisando a inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário, bem como a violação do devido processo legal pelas autoridades administrativas no âmbito do Processo Administrativo Fiscal com o advento da Lei Complementar nº 105/2001. No referido capítulo, também será analisado o princípio da vedação à autoincriminação; a obrigação tributária acessória de prestar informações às autoridades administrativas fiscais; o princípio da não autoincriminação no direito comparado e a relativização do direito a não autoincriminação na esfera tributária.

A relevância social e acadêmica deste estudo é abordar a problemática relacionada ao sigilo bancário, à luz da doutrina dos direitos fundamentais, em especial o direito à intimidade e à vida privada e o direito do sigilo da comunicação e

dos dados dos cidadãos, compatibilizando os dispositivos infraconstitucionais citados com o texto Constitucional, analisando, ainda, o interesse público nestas informações, para efeitos de fiscalização, averiguando até que ponto será legítima a violação destes direitos fundamentais, sem prejudicar, também, as premissas dos direitos e garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido Processo Legal e do princípio da não autoincriminação.

A viabilidade da pesquisa se dá pela existência de fontes disponíveis na doutrina e na jurisprudência sobre o tema.

1 O SIGILO BANCÁRIO

O sigilo bancário constitui-se em um conjunto de ferramentas que a legislação utiliza para proteger o titular de depósitos em instituições de natureza financeira, impedindo que qualquer pessoa, a não ser ela própria ou, excepcionalmente, entidades ou órgãos públicos, nas estritas hipóteses previstas em lei, tome ciência a cerca de informações relacionadas com a movimentação de recursos que, diga-se, não são públicos e são armazenados ou colocados ao conhecimento daquelas instituições econômicas.

O sigilo bancário na definição de Sérgio Carlos Covello, consiste “na obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que detêm, em virtude de sua atividade profissional.”¹

Para Rubens Limongi França, o sigilo bancário:

É uma decorrência do direito à privacidade, que, por sua vez, integra os chamados direitos da personalidade, ou seja, aquelas faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim de sua projeção essencial no mundo exterior.²

José Eduardo Soares de Melo define sigilo bancário como “sendo a obrigação do banqueiro – a benefício do cliente – de não revelar certos fatos, cifras ou outras informações de que teve conhecimento por ocasião do exercício de sua atividade bancária e notadamente aqueles que concernem a seu cliente, sob pena de sanções muito rigorosas, civis, penais ou disciplinares.”³

Conforme demonstrado, o sigilo bancário encontra-se inserido no rol de proteção dos direitos individuais, compreendendo também o dever atribuído a terceiros sobre a contingência de sua divulgação.

¹ COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. RT 648/627. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Série grandes pareceristas**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 71.

² FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 1025.

³ MELO, José Eduardo Soares de. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 305.

1.1 A diferença entre sigilo bancário e sigilo fiscal

Como visto, o sigilo bancário é o segredo que as instituições financeiras devem manter sobre as contas de seus clientes. Em nosso ordenamento pátrio, encontramos a obrigação legal da conservação do sigilo bancário por parte das instituições financeiras na Lei nº 4.595/64, “art. 38: As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”, com as alterações da Lei Complementar nº 105/2001⁴, “art. 1º: As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”.

O sigilo fiscal, por sua vez, é a obrigação que o fisco tem por dever de manter segredo sobre a vida econômica dos contribuintes, estando essa obrigação expressamente prevista no Código Tributário Nacional, arts. 198 e 199:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informações 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.

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Tanto o sigilo fiscal quanto o bancário são decorrentes do direito à privacidade e à inviolabilidade de dados pessoais. Em nosso sistema jurídico, a questão do sigilo bancário deve ser examinada a partir do texto constitucional como uma garantia que encontra o seu fundamento nos direitos individuais, especificamente, no art. 5º, incisos X e XII, assim dispostos:

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

[...]

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

⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001. (A constitucionalidade da LC nº 105/2001 é objeto das ADIN's 2386-1, 2397-7 e 2390-0, que aguardam apreciação de pedido de liminar pelo C. Plenário, Relator Min. Sepúlveda Pertence).

[...]

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁵

Apesar de fazerem parte do texto constitucional, tais direitos têm dividido opiniões, de um lado aqueles que entendem que os referidos direitos são cláusulas pétreas, não podendo em hipótese alguma ser relativizado, sendo a sua exceção uma afronta aos princípios e garantias individuais constitucionalmente assegurados, e de outro lado aqueles que entendem que tais direitos não podem ser vistos como absolutos, devendo ceder diante do interesse público, admitindo a prevalência do desse sobre o interesse do particular.

1.2 O sigilo bancário e suas dimensões

O grande foco de discussões sobre o sigilo bancário, na legislação brasileira, está na Constituição Federal de 1988 e na Lei Complementar nº 105/2001, precisamente, nessa última, quanto aos seus arts. 5º e 6º, que trazem, em seu escopo, o dever das instituições financeiras de manter o sigilo das operações realizadas em seu âmbito de atuação, bem como as possibilidades em que a imposição legal sofrerá restrições:

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.

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.

De acordo com Naiana Batista Correia⁶, o sigilo bancário está estreitamente relacionado com os direitos fundamentais à vida privada e à

⁵ BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 2009.

⁶ CORREIA, Naiana Batista. **A exceção do sigilo bancário pela autoridade fiscal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/a-exceção-do-sigilo-bancario-pela-autoridade-fiscal-naiana-batista-correia>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

intimidade, consubstanciada no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, sendo mitigado pela exceção constante na Lei Complementar 105/2001, gerando divergências quanto à constitucionalidade dessa lei.

Sobre a guarda do sigilo bancário, Ferraz Junior⁷ aduz que:

[...] o dever de guardar o sigilo bancário é uma obrigação das instituições financeiras, de modo que sua violação constitui crime, sendo essa uma imposição em favor do cliente contribuinte e um direito deste perante terceiros que queiram violá-lo.

A partir da afirmação de Moraes⁸, cogita-se estabelecer doutrinariamente uma diferenciação entre o direito à vida privada e à intimidade, no sentido de que:

[...] o direito à intimidade está ligado às relações subjetivas e de trato íntimo do indivíduo, como os laços familiares e de amizade e o direito a vida privada se amolda a relacionamentos mais objetivos, como os de trabalho, comerciais, dentre outros.

Já Bittar⁹ admite a possibilidade de haver exceção na aplicação do direito à vida privada e a intimidade:

[...] o direito à vida privada e a intimidade por não serem direitos absolutos, podem ser relativizados, ou seja, podem sofrer limitações em virtude do interesse da coletividade e do desenvolvimento de atividades estatais, assim como todos os outros direitos fundamentais.

Para o referido autor, “estes direitos devem ser mitigados com cautela, a fim de que a razão pela qual o Estado adentre na vida íntima do indivíduo venha a servir de proteção a outros direitos fundamentais”.

Segundo Naiana Batista Correia, existe um questionamento sobre o conteúdo da proteção estabelecida no art. 5º, inciso XII, da Constituição, ou seja, o alcance dos dados constitucionalmente protegidos, pois:

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. **Revista da Advocacia Geral da União**. Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Edição Especial de Lançamento, 2002, p. 93.

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 80.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 106-107.

[...] há doutrinadores que se reportam à existência de proteção exclusiva da comunicação dos dados bancários, entretanto, mostra-se mais adequado com o ordenamento constitucional o entendimento de que os referidos dados do qual trata o dispositivo citado, são protegidos no seu conteúdo. Entendendo de forma contrária, se configurariam duas contradições:

I – Haveria proteção do meio (comunicação), mas não do fim (dados);

II – Não havendo proteção dos dados, não haveria razão para que os mesmos, sendo obtidos por meio de ordem judicial, permanecessem em sigilo junto ao processo em que se deu a referida autorização.

Para a citada autora, diante de um contexto de proteção constitucional, importante destacar que: “o contribuinte tem o direito de não produzir prova contra si mesmo ou o direito ao silêncio, embora tal direito não esteja previsto de forma expressa na Constituição”.

Desse modo, Naiana Batista questiona: “a exceção do sigilo bancário pela autoridade administrativa fiscal seria ou não uma afronta do direito ao silêncio, isto é, o contribuinte estaria ou não se autoincriminando?”

Para Naiana Batista, tal óbice deve ser analisado sob a ótica dos limites fixados pelo princípio da proporcionalidade, em função do conflito de interesses entre o particular e o público, como forma de verificar se a prática representa ou não violação desnecessária ou intolerável a este direito fundamental, em face do interesse coletivo, representado pelo Fisco, e da teoria da legítima defesa dos direitos fundamentais, apresentando assim, a legitimidade destes questionamentos.

Barreto Júnior¹⁰ entende que esse direito está consubstanciado na premissa da qual “os acusados ou possíveis acusados em processo penal, presos ou não, possuem o direito a não dar declarações ou produzir outro tipo de prova que venha a incriminá-los”.

1.3 O sigilo bancário antes da LC 105/2001

Na vigência da Lei Federal nº 4.595/64, a maioria dos doutrinadores

¹⁰ BARRETO JÚNIOR, Valter Pedrosa. **Direito ao silêncio em matéria tributária**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6638>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

entendia ser imprescindível a autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, não sendo suficiente a mera autorização da autoridade administrativa.

Atualmente, a mais renomada doutrina pátria não concorda com a quebra do sigilo bancário por ato das autoridades administrativas, aduzindo para tanto, que mesmo diante de fortes indícios de ilícitos tributários, as citadas autoridades devem pedir a pertinente e devida autorização ao Poder Judiciário.¹¹

Plínio José Marafon entende, ainda, ser incompatível com a Carta Magna a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa.¹²

Nesse sentido, é o pensamento de Maria Teresa Cárcomo Lobo que, apenas, acresce um elemento à absoluta incompatibilidade com a Constituição: o da reserva de jurisdição.¹³

Para Américo Masset Lacombe, “É inconstitucional a quebra do sigilo por decisão administrativa, pois, como vimos, em procedimento administrativo não há *due process*”.¹⁴

Aduz Domingos Franciulli Neto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite a quebra do sigilo bancário por simples autorização

¹¹ “A competência para a decretação da quebra do sigilo bancário é exclusiva do Poder Judiciário, vedada tal quebra pela autoridade administrativa:” BIANCO, João Francisco. p. 655; CASSONE, Vittorio. p. 409; COSTA, Antônio José da. p. 436; FERNANDES, Edison Carlos. p. 634; GONÇALVES, Antônio Manoel. p. 560; MARQUES, Fernando de Oliveira. p. 788; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva; MARONE, José Rubem. p. 859; PIRAÍNO, Adriana. p. 772; RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. p. 354; MELO, José Eduardo Soares de. p. 312; SOUZA, Fátima F. Rodrigues de. p. 810. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6).

¹² Marafon conclui: “Diante de todo o exposto, portanto, entendemos não ser possível a quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa sem a prévia interferência do Poder Judiciário, sendo incompatível com a Constituição Federal norma que a autorize”. [MARAFON, Plínio Marafon. **Direitos fundamentais do contribuinte**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 446].

¹³ LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. **Direitos fundamentais do contribuinte**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 200-201.

¹⁴ LACOMBE, Américo Masset. **Direitos fundamentais do contribuinte**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 225.

administrativa e que, além da autorização judicial, é preciso se ter uma decisão motivada, consoante o art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.¹⁵

Já Diva Malerbi entende haver requisitos para a quebra do sigilo bancário:

É constitucional, no entanto, a quebra desse sigilo mediante autorização judicial, desde que ela esteja tipificada em lei, sirva ao esclarecimento de fatos jurídicos e o meio não seja oneroso, bem assim que o seu cumprimento não provoque desvantagens ao atingido ou importe em violação de outro direito fundamental, especialmente o da proteção da intimidade.¹⁶

Cecília Hamati ressalta a ideia de que devem existir indícios veementes de sonegação fiscal.¹⁷

Geraldo Facó Vidigal, porém, parte de duas apreciações diversas: a anterior e a posterior ao Texto Constitucional de 1988:

Anteriormente à Constituição, conforme parágrafos do art. 38, da Lei 4.595/64, a existência de um processo administrativo fiscal em andamento era suficiente, por si só, para que o banco prestasse

¹⁵ FRANCIULLI NETTO, Domingos. Quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 138. Em Ricardo Mariz de Oliveira, a quebra do sigilo bancário por decisão da autoridade administrativa, independente de autorização judicial, fere o Estado de Direito. A referida quebra tem que ser uma medida excepcional, no interesse da justiça, com previsão legal, justificada e, ainda, por autorização judicial. [OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. **Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 250].

¹⁶ MALERBI, Diva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 164. Segundo Helenilson Cunha Pontes, “b) o Poder Judiciário pode, circunstancialmente, autorizar a quebra do sigilo bancário, no bojo de um processo judicial em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório, desde que motivadamente reconheça que tal limitação à intimidade e à privacidade justifica-se diante das exigências do princípio da proporcionalidade, isto é, revele-se adequada e indispensável ao atingimento do interesse público que a exige e não conduza ao completo aniquilamento do direito fundamental ao sigilo de dados garantido constitucionalmente, isto é, as informações a serem acessadas devem ser somente aquelas estritamente necessárias ao desiderato buscado com a quebra do sigilo bancário”. [PONTES, Helenilson Cunha. **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 377].

¹⁷ HAMATI, Cecília Maria Marcondes. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 283. Há que se ter situações relacionadas com possíveis crimes. [ROCHA, Valdir de Oliveira. **Direitos fundamentais do contribuinte**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 875].

informações sigilosas. No entanto, com o advento do art. 5º, incisos X, XII e XIV, da Constituição Federal de 1988, reafirmou-se a ideia de que o sigilo não pode ser quebrado sem autorização judicial.¹⁸

No entanto, Andreas Eisele¹⁹ preceitua pela possibilidade de quebra do sigilo pelas autoridades fiscais, desde que suportada e condicionada a um processo administrativo em curso, por não vislumbrar ofensa à intimidade ou a privacidade.

Contrariamente à grande parte dos doutrinadores nacionais, Yoshiaki Ichihara acredita que a norma infraconstitucional que autoriza a quebra do sigilo bancário, independente de autorização judicial, desde que, fundamentada e presentes os pressupostos desencadeadores, sem dúvida, não contraria a Constituição.²⁰

¹⁸ VIDIGAL, Geraldo Facó. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 137.

¹⁹ EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Dialética, 1998, p. 225. Em Susy Hoffmann: “Consoante nossa análise, a proteção irrestrita a todos os atos relativos aos cidadãos impede a informação, e sem informação não há controle. Quando se permite que um ato administrativo seja conhecido somente pelas pessoas interessadas, se esta impedindo a participação da sociedade neste ato, pois esta participação somente ocorre pelo conhecimento por parte do teor do ato, e, quando se retira da sociedade a possibilidade de conhecer os atos e as decisões administrativas, se está caminhando para o arbítrio e para o favorecimento ilícito”. (HOFFMANN, Susy Gomes. Princípio constitucional da publicidade aplicado ao processo administrativo fiscal e garantia constitucional do sigilo de dados. In: ROCHA, Valdir de Oliveira et. al. **Processo administrativo fiscal**. v. 5. São Paulo: Dialética, 2000, p. 143).

“A interpretação integrada do art. 197 do Código Tributário Nacional com o art. 38, parágrafo 5º, da Lei 4.595/64, conduz à conclusão de que os auditores fiscais somente poderão ter acesso às informações sobre a movimentação bancária de qualquer pessoa quando houver processo instaurado, e as mesmas forem consideradas indispensáveis pela autoridade competente, desde que haja autorização judicial nesse sentido. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 155). “[...] II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras”. “[...] Mesmo o Poder Judiciário, que indubitavelmente pode afastar o sigilo bancário, mormente em matéria penal, à luz da própria Lei 4.594/64, não é livre para fazê-lo, sem o cumprimento de determinados requisitos materiais. O Supremo Tribunal Federal não se satisfaz, portanto, para rompimento do sigilo bancário, um direito fundamental constitucionalmente consagrado, com a edição de uma lei complementar autorizativa, se essa lei complementar, em seu conteúdo, não contiver requisitos mínimos – existindo investigação em inquérito penal formalmente instaurado – tais como: existência de indício de prova quanto à ocorrência do delito, da autoria do delito e sua materialidade (princípio da objetividade material); existência de pertinência ou relação necessária entre a documentação cuja revelação se pede e objeto criminalmente investigado (princípio da pertinência e adequação); imprescindibilidade da quebra do sigilo para o êxito das investigações (princípio da proibição de excesso)”. (DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. O sigilo bancário e os crimes contra a ordem tributária. In: **Direito tributário aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 280-281).

²⁰ ICHIHARA, Yoshiaki. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 501.

Douglas Yamashita, por igual, sustenta ser possível o desiderato da quebra:

[...] uma lei pode autorizar o sacrifício do sigilo por decisão exclusiva de autoridade administrativa, independente de autorização judicial, mas está sujeita a exigências adicionais, além da observância dos princípios da legalidade e da proporcionalidade ou proibição de excesso, que são a preservação do núcleo deôntico do sigilo bancário (*Wesensgehaltgarantie*), a proibição de validade restrita a casos isolados e a obediência ao princípio da clareza e determinação da lei, implícito à Constituição.²¹

Adverte Maria José Oliveira Lima Roque que “[...] submeter ao Judiciário o pedido de quebra de sigilo nos casos de fortes indícios de crime dá ao meliante tempo suficiente para movimentar a conta, impedido o ressarcimento do dano e dificultando a operação.”²²

Já Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, com fulcro na doutrina e jurisprudência dominantes, sustenta “ser inadmissível norma que autorize a quebra de sigilo por decisão exclusiva de autoridade administrativa, sem autorização judicial.”²³

Melissa Folmann²⁴, ao explicar a diferença entre o art. 38, § 5º, da Lei 4.595/64, e o art. 6º, da Lei Complementar 105/2001, ressalta o seguinte:

[...] a Lei Complementar 105/2001 trouxe um diferencial, o exame, a quebra de sigilo, antes resguardada à prévia análise do Judiciário, passa a competência direta das Autoridades Fiscais, exclui-se do Judiciário a apreciação da necessidade ou não do ato.

²¹ YAMASHITA, Douglas. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 733.

²² ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário e direito a intimidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 116-117.

²³ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 517-518.

Betina Treiger Gruppenmacher também coloca que a jurisprudência entendia, preponderantemente, ser possível a quebra do sigilo somente com autorização judicial. (GRUPENMACHER, Betina Treiger. O princípio da publicidade e a garantia do sigilo no processo administrativo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira et al. **Processo administrativo fiscal**. v. 5. São Paulo: Dialética, 2000, p. 28.)

²⁴ FOLMANN, Melissa. **Sigilo fiscal e bancário**: à luz da LC 105/2001 e do Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 107.

1.4 O sigilo bancário depois da LC 105/2001

Atualmente, discute-se a constitucionalidade da Lei Complementar 105, de 10.01.2001, em seu art. 6º²⁵ e, por igual, do Decreto 3.724, de 10.01.2001, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade a respeito da matéria, que estão tramitando no Supremo Tribunal Federal, estando as referidas ações aguardando julgamento.

Vale destacar que na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) 2.397-7, que tem como atual relator o Ministro Dias Toffoli, o dispositivo legal questionado é o seguinte:

[...] declaração parcial da inconstitucionalidade do art. 6º, retirando-se a palavra “administrativa” e dando-se a interpretação conforme à Constituição Federal da expressão “autoridade”, como sendo sempre a autoridade judicial. Decreto 3.724, de 10.01.2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105.²⁶

Para Melissa Folmann, tanto a Lei Complementar 105/2001 como o Decreto 3.724/2001 ferem a Carta Magna e os princípios que dela emergem:²⁷

²⁵ 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, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

²⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) 2.397-7. Origem: Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Dispositivo legal questionado: [...] declaração parcial da inconstitucionalidade do art. 6º, retirando-se a palavra “administrativa” e dando-se a interpretação conforme a Constituição Federal da expressão “autoridade”, como sendo sempre a autoridade judicial. Decreto 3.724, de 10.01.2001, que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar 105. Decisão: Resultado da liminar: Aguardando julgamento. Resultado do Mérito: Aguardando Julgamento. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) 2390-0. Origem: Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Requerido: Presidente da República. Dispositivo legal questionado: art. 6º e seu parágrafo único, da Lei Complementar 105, de 10.01.2001 e contra a totalidade do Decreto 3.724, de 10.01.2001. Decisão: Resultado da liminar: Aguardando julgamento. Resultado do mérito: Aguardando julgamento. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) 2.386-1. Origem: Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Dispositivo legal questionado: arts. 5º e 6º, da Lei Complementar 105, de 10.01.2001. Decisão: Resultado da liminar: Aguardando julgamento.

²⁷ “Em sendo assim, competia à autoridade judiciária a análise da necessidade da medida ou não. Delegar essa prerrogativa, como o faz a Lei Complementar 105/2001, à autoridade administrativa é, no mínimo, incoerente, ferindo, entre outros princípios processuais, o devido processo legal, pois se coloca a discricionariedade desse ente matéria de cunho constitucionalmente assegurado e que, mesmo com a ampla fundamentação dos juízes, já tem gerado discussões, imagine ficando ao alvitre de outrem que está diretamente interessado na quebra do sigilo!” (FOLMANN, Melissa. **Sigilo fiscal e bancário**: à luz da LC 105/2001 e do Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 86).

A edição da Lei Complementar 105/2001 com o Decreto 3.724/2001 vem propiciar uma gama de afrontas ao texto constitucional, haja visto o número de princípios e direitos que joga ao vento como que a desmoronar todo o sistema erigido há anos. Dentre os direitos constitucionais que afronta estão: a privacidade (art. 5º, inc. X), o sigilo (art. 5º, XII), acesso ao Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), o devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), decisão fundamentada (art. 93, IX), presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), livre concorrência (art. 170, inc. IV). Além de atentar contra o princípio da tripartição de poderes e da proporcionalidade.²⁸

A quebra do sigilo bancário e fiscal deveria ser restrita às hipóteses legais, requerendo a devida e prévia autorização judicial e submissão ao devido processo legal, formal e materialmente.²⁹

É latente a inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, ao permitir à Receita Federal, no art. 6º, a quebra dos sigilos bancário e fiscal, por expressa violação ao art. 5º, incisos XXXV e LIV, da Constituição Federal. Em contrapartida, não se pode argumentar que a regra contida no art. 145, § 1º, da Constituição Federal, ao possibilitar que a administração tributária identifique o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, autoriza a quebra dos sigilos bancário e fiscal sem autorização do poder judiciário, uma vez que o controle do pagamento dos tributos está condicionado, como essa regra prevê expressamente, ao respeito dos direitos individuais. Suprimir o devido processo legal e o acesso ao Poder Judiciário significa violar os direitos individuais, introduzindo um mecanismo fascista, que choca frontalmente com a noção do Estado Democrático de Direito.³⁰

Além do mais, a autoridade administrativa deve submeter-se ao crivo

²⁸ FOLMANN, Melissa. **Sigilo fiscal e bancário**: à luz da LC 105/2001 e do Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 106.

²⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Meios de impugnação à quebra indevida de sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 176. “[...] De nossa parte entendemos que a autorização judicial prévia é ainda exigível porque entender de outro modo seria admitir que as autoridades fiscais receberam um “salvo conduto” para devassar, sem limites e sem parâmetros, a intimidade das pessoas físicas ou jurídicas”. (ANDRADE FILHO, Edmar. Imposto de renda: quebra do sigilo bancário e omissão de receitas e rendimentos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 70. p. 48, jul. 2001).

³⁰ CAMBI, Eduardo. A inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial. **ADV, Advocacia Dinâmica**, n. 14, COAD, p. 210.

judicial, pelo contraditório e pela ampla defesa, vez que respeita a intimidade, sob pena de condenar a morte o Estado Democrático de Direito.³¹

Clemerson Merlin Clève e Solon Sehn reputam inconstitucionais não só o art. 6º, como o art. 5º, em seu § 4º, posto que permitem a quebra do sigilo bancário, pela autoridade fiscal, sem a prévia autorização do Poder Judiciário.³²

A inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 está no § 4º, do art. 5º, e no art. 6º, que permitem à autoridade fiscal, após analisar os valores globais, informados nos termos do § 2º, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, requisitar os documentos que necessitar, podendo examinar os livros e registros das instituições financeiras, inclusive referentes a contas de depósitos e aplicações. O Legislador complementar ultrapassou os limites constitucionais, ao franquear à autoridade fiscal o acesso a “dados” absolutamente fora do domínio público, capazes de revelar fatos da intimidade e da vida privada do correntista, tais informações relativas aos depósitos à vista e a prazo, pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques, emissão de ordens de crédito, resgates em contas de depósitos, contratos de mútuo, descontos de títulos de crédito, aquisições e venda de títulos de renda fixa ou variável, aplicações em fundos de investimento, operações envolvendo moeda estrangeira, ouro, bem como as operações com cartão de crédito e arrendamento mercantil (art. 5º § 1º).³³

Para Luiz Flávio Gomes, essa questão deve ser avaliada sob duas óticas: com autorização do Poder Judiciário e sem autorização do Poder Judiciário. A primeira, com autorização judicial, é a contemplada no art. 1º, § 4º, da Lei

³¹ BORGES, Paulo César Corrêa. Apontamento sobre os crimes tributários e a quebra do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 234. Segundo Hamilton Dias de Souza, a outorga à autoridade tributária da quebra do sigilo é inconstitucional. Exige-se, portanto, a prévia autorização do Poder Judiciário, que decide, fulcrado num juízo de ponderação, em cada caso concreto. (SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito a liberdade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, n. 4. p. 150-153, jul./dez. 1999).

³² 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. [...] § 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. [...] § 4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento e 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.

³³ CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 72-73.

Complementar 105, de 10.01.2001, perfeitamente aceitável,³⁴ enquanto a segunda, sem a dita autorização, está contemplada nos artigos 5º e 6º, da Lei Complementar 105/2001.³⁵

Entretanto, Luiz Flávio Gomes conclui pela inafastabilidade do controle jurisdicional para a quebra do sigilo bancário, agregada a uma decisão devidamente fundamentada:

Do ponto de vista material o princípio do devido processo legal exige não só que o controle prévio da quebra do sigilo de dados das pessoas seja exercido pelo poder judiciário como também uma convincente fundamentação – CF, art. 93, IX (demonstrativa do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*). Dir-se-ia: também a administração pública pode fundamentar suas decisões. Mas não é razoável que ela quebre o sigilo bancário para satisfazer seus próprios interesses. Ninguém pode ser juiz da sua própria causa. Não existe imparcialidade nessa decisão. É esse o aspecto deficitário da LC 105/01. E nisso é que reside sua desproporcionalidade (sua irrazoabilidade) (leia-se: sua inconstitucionalidade parcial).³⁶

Para Kleber Augusto Tagliaferro, o interesse público deve preponderar sobre o interesse individual. A igualdade tributária e a justiça fiscal devem prevalecer sobre a liberdade e a intimidade, por serem de peso maior:

Em suma, conclui-se que a Lei Complementar 105/2001, tanto no que tange ao conflito entre a igualdade tributária e liberdade-intimidade, como no tocante ao suposto contraste entre a separação-independência dos poderes e a segurança jurídica do cidadão, não ofende a constituição.³⁷

Montavani Colares, discordando desse posicionamento de Tagliaferro, entende que o controle pelo Poder Judiciário deve ser feito a posterior, sustentando sua discordância sob o argumento de que deve ser feito um controle preventivo pelo judiciário, justamente “[...] para ensejar um sentido inibitório de possível desvio de

³⁴ Art. 1º. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. [...] § 4º A quebra do sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência e qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: [...] VII – contra a ordem tributária e a previdência social.

³⁵ GOMES, Luis Flávio. Crimes tributários e quebra do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 151.

³⁶ *Ibidem*, p. 157.

³⁷ TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: tensão entre princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 66, p. 67-75, mar. 2001.

conduta do agente administrativo,”³⁸ sugerindo ainda, que o Judiciário imponha limites às autoridades administrativas à quebra do sigilo bancário, em cada caso concreto.³⁹

Já Denise Lucena Cavalcante acredita que o art. 6º da Lei Complementar 105/2001, não colide com o Texto Constitucional visto que exige a aplicação do devido processo legal administrativo:

[...], a ordem de quebra do sigilo é subordinada a vários requisitos, tais como: existência prévia de processo administrativo ou procedimento fiscal em curso; que seja demonstrada sua indispensabilidade; que o resultado desse exame seja conservado em sigilo fiscal e que o sujeito passivo seja previamente intimado a apresentar as informações que a autoridade fazendária requer.⁴⁰

Cabe aqui explicitar o pensamento de Hugo de Brito Machado⁴¹, que faz uma análise dos argumentos da Fazenda e, no contraponto, faz uma crítica aos argumentos do Fisco, a respeito da constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001:

A Fazenda, para justificar a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, sugere a interpretação sistêmica da referida lei complementar com o Decreto 3.724/2001, na qual enfatiza que o princípio da igualdade tributária e de justiça socio-fiscal deve preponderar sobre a intimidade e a privacidade, alegando que o princípio da separação de poderes não ofende os postulados da segurança jurídica e da reserva de jurisdição. Por isso, a Lei Complementar 105/2001 não afronta a Constituição Federal de 1988.

Entende, ainda, Hugo de Brito Machado não haver motivos para se poupar críticas aos infundados argumentos do Fisco:

³⁸ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. O sigilo bancário e a tutela preventiva. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 68, p. 96, maio 2001.

³⁹ Ibidem, p. 93-100.

⁴⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002, p. 07-15.

Humberto Ávila aduz que a Lei Complementar 105/2001 estabeleceu vários requisitos para a requisição e o uso de informações bancárias, os quais foram regulamentados pelo Decreto 3.724/2001. Vale dizer: o sigilo bancário dos contribuintes não pode ser quebrado de uma hora para outra, mas apenas por meio do cumprimento fiel de um procedimento fiscal regrado em lei. (ÁVILA, Humberto. Sigilo bancário e tributação. **Gazeta Mercantil**. Porto Alegre, Opinião, ano III, n. 914, 26 mar. 2001, p. 2).

⁴¹ MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 9, p. 254-255, 1ª quinzena maio 2001. (Caderno 1).

O art. 6º da Lei Complementar 105/2001, que na verdade autoriza o acesso irrestrito da Fazenda Nacional às informações do contribuinte fiscalizado, é por isso mesmo de flagrante inconstitucionalidade, e não o convalida a interpretação sistêmica sugerida. Primeiro porque os §§ 2º e 5º do art. 5º da mesma Lei Complementar tratam de matéria diversa, vale dizer, cuidam das informações transferidas pelas instituições financeiras à Fazenda, enquanto o art. 6º assegura acesso direto da Fazenda aos livros e documentos das instituições financeiras, sendo da maior evidência que, se o fiscal de tributos tem acesso aos livros e documentos, é impraticável limitar o alcance visual deste para que nos livros e documentos veja apenas parte do que está registrado. Quanto a preservação das informações sob sigilo fiscal, nos termos do art. 198 do CTN, temos de considerar que o sigilo fiscal restou praticamente extinto, por força das alterações introduzidas nesse dispositivo pela Lei Complementar 104, de 10.01.2001, como adiante será demonstrado.⁴²

Segundo Misabel Abreu Machado Derzi, de fato, a Lei Complementar 105 de 2001, fere a Constituição Federal de 1988, posto que permite a quebra do sigilo bancário pela Administração Tributária, sem autorização judicial:⁴³

Infelizmente, apesar da Constituição e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar 105/01:

- 1) Concede o livre acesso às informações e às contas bancárias dos contribuintes, às Administrações Tributárias, sem a necessária intervenção judicial e sem notificação obrigatória ao contribuinte interessado;
- 2) Ofende, com isso, o direito à privacidade, consagrado no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal;
- 3) Fere também, o direito ao devido processo legal. (art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal): “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerente”;
- 4) Fragiliza o sistema financeiro nacional, por meio do possível incremento dos negócios paralelos e da dolarização;
- 5) Estimula a fuga de capitais para outras praças que oferecem mais segurança e, o que é mais grave, dificulta durante a recuperação de bens, recursos e valores que sejam fruto da ilicitude.⁴⁴

Para Clèmerson Merlin, a autorização judicial para a quebra do sigilo bancário é imprescindível e inafastável:

⁴² MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 9, p. 253, 1ª quinzena maio 2001. (Caderno 1).

⁴³ DERZI, Misabel Abreu Machado. O sigilo bancário e a guerra pelo capital. **Revista de Direito Tributário**, n. 81, p. 258.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 272.

Desse modo, pode-se dizer que é perfeitamente admissível no texto constitucional vigente a quebra do sigilo bancário, sempre, porém, com autorização judicial, para fins probatórios em investigação criminal ou instrução processual-penal. Além disso, como se trata de um direito fundamental, exige-se a observância do princípio do devido processo legal em sentido formal e material, sob pena de inconstitucionalidade, o que se aplica tanto às restrições operadas pelo legislador, quanto àquelas decorrentes de ponderação de princípios em colisão nos casos concretos, como, aliás, vem decidindo reiteradamente o Supremo Tribunal Federal⁴⁵.

O procedimento juridicamente correto, diante dos indícios da prática de delitos fiscais (e não há dúvidas de que uma movimentação bancária incompatível com a renda declarada seja um forte indício), seria pleitear autorização judicial para se ter acesso aos livros e registros das instituições financeiras, não só porque, em matéria de tamanha relevância, é conveniente e oportuna a intervenção de um órgão imparcial, como é o Poder Judiciário, mas também (e principalmente) porque a Constituição assim determina.⁴⁶

Além do mais, a conduta oficial não pode ser distinta dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

O art. 6º da Lei Complementar 105/2001 e o Decreto 3.724/2001, na atual redação, afrontam a Constituição Federal de 1988, por conflito entre os princípios fundamentais.

Sustenta-se que a prévia autorização judicial é imprescindível para a decretação da quebra do sigilo bancário do sujeito passivo tributário, pelo respeito à intimidade, à privacidade, à inafastabilidade do controle judicial, à decisão fundamentada, à ampla defesa e ao contraditório, ao devido processo legal, à razoabilidade e à proporcionalidade.

Na linha de pensamento de Robert Alexy, o critério a ser utilizado é o da ponderação, posto que, na ponderação, leva-se em conta o peso dos princípios em jogo, de acordo com as possibilidades fático-jurídicas do caso concreto.

O critério da ponderação só é possível ao órgão jurisdicional, dotado de imparcialidade, conforme bem sustenta Suzana de Toledo Barros:

⁴⁵ CLÉVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solon. Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 62.

⁴⁶ Ibidem, p. 73.

A questão da ponderação radica na necessidade de dar a esse procedimento um caráter racional e, portanto, controlável. Quando o intérprete pondera bens em caso de conflito entre direitos fundamentais, ele estabelece uma precedência de um sobre o outro, isto é, atribui um peso maior a um deles. Se pode estabelecer uma fundamentação para esse resultado, elimina-se o irracionalismo subjetivo e passa-se para o racionalismo objetivo.⁴⁷

Entretanto, vislumbra-se que diante de indícios veementes da ocorrência de crime tributário, diante das circunstâncias, há a viabilidade da quebra do sigilo e lesão à intimidade, no intuito de coibir afrontas à ordem jurídica e ao patrimônio público, condicionado ao controle a posteriori pelo Poder Judiciário.⁴⁸

⁴⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília jurídica, 2000, p. 172.

⁴⁸ SCHOERPF, Patrícia. **Crimes contra a ordem tributária: aspectos constitucionais, tributários e penais**. 1. ed. 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2008, p. 81.

2 O SIGILO BANCÁRIO E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS INDIVIDUAIS DO DIREITO AO SIGILO, PRIVACIDADE E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Serve como supedâneo aos que admitem o sigilo bancário como direito fundamental, o preceituado no art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal de 1988, pertinente à proteção aos direitos à intimidade, privacidade e inviolabilidade, sendo o sigilo bancário uma de suas espécies, sendo, portanto, um direito fundamental individual garantido constitucionalmente.

Segundo Paulo José da Costa Júnior, a intimidade corresponde à:

[...] necessidade de encontrar na solidão aquela paz aquele equilíbrio, continuamente prometidos pela vida moderna; de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e a publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada dos olhares ávidos. A intimidade corresponderia à vontade do indivíduo de ser deixado só.⁴⁹

Alexandre de Moraes, ao tratar da inviolabilidade de dados, pondera que:

Não podemos deixar de considerar que as informações fiscais e bancárias, sejam as constantes nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos congêneres do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica.⁵⁰

Sérgio Carlos Covello, defendendo o sigilo bancário como direito à intimidade, assim disserta:

[...] o sigilo bancário existe para proteger a intimidade do cidadão. Esta é a sua causa de ser. Sua causa final. Os bancos, no exercício de seu comércio, adentram na vida privada de seus clientes e outras pessoas, inteirando-se de dados, aos quais, não fosse o desempenho de seu mister, jamais teriam acesso, porque geralmente aparecem excluídos do conhecimento alheio. Se, para exercer sua profissão, os bancos adentram na esfera da intimidade das pessoas, logicamente devem respeitá-la. Na intimidade, incluem-se tantos fatos de ordem espiritual como de ordem material, valendo ressaltar que o patrimônio e atividade negocial de uma pessoa constituem, indubitavelmente, projeção de sua personalidade, máxime numa sociedade capitalista como a ocidental, e é muito

⁴⁹ COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só. São Paulo: RT, 1970. In: MOTA, Roberta Ferreira de Andrade (Coord.). **Direito processual tributário**. Manaus: Editor Fiscal, 2002, p. 244.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. In: MOTA, Roberta Ferreira de Andrade (Coord.). **Direito processual tributário**. Manaus: Editor Fiscal, 2002, p. 245.

compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar este aspecto da personalidade da indiscrição alheia. Nota-se, em quase todas as pessoas certo pudor natural no que concerne à soma de seus bens, ao seu ordenado, a sua renda, a suas dívidas e a seu sucesso ou fracasso nas operações.⁵¹

E oportuno frisar que os direitos e garantias fundamentais, elencados no art. 5º da Constituição Federal, são o cerne fixo da Constituição, possuindo o status jurídico de cláusulas pétreas, matérias que não podem sequer ser tema de emenda constitucional, sendo sua alteração vedada expressamente pelo disposto no art. 60, § 4º, inciso IV,⁵² portanto, o direito fundamental da garantia constitucional da privacidade, protege a esfera de intimidade financeira e patrimonial das pessoas, sejam elas físicas, jurídicas ou meramente processuais, estando, por isso, tal garantia inserta nas regras protetivas previstas no art. 5º, incisos X e XII da CF/88.

Ricardo Lobo Torres, no trabalho “A cidadania multidimensional na era dos direitos”, inserido na obra Teoria dos direitos fundamentais, afirma:

Os direitos fundamentais ou direitos humanos, direitos civis, direitos da liberdade, direitos individuais, liberdades públicas, formas diferentes de expressar a mesma realidade integram o conceito de cidadania desde a sua afirmação nos primórdios do liberalismo. Ganham o status constitucional ao serem declarados nos grandes textos básicos das nações cultas, alicerçando a cidadania constitucional.⁵³

Na mesma obra, Ricardo Lobo Torres, fortalece a conceituação apresentada de “Direitos Fundamentais” ao defini-la como força garantidora de cidadania constitucional ao afirmar que “os direitos fundamentais são direitos de liberdade. Correspondem à positivação da liberdade, valor humano básico, anterior e superior à constituição do Estado”.⁵⁴

No mesmo artigo, Ricardo Lobo Torres, defende que:

⁵¹ COVELO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário, com particular enfoque na tutela civil. In: MOTA, Roberta Ferreira de Andrade (Coord.). **Direito processual tributário**. Manaus: Editor Fiscal, 2002, p. 245.

⁵² Art. 60. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

⁵³ TORRES apud DELGADO, José Augusto. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 91.

⁵⁴ Ibidem, p. 92.

Na categoria dos direitos fundamentais estão incluídos os direitos sociais, econômicos e os direitos difusos e que os direitos políticos estão em grande sintonia com os direitos fundamentais, porque deles não derivam diretamente, mas surgem com a sua consolidação.⁵⁵

Ao expressar sua opinião sobre o direito à intimidade e à privacidade, José Augusto Delgado explica:

[...] não é algo que conste do art. 5º da Constituição Federal de maneira extravagante e que resulte apenas de solução legislativa. É mais do que isso. É desdobramento do caput do artigo, sobretudo no que se assegura a todos os indivíduos o direito à liberdade. E, pelas consequências que sua violação pode causar, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana.⁵⁶

Para José Augusto Delgado o direito examinado, por ser tão de perto inerente ao homem, deve, necessariamente, ser classificado como de primeira geração, assinalando ainda:

[...] mesmo os que entendem que nem todos os direitos constantes da Constituição no rol dos fundamentais são imutáveis, devendo ser estabelecida hierarquia entre eles, não divergem quanto ao fato de que os direitos de primeira geração revelam-se como os protegidos pela cláusula máxima de segurança posto no art. 60, § 4º, e, por essa razão, não podem ser abolidos ou mesmo alterados em qualquer de seus aspectos essenciais. A jurisprudência do STF é firme no sentido de que os direitos de primeira geração não podem ser alterados sequer por Emenda Constitucional. São cláusulas pétreas propriamente ditas. Mais ainda, assinala-se que não podem sequer ser objeto de alterações que os enfraqueçam, mesmo porque se tal ocorrer haverá tendência à sua abolição.⁵⁷

Na opinião a que se propôs emitir, entende José Augusto Delgado, que os direitos de primeira geração que tratam do respeito à intimidade e à privacidade do indivíduo não podem ser de qualquer forma restringido ou anulado, reconhecendo que o sigilo bancário:

a) é uma projeção do direito a intimidade; b) é um direito de natureza fundamental do cidadão; c) é, por outro lado, um direito que, em

⁵⁵ TORRES apud DELGADO, José Augusto. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 92.

⁵⁶ DELGADO, José Augusto. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 112.

⁵⁷ Ibidem, p. 112.

conflito com valores de hierarquia protetores da estrutura ética estatal e da cidadania, pode sofrer restrições; d) é um direito protegido pela cláusula pétrea; e) é um direito que o Poder Constituinte derivado, por via de emenda constitucional, não pode restringi-lo ou extingui-lo.⁵⁸

Com relação ao Devido Processo Legal, previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, a posição que prevalece nos tribunais, filia-se à grande parte da doutrina que entende que o sigilo bancário está inserido no direito à intimidade e à privacidade, albergados pela Lei Maior, e, dessa forma, compete somente ao Poder Judiciário autorizar a sua “quebra”.

Ressalte-se que a função jurisdicional é atribuída ao Poder Judiciário, e não ao Poder Executivo, eis que este não tem comprometimento algum com a imparcialidade. É o Poder Judiciário o órgão institucionalmente legitimado para salvaguardar os direitos do contribuinte, devendo sobre cada caso concretamente analisado, agir com a devida cautela, prudência, ponderação, isenção e imparcialidade.

Assim, não se vê de que forma efetiva e plena será possível garantir o direito ao devido processo legal quando se verifica que o órgão julgador é também uma das partes interessadas, pois lhe falta à imparcialidade para solucionar a lide, que é uma das bases do devido processo legal.

Diante da previsão constitucional, é inadmissível lei de natureza complementar conferir competência às autoridades fiscais integrantes da estrutura da Secretaria da Receita Federal do Brasil, assegurando-lhes poderes de verificação das informações de dados sigilosos, que até então, só poderiam ser quebrados com a intervenção e o crivo do Poder Judiciário, desrespeitando o Princípio da Inviolabilidade da Privacidade, do Sigilo de Dados e do devido processo legal, consubstanciados nos incisos X, XII e LV, do art. 5º da Carta Magna.

⁵⁸ DELGADO, José Augusto. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 113-114.

3 A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE FISCAL

A supressão da ordem judicial na quebra do sigilo bancário não poderia ter sido feita por lei complementar, como o foi, muito menos por emenda constitucional diante do peso de ser uma cláusula pétrea. Em outras palavras, a Lei Complementar nº 105/2001 não pode dispor contra a Constituição Federal na parte em que consagra direitos fundamentais insuscetíveis até mesmo de emendas constitucionais.

Esse entendimento, como já dito, também está previsto no § 1º do Art. 145⁵⁹ da Constituição Federal, que preceitua como dever do FISCO o respeito aos direitos individuais, sempre que utilizar de meios para identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, contudo, não é o que ocorre, pois o contribuinte, quando solicitado, não pode sequer negar-se a entregar os extratos bancários, pois, no texto do Termo de Intimação Fiscal, consta a seguinte advertência, diga-se, ameaça:

Ressalte-se, ainda, que a prestação de declaração falsa ou a omissão de informação, dentre outras condutas, constituem crimes contra a ordem tributária nos termos do inciso I do art. 1º⁶⁰ e inciso I do art. 2º⁶¹, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, além de crime de falsidade ideológica tal como tipificado no art. 299⁶² do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal Brasileiro).

Nesses Termos de Intimação Fiscal, expedidos com base em Mandados de Procedimento Fiscal, sempre há, por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil, requerimento para que os contribuintes pessoas físicas ou jurídicas apresentem os

⁵⁹ Art. 145 – [...] Parágrafo 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.

⁶⁰ Art. 1º - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.

⁶¹ Art. 2º - Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se total ou parcialmente, de pagamento de tributo.

⁶² Art. 299 – Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

seus extratos bancários e de seus dependentes, de todas as suas contas correntes, bem como das demais aplicações mantidas em instituições financeiras com as quais o contribuinte mantém vínculo, sob pena de não o fazendo, sujeitar-se ao agravamento de onerosas multas ali previstas, cujo texto geralmente é o seguinte:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e na forma dos artigos 835⁶³, 844⁶⁴, 904⁶⁵, 907⁶⁶, 927⁶⁷ e 928⁶⁸ do Decreto 3.000 de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda – RIR/99), fica o contribuinte acima identificado INTIMADO a apresentar os elementos/esclarecimentos abaixo especificados: a) Extratos bancários de conta corrente e de aplicações financeiras, cadernetas de poupança, de todas as contas mantidas pelo declarante e seus dependentes junto a instituições financeiras no Brasil e no exterior, referentes ao ano-calendário 200X.

Conforme demonstrado, o requerimento é feito e assinado por um Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, que, em procedimento administrativo, requer ao contribuinte que o mesmo apresente os extratos bancários de todas as contas de sua movimentação junto às instituições financeiras com as quais o contribuinte e seus dependentes mantêm vínculo, mesmo que não haja qualquer motivo aparente que demonstre haver indícios de crime de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro ou outro que o valha, demonstrando, assim, a evidente quebra do sigilo bancário por parte de uma autoridade administrativa, frise-se, sem a devida e prévia autorização judicial.

Observa-se que no caso das pessoas físicas, o fisco além de quebrar o sigilo bancário do contribuinte, de forma extensiva, também o faz com relação ao sigilo bancário dos dependentes.

⁶³ Art. 835. As declarações de rendimentos estarão sujeitas a revisão das repartições lançadoras, que exigirão os comprovantes necessários (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 74).

⁶⁴ Art. 844. O processo de lançamento de ofício, ressalvado o disposto no art. 926, será iniciado por despacho mandando intimar o interessado para, no prazo de vinte dias, prestar esclarecimentos, quando necessários, ou para efetuar o recolhimento do imposto devido, com o acréscimo da multa cabível, no prazo de trinta dias (Lei nº 3.470, de 1958, art. 19).

⁶⁵ Art. 904. A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º, e Decreto-Lei nº 2.225, de 10 de janeiro de 1985).

⁶⁶ Art. 907. A ação fiscal direta, externa e permanente, estender-se-á às operações realizadas pelos contribuintes, pessoas físicas ou jurídicas, no próprio ano em que se efetuar a fiscalização (Lei nº 4.357, de 1964, art. 24, e Decreto-Lei nº 433, de 23 de janeiro de 1969, art. 3º).

⁶⁷ Art. 927. Todas as pessoas físicas ou jurídicas, contribuintes ou não, são obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos exigidos pelos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional no exercício de suas funções, sendo as declarações tomadas por termo e assinadas pelo declarante (Lei nº 2.354, de 1954, art. 7º).

⁶⁸ Art. 928. Nenhuma pessoa física ou jurídica, contribuinte ou não, poderá eximir-se de fornecer, nos prazos marcados, as informações ou esclarecimentos solicitados pelos órgãos da Secretaria da Receita Federal (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 123, Decreto-Lei nº 1.718, de 27 de novembro de 1979, art. 2º, e Lei nº 5.172, de 1966, art. 197).

Após iniciado os procedimentos de fiscalização e havendo negativa por parte do contribuinte em atender às exigências do Fisco relativas à entrega dos documentos bancários solicitados, a Secretaria da Receita Federal expede às instituições financeiras com as quais o contribuinte mantém conta o ofício conhecido como Requisições de Informações sobre Movimentações Financeiras (RMF's) previsto no § 1º do art. 4 da Lei 3.724⁶⁹ de 10 de janeiro de 2001, objetivando esclarecimentos sobre a movimentação financeira do seu respectivo titular.

Em determinados casos, no curso deste procedimento administrativo, o contribuinte não tem sequer acesso aos argumentos que motivaram o afastamento do sigilo bancário pela autoridade administrativa, não tendo como verificar se o caso se enquadra em alguma das hipóteses de indispensabilidade previstas no art. 3º⁷⁰ do Decreto 3.724/01, regulamentador da Lei Complementar 105/2001.

⁶⁹ Art. 4º [...] § 1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) e será dirigida, conforme o caso, ao:

⁷⁰ “Art. 3º Os exames referidos no § 5º do art. 2º somente serão considerados indispensáveis nas seguintes hipóteses: (Redação dada pelo Decreto nº 6.104, de 2007).

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

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

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

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

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

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

VII - previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

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

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996;

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

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

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

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

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

I - as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996;

II - a ficha cadastral do sujeito passivo, na instituição financeira, ou equiparada, contenha:

a) informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio; ou

b) rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação.”

Tal procedimento por parte das autoridades do Fisco contraria o art. 3º⁷¹, inciso III, da Lei 9.784, de 29/01/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, que assegura ao administrado o direito a ter ciência da tramitação dos processos administrativos no qual tenha a condição de interessado.

A prevalência do interesse público sobre o privado tem sido o argumento utilizado pela Receita Federal para a quebra indiscriminada do sigilo bancário do contribuinte, contudo, a aludida argumentação é típica de estados ditatoriais que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, no qual as decisões das autoridades em geral devem ser fundamentadas.

O art. 1º da Lei Complementar 105/2001 prevê que as instituições financeiras conservarão o sigilo dos serviços prestados em suas operações ativas e passivas, contudo, no art. 6º constata-se a manobra do legislador ao conferir amplos poderes a autoridade administrativa, sendo tal conduta protegida sob o manto do sigilo em seu parágrafo único, deixando clara a possibilidade da quebra do sigilo de dados e informações financeiras por atos das autoridades administrativas, ressalte-se, sem qualquer controle judicial.

Afastar a obrigatoriedade de sujeição da quebra de sigilo bancário do crivo do Poder Judiciário implica conceder ao Fisco poderes de investigação, acusação, julgamento e condenação, características típicas de tribunais de exceção e de estados ditatoriais.

Ao prelecionar sobre o tema, o ínclito Tourinho Neto, assim dispôs:

Estando um conflito entre o fisco e o contribuinte, evidentemente, não é a autoridade fiscal que vai dizer se os documentos bancários sigilosos são ou não indispensáveis. Um terceiro, imparcial, é quem pode solucionar o conflito ocorrente entre o interesse do fisco e o direito de privacidade do indivíduo.⁷²

O fato de o sigilo bancário revestir-se da natureza de cláusula pétrea, não

⁷¹ Art. 3º [...] II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas.

⁷² TOURINHO NETO, Fernando da Costa. São Paulo. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, n. 18, ano 5, p. 37.

afasta a possibilidade de o mesmo vir a ser quebrado em circunstâncias especiais e com a rigorosa observância do devido processo legal.

Maria Teresa do Cárcomo Lobo, ao proferir sua opinião acerca da possibilidade da quebra do sigilo bancário, reputa ser constitucional a sua quebra mediante autorização judicial e desde que obedecidos parâmetros rigorosos de aferição entre os interesses em confronto:

De um lado, o direito do contribuinte, pessoa física ou jurídica, ao resguardo dos dados configuradores do sigilo bancário, aliado ao interesse da instituição financeira nesse sigilo em decorrência da sua própria atividade e, ainda, o interesse da sociedade em função da necessidade de se preservar a estabilidade do mercado financeiro. De outro lado, o interesse no desvendar práticas e comportamentos que atentem contra interesses nacionais, designadamente, no domínio da lavagem do dinheiro, do tráfico de drogas, da corrupção, e correlatos, configurando-se presente um interesse social que deve prevalecer sobre o interesse individual.⁷³

Dando continuidade a sua opinião, Maria Teresa do Cárcomo Lobo, aduz que:

[...] à evidência, só o poder judiciário pode exercer esta aferição, sopesando criteriosamente os interesses em causa. A decisão deve ser devidamente fundamentada, considerando a natureza do direito que está sendo destituído da sua garantia constitucional deve ser proferida no respeito absoluto ao devido processo legal e deve precisar incisivamente a necessidade absoluta, inafastável, da quebra do sigilo, por inviabilidade ou insuficiência de outro meio de prova. Caberá a autoridade peticionaria da quebra apresentar uma justificativa consistente em termos de objetivos e de meios.⁷⁴

A essa exclusividade do Poder Judiciário inscreve-se no postulado da reserva constitucional de jurisdição.

Nos termos da Carta Maior, cabe, exclusivamente, ao Poder Judiciário a “função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais.”⁷⁵

⁷³ LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 200.

⁷⁴ Ibidem, p. 200-201.

⁷⁵ MS 23.452/RJ, **Informativo do STF**, nº 151, maio/jun. 1999, p. 10.

Para o ilustre Ministro Celso de Mello, da Suprema Corte, o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em:

[...] submeter à esfera única dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por feito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.⁷⁶

A decisão em tela foi proferida no quadro dos poderes atribuídos às CPIs e tomou como base os princípios gerais da Carta Constitucional e o comando do inciso XII do art. 5º.

Em termos de direito comparado, Maria Teresa de Cárcomo Lobo, cita a posição do renomado constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, para quem “as comissões de inquérito não podem incidir sobre a esfera privada do cidadão: a proteção dos direitos fundamentais constitucionalmente asseguradas vale perante inquéritos parlamentares.”⁷⁷

Na mesma linha de entendimento, o ilustre Ministro Carlos Velloso, a propósito dos poderes do Ministério Público em sede de quebra do sigilo bancário, decidiu que:

[...] a norma inscrita no inc. VIII do art. 129 da CF, não autoriza o Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, no 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.⁷⁸

Nos autos do Habeas Corpus 2.352/RJ, a Colenda 5ª Turma do STJ, em acórdão da lavra do Ministro Assis Toledo, manifestou-se no sentido de que:

⁷⁶ MS 23.542/RJ, **Informativo do STF**, nº 163, set. 1999, p. 8.

⁷⁷ LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 201.

⁷⁸ RE 215.301/CE, **Informativo do STF**, nº 151, maio/jun.1999, p. 7.

A criação de novas hipóteses de quebra do sigilo bancário, não previstas na Lei 4.595/64, ou a forma de acesso a informações bancárias sigilosas, só pode ser fruto de lei complementar, não de lei ordinária, de que é espécie a Lei 8.625, de 12.02.1993, instituidora da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Além disso, o art. 26, inciso II, da referida Lei 8.625 de 1993, contém autorização genérica que não afasta a exceção da proibição de violação de sigilo, e o parágrafo 2º desse mesmo artigo define uma hipótese de responsabilidade do membro do Ministério Público, não de autorização de quebra de sigilo.⁷⁹

José Eduardo Soares de Melo, em sua opinião cita a doutrina de Arnaldo Wald, para quem “o acesso a informações bancárias, cobertas pelo sigilo, pode e deve ser obtido pelo Ministério Público por meio do poder judiciário.”⁸⁰

Como visto, não há de ser invocada a repercussão pública que possa haver em torno do procedimento administrativo ou na esfera do Ministério Público para justificar a quebra do sigilo sem a autorização do Poder Judiciário. Nesse sentido, vale a citação dos ensinamentos do Professor Miguel Reale, para quem “as questões de direito devem ser resolvidas não em função do clamor público, mas tão somente em razão da “consciência constitucional”, própria das verdadeiras democracias.”⁸¹

Na qualidade de direito fundamental, a quebra do sigilo bancário somente poderia ser considerada por expressa determinação judicial, não sendo lícito ao Fisco examinar livros, documentos e registros de instituições financeiras sobre as operações dos seus clientes, sem que haja autorização expressa do órgão jurisdicional competente, em respeito ao princípio da reserva constitucional de jurisdição.

Por fim, a lição do ilustre Ives Gandra⁸², ao proferir sua opinião legal em parecer exarado à cerca da exceção do sigilo bancário com o advento da Lei Complementar 105/2001:

⁷⁹ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: [...] II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie. § 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

⁸⁰ WALD apud MELO, José Eduardo Soares de. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 311.

⁸¹ LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 202.

⁸² MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Pareceres tributários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 75.

[...] a ponderação entre o direito de privacidade e o interesse público atende aos imperativos da segurança jurídica, quando feita por esse Poder Técnico, que, tendo por função, precisamente, a composição de lides, tem dever de imparcialidade⁸³ e esta constitucionalmente habilitado a dizer, em cada caso concreto, o que deve prevalecer: se o direito do particular a ter preservada sua privacidade, ou o interesse do público, em face da existência ou não de uma razoável suspeita de lesão.⁸⁴

3.1 Da inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário prevista na Lei Complementar nº 105/2001

Comumente, a doutrina e a jurisprudência invocam dois incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988 para defender a existência de uma proteção constitucional em favor dos dados relativos ao contribuinte, constantes de assentamentos contábeis de instituições financeiras: o inciso X, que garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e o inciso XII, que assegura a inviolabilidade do sigilo de dados.

Realmente, se for possível enquadrar o sigilo bancário no art. 5º da atual Carta, terá ele natureza de garantia constitucional, não mais alterável por lei comum ou complementar. Mais ainda, tratar-se-á de cláusula pétrea, no sentido do art. 60 parágrafo 4º, inciso IV, da mesma Constituição, não sendo sequer possível proposta de emenda constitucional para alterá-lo.

Outra garantia de proteção constitucional invocada em favor da defesa dos dados relativos ao contribuinte, e a prevista no parágrafo 1º do art. 145 da

⁸³ O dever de imparcialidade do Poder Judiciário está prestigiado no Texto Constitucional, cujo art. 5º veda a existência de juízo ou tribunal de exceção (X), consagra o direito do devido processo legal (LIV) e o primeiro da isonomia (caput). A lei adjetiva, por sua vez, cuida das hipóteses de impedimento (art. 134/CPC) e suspeição do juiz (art. 135/CPC). A primeira inibe a atividade jurisdicional, enquanto a segunda, acarreta o afastamento do juiz.

⁸⁴ A Ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET quando ainda no TRF da 4ª Região, assim decidiu no ACR 1999.04.01.112402-3/SC: “o sigilo bancário é um direito protegido constitucionalmente, decorre do direito a privacidade inerente à personalidade (Constituição Federal, artigo 5º, inciso X). Todavia, é pacífico o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de que não se trata de um princípio absoluto. Assim sendo, havendo indícios da prática de um delito, tem o Judiciário não só o poder, como também o dever de autorizar a sua quebra, em conformidade com os dispositivos da Lei 4.595/64. Impõe-se, portanto, a verificação da presença, no caso em tela, dos requisitos essenciais para a realização da diligência requerida pelo parquet, quais sejam a existência de elementos de prova mínimos de autoria do delito ou de sua materialidade ou elementos fundados de suspeita, com a existência concreta de indícios reveladores de possível autoria de prática delituosa. Ademais, é mister que haja uma relação de pertinência entre a prova pretendida, com as informações bancárias, e o objeto das investigações em curso, a fim de que reste indubitado que a providência requerida é indispensável ao êxito das investigações [...]”

Constituição Federal, que faculta à administração tributária, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988 e à Lei Complementar 105/2001, o ordenamento jurídico brasileiro que tratava da quebra do sigilo bancário era a Lei Federal 4.595, de 31.12.1964, especialmente pelo seu art. 38, parágrafo 5º, sendo considerada recepcionada pela Constituição de 1988, com o status de lei complementar, eis que o art. 192 da atual Carta prescreve que o sistema financeiro seja regido por lei dessa estatura.

Ainda analisando a Lei 4.595 de 1964, especificamente em relação aos agentes fiscais, assim dispôs nos parágrafos 5º e 6º do art. 38:

Parágrafo 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.

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

Posteriormente à edição da Lei 4.595 de 1964, em 1966, veio a ser editado o Código Tributário Nacional (Lei 5.172 de 25.10.1966), que concedeu o direito à autoridade administrativa de obter informações das mais diversas categorias profissionais, pertinentes a bens, negócios, ou atividades de terceiros:

Art. 197 – Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação a bens, negócios ou atividades de terceiros: [...] II – os bancos, as casas lotéricas, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras.

Entretanto, o mesmo Código (§ único do art. 197) dispusera que a obrigação de prestar as mencionadas informações não abrange os fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão:

[...] Parágrafo Único – A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar sigredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Ao emitir sua opinião, Ricardo Mariz de Oliveira, entende que:

[...] pode-se especular sobre se a intimação a que alude o art. 197 seja intimação judicial ou extrajudicial, mas deflui do mesmo tratar-se de intimação da própria autoridade fiscal. Aliás, a mesma problemática existiu quanto ao parágrafo 5º do art. 38 da Lei 4.595, que faz referência ao exame dos assentamentos dos bancos quando houver processo e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. Entretanto, pela consideração sistemática do caput e dos demais parágrafos do art. 38, prevaleceu o entendimento de que a quebra do sigilo bancário em favor do fisco requer autorização judicial.⁸⁵

Na continuidade da sua opinião, Ricardo Mariz de Oliveira entende que “na ótica do CTN a matéria seria de cunho infraconstitucional, e sequer de lei complementar, pois a proteção dependeria de haver ou não uma lei ordinária prescrevendo o sigilo em razão do ofício ou atividade do intimado.”⁸⁶

Para o citado autor:

[...] tal posicionamento do CTN era válido no regime constitucional sob o qual o Código foi promulgado, eis que a Constituição de 1946 não continha qualquer norma a respeito, e também a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 1, de 1969.⁸⁷

Finalmente, em 1988, a nova Constituição Federal assim dispôs o § 1º de seu art. 145:

Parágrafo 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.

⁸⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 249.

⁸⁶ Ibidem, p. 249.

⁸⁷ Ibidem, p. 249.

Já na vigência da Constituição Federal de 1988, a Lei Federal 8.021/90 em seu art. 8º outorgou competência para a autoridade fiscal solicitar informações sobre as movimentações financeiras, afastando a aplicação do art. 38 da Lei 4.595/64:

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.

Na opinião de Cecília Maria Marcondes “se a Lei Maior prevê a inviolabilidade de dados, resta cristalina a conclusão de que a Lei 8.021 de 1990, padece do vício de inconstitucionalidade, na medida em que afronta comandos normativos impostos por norma jurídica hierarquicamente superior.”⁸⁸

Com a promulgação da Lei Complementar 105, de 10.01.2001, nos termos do art. 6º admite-se a quebra do sigilo bancário diretamente pelas autoridades administrativas fiscais, ressalte-se, sem a prévia e devida autorização do Poder Judiciário:

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.

Posteriormente à edição da Lei Complementar 105 de 2001, foi promulgado o Decreto nº 3.724/2001, que, por sua vez, regulamenta o art. 6º da referida Lei, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas.

⁸⁸ HAMATI, Cecília Maria Marcondes. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000 (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), 2000, p. 282.

Na opinião de Adriana Piraíno⁸⁹, com base nos arts. 197 e 198 do CTN, aliados ao disposto na parte final do parágrafo 1º do art. 145 da CF de 1988 e do art. 6º da Lei Complementar 105 de 2001 e do Decreto 3.724/2001, tendem as autoridades fiscais a entender que seu poder de fiscalização não mais estaria limitado pelas regras do sigilo bancário até então estabelecidas pela Lei 4.595/64, bem como ainda teria passado a gozar de proteção constitucional, nos termos do parágrafo 1º do art. 145 citado.

Adriana Piraíno explica que tal entendimento por parte do fisco, obviamente, é de todo equivocado:

Em primeiro lugar, o dever das instituições financeiras de prestar informações às autoridades administrativas, imposto pelo art. 197 do CTN, encontra limitação no próprio parágrafo desse artigo, ao dispor que tal dever não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo, o que remete ao dever de sigilo das instituições financeiras previsto na Lei 4.595/64, mantendo sua obrigatoriedade, ao contrário de afastá-la, como querem entender as autoridades fiscais. Em segundo lugar, a Constituição Federal não somente recebeu a legislação que trata do sistema bancário com status de lei complementar como conferiu ao sigilo bancário proteção especial, à medida que foi incluído entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão previstos no art. 5º da CF.⁹⁰

Contribui para esse entendimento o art. 192 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 40 de 29.05.2003, ao determinar que o sistema financeiro nacional será estruturado e regulado por leis complementares, sendo oportuno registrar a opinião de Ricardo Mariz de Oliveira para quem:

[...] leis extravagantes de cunho ordinário também não têm o condão de revogar ou derogar o art. 38 da Lei 4.595, como a Lei 9.034, de 1995, art. 2º (sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas), e a Lei 9.613, de 1998, art. 11 (sobre crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, e a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela definidos).⁹¹

⁸⁹ PIRAÍNO, Adriana. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 29, p. 767.

⁹⁰ Ibidem, p. 767.

⁹¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 248.

Ricardo Mariz de Oliveira faz referência, ainda, à existência de outras Leis Complementares que autorizam a quebra do sigilo bancário, explicando que:

[...] outras leis específicas, por serem de cunho complementar, puderam sobrepor-se à Lei 4.595, ficando sua validade, portanto, dependente apenas de se determinar se a matéria está ou não sob a proteção do art. 5º da Constituição. Assim a Lei Complementar 70, de 1991, art. 12 (sobre o fornecimento de informações cadastrais dos usuários de serviços de instituições financeiras e de outras entidades relacionadas), e a Lei Complementar 75, de 1993, art. 8º (sobre o Ministério Público da União).⁹²

Neste caso, Ricardo Mariz de Oliveira aduz que:

[...] o art. 197 do CTN terá sido derogado no tocante às instituições financeiras (inciso II), somente podendo ter sobrevivido em relação a outros segmentos por ele atingidos, se a estes também não for possível estender a proteção constitucional constante do art. 5º da Constituição de 1988.⁹³

Com o advento da Constituição de 1988, a validade do CTN requer avaliação mais cuidadosa, pois como já dito, se houver o enquadramento do sigilo bancário no art. 5º da atual Carta, terá ele natureza de garantia constitucional, tornando-se cláusula pétrea, insuscetível de alteração sequer por emenda constitucional, conforme previsto no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

Antes da Lei Complementar 105/2001, o STF por diversas vezes afirmou a ilegitimidade de requisição direta pelo fisco, sem intervenção do Poder Judiciário, de informações relativas a pessoas e instituições, quando implicassem quebra de sigilo bancário. A suprema corte entendia competir essa atribuição, em cada caso, mediante provocação do fisco, à autoridade judiciária, que deveria proceder com cautela, prudência e moderação.

Hoje, ainda não é possível saber se essa orientação será mantida. É necessário aguardar o pronunciamento do STF sobre a constitucionalidade desse

⁹² OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 248.

⁹³ Ibidem, p. 249.

novo e importante regramento do sigilo bancário introduzido pela LC 105/2001 no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa oportunidade pode ocorrer agora que chegou ao STF o Recurso Extraordinário nº 601314, contra uma decisão que considerou legal o art. 6º da LC 105/2001, que permite a entrega das informações, por parte dos bancos, a pedido do Fisco. Para o autor do recurso, contudo, esse dispositivo seria inconstitucional, uma vez que permite a entrega de informações de contribuintes, sem autorização judicial, configurando a quebra de sigilo bancário e violando o art. 5º, incisos X e XII da CF/88.

A matéria, apesar de polêmica, não gira em torno da possibilidade de a Constituição outorgar diretamente a um órgão o poder de determinar a quebra de sigilo, tampouco, há controvérsia quanto à legitimidade de o Poder Judiciário autorizar, mediante requerimento fundamentado de determinadas autoridades administrativas, a quebra de sigilo bancário de pessoas que estejam sob a investigação destas.

A questão torna-se controversa e tormentosa ante a possibilidade da lei facultar as autoridades administrativas que determinem, por ato próprio, a quebra de sigilo bancário, ainda que obedecidos os procedimentos que a mesma lei estabeleça, sem a devida e prévia autorização judicial.

Para Ricardo Mariz de Oliveira, “seja como for, uma norma que autorize a quebra do sigilo bancário por decisão exclusiva da autoridade administrativa, independentemente de autorização judicial, não preenche ideais de justiça e de segurança desejáveis no Estado de Direito.”⁹⁴

3.2 A violação do devido processo legal com a quebra do sigilo bancário pelas autoridades tributárias no âmbito do processo administrativo fiscal com o advento da Lei Complementar nº 105/2001

A Lei Complementar nº 105/2001 que tem por objetivo disciplinar o gerenciamento de dados bancários, também pode ser confrontada com o art. 5º,

⁹⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6), p. 250.

incisos LIV e LV da Constituição de 1988, que consagra a instituição do princípio do devido processo legal.⁹⁵

Em sua doutrina, Luís Roberto Barroso aduz que o devido processo legal teve como uma de suas principais fontes inspiradoras o direito norte-americano, pois foi na Suprema Corte Americana onde se construiu uma ideia mais ampla do *due process of Law*, consagrando-se o direito ao processo, o respeito às formas e garantias procedimentais, como também os direitos civis do cidadão (*procedural due process*), abrindo-se um grande espaço para exames do mérito administrativo, por meio do controle substantivo da razoabilidade das decisões (*substantive due process*).⁹⁶

Ao prelecionar sobre o tema, Paulo Bonavides destaca que as menções ao devido processo legal são mais frequentemente relacionadas ao aspecto procedimental, uma vez que a tese alemã da proporcionalidade representada por Robert Alexy acaba por atrair maior adesão.⁹⁷

Nesse aspecto específico é que surgem as discussões sobre a violação promovida pela LC n° 105/2001 ao *due process*, em especial seus corolários do contraditório e da ampla defesa.

Ao debater sobre o tema, Rogério Lima alega a inconstitucionalidade da Lei Complementar n° 105/2001, justamente por ser ela ofensiva ao devido processo legal. Segundo o autor, a exceção ao sigilo bancário não pode ser feita arbitrariamente, sendo necessário haver um imperativo para que a “quebra” seja realizada sob o devido processo legal em sentido material e substancial.⁹⁸

Segundo Melissa Folmann, defensora da tese de que a mudança legislativa provocou uma ruptura total com os ditames do devido processo legal, afirmando que a confusão entre as tarefas de “investigar” e “julgar” extingue na prática o direito dos indivíduos serem processados segundo tramites previstos em lei. Diz a autora:

⁹⁵ Art. 5º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes.

⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 209-211.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 356 e ss.

⁹⁸ LIMA, Rogério. Pode o fisco por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 8, n. 34, set./out. 2000, p. 149.

Suprimir do cidadão o direito de ser analisado de acordo com os trâmites legais por órgão investido nessa competência, é colocá-lo à disposição da investigação, acusação, julgamento e condenação pela Receita Federal, por órgão de administração, sem um terceiro, no caso o Judiciário. É dar poder de julgamento àquele que culpa. Está se colocando num mesmo patamar o acusador e o julgador, voltamos à época das Inquisições em pleno III Milênio.⁹⁹

Contrário a posição de Folmann, está a opinião de Denise Lucena Cavalcante, para quem:

[...] a LC n° 105/2001 traçou minuciosamente o procedimento administrativo a ser seguido pelas autoridades fazendárias no caso de necessidade de acesso a conta bancária do cidadão, ficando os atos administrativos limitados pelas regras legais e pelos princípios constitucionais.¹⁰⁰

É relevante a observação de Robert Alexy, ao relacionar o devido processo legal (chamado por ele de normas de organização e procedimento) com uma visão mais ampla, que o vê de acordo com a obtenção de um resultado maior, que é a proteção a direitos fundamentais.¹⁰¹

3.3 O princípio da vedação a autoincriminação

Os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, fazem parte das garantias constitucionais já amplamente debatidos pela doutrina e jurisprudência nacionais. Apesar da importância desses princípios, iremos dar ênfase a um princípio pouco abordado, qual seja o princípio da vedação à autoincriminação, por considerarmos esse assunto relevante ao desenvolvimento desse trabalho monográfico.

Para o desenvolvimento desse capítulo, utilizamos como referencial teórico o trabalho do Professor Pedro Krebs, intitulado *Autoincriminação e obrigação tributária: aplicação no direito tributário do direito a não se autoincriminar*, desenvolvido no mestrado em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), que resultou posteriormente na publicação do livro de igual título.¹⁰²

⁹⁹ FOLMANN, Melissa. **Sigilo fiscal e bancário**: à luz da LC 105/2001 e do Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 109.

¹⁰⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002.

¹⁰¹ REVISTA ESMAFE. Escola de Magistratura Federal 5ª Região, n. 10, dez. 2006.

¹⁰² KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

No tocante a esse princípio, o autor chama a atenção para o fato de que a Constituição Federal não reconhece de forma expressa tal direito ao cidadão¹⁰³, ao contrário de outras constituições¹⁰⁴. Em sua opinião:

Tal postura do legislador constituinte brasileiro, porém, não impede identificar tal direito como garantia individual do cidadão contra o Estado, eis que o mesmo decorre do aclamado princípio da presunção de inocência, determinado pelo art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

A correlação entre o princípio de não se autoincriminar e o princípio da presunção de inocência também é reconhecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos:

[...] o direito de não ser autoincriminado, especificamente, pressupõe que a acusação, em um caso criminal, prove o seu caso contra o acusado sem o recurso de uma prova obtida através de métodos coercitivos ou opressivos em oposição a vontade do acusado. Neste sentido, o direito está intimamente ligado à presunção de inocência contida no Capítulo 6º, parágrafo 2º, da Convenção (art. 6-2). Processo nº 43/1994/490/572, nº 68, Saunders v. Reino Unido.¹⁰⁵

Essa, por sinal, tem sido a posição firmada pelo STF:

A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a auto-incriminação (sic), especialmente aquela exposta a atos de persecução penal. O Estado – que não tem

¹⁰³ Em verdade, a CF refere em seu art. 5º, inc. LXIII, que a autoridade tem o dever de comunicar o preso de seu direito ao silêncio; é por demais óbvio, porém, que o legislador não pretendeu reconhecer tal direito tão somente àquele que se encontra sob custódia, mas também ao que tem contra si qualquer espécie de investigação ou acusação que possa redundar na sua responsabilização. De fato, seria um raciocínio por demais esdrúxulo imaginar que o Estado, em um primeiro momento, poderia coagir o cidadão a confessar a prática de um eventual ilícito para, a par de tal confiança, efetuar sua prisão e só a partir desse momento conferir a ele o direito ao silêncio; nesse sentido: “[...] embora aludindo ao preso, a interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia constitucional abrange toda e qualquer pessoa, pois diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF e ainda Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, parágrafo 2º) a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente a acusação” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 113).

¹⁰⁴ A Constituição Europeia, por exemplo, faz referência expressa, em seu art. 24.2, a tal direito, dispondo que todo cidadão é titular do “direito a não declarar contra si mesmo, a não se confessar culpado e a presunção de inocência”; de igual forma, o Pacto de San José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, estabeleceu, em seu art. 8º, inc. II, alínea g, que “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

¹⁰⁵ KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 74.

o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512). Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal.¹⁰⁶

Sobre esse ponto, Pedro Krebs entende que:

[...] o princípio da vedação a obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo encontra-se respaldado pela nossa Constituição como cláusula pétrea, apesar de o Estado, corriqueiramente exigir do cidadão atitudes que porventura possam vir a prejudicá-lo, tudo em nome do bem comum.¹⁰⁷

Pedro Krebs aduz também que o referido princípio, identificado como ideia basilar do Estado de Direito, parte do entendimento do qual:

[...] ninguém tem de se ver obrigado a contribuir para a investigação de ilicitudes, ainda mais se tal irregularidade for imputada contra si: o ônus de acusar e provar o ilícito – penal ou administrativo – é sempre do Poder Público, não podendo tal tarefa ser delegada a particulares, muito menos àquele que sofre a acusação.¹⁰⁸

¹⁰⁶ HC 96.219, Relator Ministro Celso de Mello. Em idêntico sentido, sustentou o TRF, da 4ª Região, no julgamento do HC 2005.04.01.023325-6/PR, nos seguintes termos: “Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DETERMINAÇÃO DO JUÍZO A QUO DOS PACIENTES PRODUZIREM PROVA CONTRA SI MESMO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO (sic) – NEMO TENETUR SE DETEGERE. 1. A auto-incriminação (sic) não encontra guarida na norma penal brasileira, nem na doutrina, muito menos na jurisprudência, o que, legitima a insurgência dos Pacientes contra a determinação da prática de exercício probatório que possa reverter em eventual condenação penal. 2. Através do princípio *Nemo tenetur se detegere*, visa-se proteger qualquer pessoa indiciada ou acusada da prática de delito penal, dos excessos e abusos na persecução penal por parte do Estado, preservando-se, na seara dos direitos fundamentais, especialmente neste caso, a liberdade do indivíduo, evitando que o mesmo seja obrigado à compilação de prova contra si mesmo, sob pena de constrangimento ilegal, sanável por habeas corpus. Cuida-se de prerrogativa inserida constitucionalmente nos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV), da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII) e do direito ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII). Relator Desembargador Federal Tadaaqui Hirose).

¹⁰⁷ KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

¹⁰⁸ O STF entendeu, inicialmente, que o princípio da vedação a autoincriminação somente teria relevância em procedimento criminal, não sendo permitida a extensão desse benefício às demais atividades estatais (HC 79.244/DF). Tal conclusão foi alterada (HCML 79.812/SP), passando o STF a entender que o benefício pode ser utilizado pelo investigado em qualquer procedimento, desde que as informações por ele prestadas tenham relevância penal futura.

Segundo Krebs, tem-se que a razão principal do direito ao silêncio se encontra na própria presunção de inocência:

[...] não é, pois, o cidadão que possui o ônus de provar sua absolvição ou que não existe fundamento para o reconhecimento de sua culpa, prova negativa essa que se traduziria de produção extremamente dificultada. Além disso, o direito a não autoincriminação deriva da ideia da qual o acusado é concebido como parte, um sujeito da relação processual, e não objeto do processo como sucedia com a inquisição – não podendo, assim, ser utilizado, contra sua vontade, como fonte de prova contra si próprio.¹⁰⁹

Segundo Pedro Krebs, historicamente, tem-se a notícia de que a positivação de tal direito decorre da 5ª Emenda à Constituição Norte-Americana, tendo, a partir daí, passado a integrar as constituições de várias nações do mundo; o objeto de tal princípio, a bem da verdade, é um só: “proteger o cidadão contra a tortura ou outros meios de coerção visando obter informações e confissões”.¹¹⁰

3.3.1 A obrigação tributária acessória e o princípio da não autoincriminação no direito comparado

Para Krebs, a primazia concedida à Fazenda Pública “é o fato dela poder exigir do cidadão – contribuinte ou não – que lhe forneça as informações necessárias a fim de facilitar sua atividade arrecadatória”:

Essa submissão do cidadão para com a mesma é denominada de obrigação tributária acessória e está prevista no art. 113, parágrafo 2º, do CTN: “A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nelas previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.”¹¹¹

¹⁰⁹ KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 76.

¹¹⁰ Ibidem, p. 76.

¹¹¹ O art. 113, parágrafo 2º, do CTN, refere que a obrigação tributária acessória sucede da “legislação” tributária; a expressão “legislação”, por óbvio, não é aquela referida no art. 96 do CTN (leis, tratados, convenções internacionais, decretos e normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes), eis que, se, assim o fosse, qualquer dessas normas poderia, em tese, instituir obrigação acessória. A CF, ao reconhecer o princípio da legalidade como garantia individual (art. 5º, II), garantia essa reanimada no âmbito tributário (art. 150, I), acabou por assinalar que as obrigações acessórias somente poderão ser criadas por lei, ou seja, por ato sucedido do Poder Legislativo competente, cabendo aos decretos e outras normas complementares tão somente o papel de aclarar aquela, objetivando, com isso, torná-la eficaz. Verifica-se, assim, a inconstitucionalidade do inc. IV do art. 15 do Anexo I do Decreto 6.764/2009, que outorga à Secretaria da Receita Federal estabelecer obrigações tributárias acessórias.

Segundo Krebs, a obrigação acessória pode versar sobre “um *facere* (a entrega da escrituração contábil para o Fisco), um *non facere* (não transportar mercadorias desacompanhadas da documentação fiscal) ou *pati* (tolerar vistorias em bagagens)”.¹¹²

Essa relação de submissão do cidadão frente à Administração Pública não é verificada somente no contato fiscal, estando o Estado autorizado a castigar todo aquele que com ele não auxilia na verificação de irregularidades, como é o caso da obrigatoriedade, no trânsito, de submissão ao teste de alcoolemia (bafômetro) para os condutores envolvidos em acidente de trânsito.¹¹³

Assim, verifica-se a possibilidade do Estado fazer uso da coação objetivando constranger o cidadão a fim de que esse pratique o ato esperado pela Administração, pois, de fato, a vida em sociedade exige a determinação de limites aos direitos dos administrados sob pena de ser verificado o abuso.

Para Krebs “tal prerrogativa decorre da concessão feita ao Estado de ele ser detentor do direito (ou dever) de estabelecer restrições às liberdades conferidas aos cidadãos”.¹¹⁴

Assim, é viável à Administração impor sanções aos seus administrados quando esses não contribuem para aquela na apuração de irregularidades. No caso especificamente fiscal, a omissão de informação ou a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias constitui crime contra a ordem tributária (art. 1º, I, da Lei nº 8.137/1990).¹¹⁵

Krebs entende que o estabelecimento de sanção aos administrados que com a administração não cooperam deriva do entendimento do qual: “o Estado, em

¹¹² KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 77-78.

¹¹³ É o que refere o art. 277, do CTB: “art. 277 – Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAM, permitam certificar seu estado”.

¹¹⁴ KREBS, op. cit., p. 78.

¹¹⁵ Lei 8.137/90 – Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.

sendo o detentor da tutela da coletividade, não pode se submeter aos direitos conferidos aos cidadãos, esses vislumbrados como indivíduos isolados”.¹¹⁶

No caso da obrigação acessória vista acima, Pedro Krebs explica:

Têm-se, nos termos da lei, duas obrigações tributárias: a principal, que é o pagamento do tributo, e a acessória, que é a obrigação que detém o cidadão – contribuinte ou não – de prestar informações à Fazenda Pública para fins de arrecadação ou fiscalização de tributo. Ora, a prestação de informações para a Fazenda, a bem da verdade, só gera malefícios para o contribuinte: se esse prática atos de sonegação fiscal, por exemplo, a obrigação de entregar sua escrita contábil comprovará materialmente a redução indevida de impostos a pagar; porém, se o contribuinte se nega a entregar os dados, o mesmo ver-se-á obrigado a pagar multa por tal omissão. O mesmo poderá ocorrer com o contribuinte pessoa física que se negar a entregar os extratos bancários das contas correntes mantidas pelo mesmo nas instituições financeiras com as quais mantenha vínculo.¹¹⁷

Com base nesse exemplo, Pedro Krebs expõe suas conclusões, entendendo que:

[...] é legítima a atividade de aplicar sanções aos administrados que não contribuem para o Estado na investigação de irregularidades, inexistindo qualquer violação do princípio da presunção de inocência, devendo este ser relativizado, não podendo ser visto como algo absoluto.¹¹⁸

3.3.2 A relativização do direito à não autoincriminação na esfera tributária

Pedro Krebs entende que é atributo de todo Estado de Direito a utilização dos princípios conferidos ao Direito Penal e Processo Penal também ao Direito Administrativo Sancionador, incluindo, nesse âmbito, o Direito Tributário. Assim, um dos princípios reconhecidos ao Direito Sancionador – Penal ou Administrativo – é o da presunção de inocência, princípio esse que abrange o direito de o cidadão não precisar contribuir para a produção de prova que venha a lhe prejudicar.¹¹⁹

Segundo Pedro Krebs, dessa forma, fundamentar e justificar a aplicação

¹¹⁶ KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

¹¹⁷ Ibidem, p. 79-80.

¹¹⁸ Ibidem, p. 80.

¹¹⁹ Ibidem, p. 85-86.

de sanções – pena, no âmbito criminal, ou multa, no âmbito administrativo – tão somente em mera declaração autoinculpatória obtida sob coação pelo próprio obrigado tributário constitui um atentado ao direito desse não declarar contra si próprio, incluindo aí o seu direito à presunção de inocência.¹²⁰

Para o citado autor, nem a sanção penal e nem a multa tributária podem ser aplicadas quando a Administração Pública tomar conhecimento da irregularidade através de ato provocado pelo próprio contribuinte e quando tal ato autoinculpatório for obtido mediante coação.¹²¹

Sobre a identificação de uma infração tributária, Pedro Krebs entende que a Fazenda pode se valer de dois métodos:

Quando o reconhecimento decorre de uma atividade positiva dos agentes fazendários, a regra é que o contribuinte não pode se insurgir contra tal comportamento: tal conclusão decorre da atividade de polícia conferida à Fazenda, como refere o art. 195 do CTN, que determina não ter aplicação qualquer disposição legal que exclua ou restrinja o direito de o fisco examinar as mercadorias, livros, arquivos, documentos e papéis dos comerciantes, industriais ou produtores.

O outro procedimento, também alcançado pelo art. 195, in fine, do CTN, se dá através de uma atuação negativa (passiva) dos fiscais, onde os servidores simplesmente exigem, sob coação, do contribuinte a prestação das informações: nesses casos é que se verifica a possibilidade de aplicação do benefício de não se autoincriminar a fim de evitar a aplicação de qualquer sanção (multa) estatal.¹²²

Denota-se, assim, que as informações obtidas pela Fazenda Pública mediante coação não podem servir, posteriormente, como argumento, na hipótese de reconhecida alguma irregularidade fiscal, para imposição de multa: saliente-se, a verificação de irregularidade, sem a conduta ativa investigatória do fisco, permite a exigência tão somente do tributo devido, com os acréscimos legais daí decorrentes – juros e correção monetária –, mas jamais a imposição de multa.

Pelo exposto, Krebs conclui que: a) o Direito Administrativo Sancionador –

¹²⁰ KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86.

¹²¹ Ibidem, p. 86.

¹²² Ibidem, p. 86.

incluindo aí o Direito Tributário – é regulado pelos princípios que norteiam o Direito Penal e Processual Penal; b) a Constituição Federal permite tal conclusão; c) o princípio da presunção de inocência abrange o da não obrigatoriedade de o cidadão produzir prova contra si próprio, ou seja, que o incrimine; d) a prova legítima é aquela obtida por atividade cuja iniciativa seja do próprio Estado, penal ou tributária; e) em não se podendo acusar, a prova obtida mediante coação, seja no âmbito penal ou tributário, não possibilita a imposição de sanções – penas ou multas – às irregularidades eventualmente identificadas; f) no âmbito fiscal, tais provas ensejarão a possibilidade de cobrar o tributo devido, com os acréscimos referentes aos juros e correção monetária, a fim de evitar o locupletamento do contribuinte. As multas, nessa última hipótese, carecem de legitimidade.¹²³

¹²³ KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 88.

CONCLUSÃO

Diante do exposto não há dúvidas quanto à existência de divergências de interpretações doutrinárias e jurisprudenciais a cerca da possibilidade ou não da quebra do sigilo bancário pela autoridade administrativa sem autorização judicial. Tais divergências repousam na dúvida sobre a revogação ou não do art. 38 da Lei nº 4.595/64, que permitia a quebra do sigilo bancário somente por autorização judicial, pela discutida Lei Complementar 105/2001, mais precisamente, sobre os arts. 5º e 6º da referida Lei.

Os defensores da constitucionalidade dos aludidos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001 invocam, além da supremacia do interesse público sobre o privado, a parte final do parágrafo 1º do artigo 145 da Constituição Federal, por estar ali explícito que é facultado à administração tributária “identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades do contribuinte”.

Para os que defendem a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, não resta dúvida de que, no plano infraconstitucional, a legislação autoriza o acesso das autoridades administrativas aos dados e informações sobre a movimentação financeira do contribuinte quando houver procedimento administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que tais exames apenas dotam a administração tributária de instrumentos aptos a aperfeiçoar os procedimentos das investigações fiscais.

No entanto, grande parte da doutrina entende que o sigilo bancário está inserido no direito à intimidade e a privacidade, albergados pela Lei Maior, e, desta forma, cabe somente ao Poder Judiciário autorizar a sua “quebra”.

Os que advogam pela inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, entendem que a ressalva constante do § 1º do art. 145 da Constituição “respeitados os direitos individuais”, impede que a lei autorize a quebra do sigilo bancário diretamente pelo fisco, estando o referido sigilo albergado pelos direitos e garantias fundamentais – proteção à intimidade e à vida privada (CF, art. 5º, X) e inviolabilidade do sigilo de dados (CF, art. 5º, XII) –. Para essa corrente a “quebra”

do sigilo bancário somente seria possível mediante ordem judicial, analisada em cada caso, à vista de fundamentado e justificado requerimento.

Segundo os defensores da inconstitucionalidade da LC 105/2001, uma das bases do devido processo legal reside na imparcialidade de quem irá julgar o conflito. Não há como garantir o efetivo e pleno direito ao devido processo legal, quando se verifica que o órgão julgador é também uma das partes interessadas, pois lhe falta a imparcialidade para solucionar aquela lide.

A função jurisdicional é atribuída ao Poder Judiciário, e não ao Poder Executivo, eis que este não tem comprometimento com a imparcialidade. É o juiz que tem o dever de ser imparcial. É o Poder Judiciário o órgão institucionalmente legitimado para salvaguardar os direitos do contribuinte/cidadão, por isso mesmo deverá analisar cada caso com a devida cautela, prudência e ponderação.

Para se ter efetividade na imparcialidade dos julgamentos, há de serem respeitadas as limitações previstas em lei, com a observância do princípio da reserva de jurisdição, que consiste na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com exclusão de qualquer outro órgão estatal para a prática de determinados atos.

Antes da LC 105/2001, o STF, por diversas vezes, afirmou a ilegitimidade de requisição direta pelo fisco, sem intervenção do Poder Judiciário, indeferindo o pedido de requisição de informações que implicasse quebra do sigilo bancário de pessoas e instituições quando inexistissem elementos de prova mínimos de autoria de delito, em inquérito regularmente instaurado.

Após o advento da Lei Complementar 105/2001, o Pleno do STF analisou a matéria em algumas ocasiões, cujo caso de maior repercussão foi o Recurso Extraordinário nº 389.808, questionando a constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/01 e, a Ação Cautelar nº 33, objetivando a concessão de medida liminar para imprimir efeito suspensivo ao recurso anteriormente interposto.

A Ação Cautelar nº 33, pautada primeiramente no STF, teve como tese vencedora o entendimento de que a requisição de informações bancárias, na forma do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01 não se configuraria como uma quebra de

sigilo, mas, sim, como uma transferência de informações que permaneceriam sob sigilo, ou seja, decidiu-se pela constitucionalidade do citado dispositivo.

Posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, relatoria do Ministro Marco Aurélio (2010), a Corte adotou entendimento diverso da Ação Cautelar nº 33, decidindo pela inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, no sentido de que a quebra do sigilo deve ocorrer apenas em hipóteses excepcionais, como no curso de uma investigação criminal, mediante decisão fundamentada do Poder Judiciário ou nos casos em que há verbas públicas sob investigação.

Segundo o Ministro Marco Aurélio, entender pela constitucionalidade seria acatar a existência de uma coação política proveniente da Receita Federal, que usaria os informes bancários para o lançamento e cobrança de tributos – situação vedada pelo ordenamento e consolidada nas Súmulas 73, 323 e 547 do STF.

Hoje, não é possível saber se essa orientação será mantida. É necessário aguardar o pronunciamento do STF sobre a constitucionalidade desse novo e controvertido regramento sobre o sigilo bancário. Cabe, aqui, ressaltar que, após o advento da LC 105/2001, o Supremo ainda não se manifestou de forma conclusiva sobre o tema. Aguarda-se, para tanto, o julgamento das ADIN's (2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406) que atacam a constitucionalidade da Lei 105/2001.

A título de sugestão, seguindo o exemplo do art. 4º da Lei 9.296 de 24 de julho de 1996, que regulamentou a parte final do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, que trata da interceptação telefônica de qualquer natureza, o artigo 6º da Lei Complementar nº 105 de 2001, deveria, em respeito aos princípios constitucionalmente garantidos, ser alterado, para estabelecer que a quebra do sigilo bancário do contribuinte (e de seus dependentes no caso de pessoa física) fosse previamente autorizada pela autoridade judicial, de ofício ou a requerimento do fisco ou do Ministério Público, mediante apresentação de requerimento, justificando de forma fundamentada a necessidade de sua realização para apuração de infração penal ou tributária. *In verbis* o art. 4º da Lei 9.296 dispõe:

Artigo 4º. O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

Ressalte-se que não há de ser levada em conta a justificativa por parte das autoridades tributárias que alegam a demora no procedimento por conta da burocracia em conseguir a prévia e devida autorização judicial para a quebra do sigilo bancário, pois, seguindo o exemplo do parágrafo 1º do art. 4º da Lei 9.296, excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado, verbalmente, desde que presentes os pressupostos que autorizem a medida, sendo sua concessão reduzida a termo.

Artigo 4º [...]

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

Ressalte-se, também, que seguindo o exemplo do parágrafo 2º do art. 4º da referida lei, o juiz decidirá sobre o pedido no prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

“Artigo 4º [...] § 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido”.

Conforme demonstrado, não haveria justificativa plausível por parte das autoridades tributárias que justificasse a alegação na demora em se obter autorização judicial para quebra do sigilo bancário dos contribuintes, caso o art. 6º da LC 105/2001 fosse alterado nos mesmos moldes da Lei 9.296 de 1996.

Caso a Suprema Corte entenda estar o sigilo bancário inserido no rol das garantias constitucionais do direito a intimidade e vida privada, previstos no art. 5º, incisos X, a inconstitucionalidade da LC 105/2001 poderá ser declarada, pois de acordo com o art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta Magna, não podem ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir “os direitos e garantidas individuais”.

Como visto, se os direitos e garantidas individuais, por ostentarem o status de cláusula pétrea, não podem ser abolidos sequer por meio de emenda a Constituição, em hipótese alguma poderão ser abolidos por meio de Lei Complementar.

Por fim, entendemos ser absolutamente inconstitucional regra legal, seja de que natureza for, que autorize à autoridade administrativa a ter amplo acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário, sem prévia autorização judicial, pois conduziria ao aniquilamento do direito fundamental à intimidade, privacidade e sigilo de dados, norma de bloqueio, cujo objetivo é precisamente proteger os indivíduos contra as investidas do Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito penal tributário**: crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

ANDRADE FILHO, Edmar. Imposto de renda: quebra do sigilo bancário e omissão de receitas e rendimentos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 70. p. 48, jul. 2001.

ÁVILA, Humberto. Sigilo bancário e tributação. **Gazeta Mercantil**. Porto Alegre, Opinião, ano III, n. 914. 26 mar. 2001.

BARRETO JÚNIOR, Valter Pedrosa. **Direito ao silêncio em matéria tributária**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6638>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BIANCO, João Francisco. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova série; n. 6). cap. 27, p. 637-663.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BORGES, Paulo César Corrêa. Apontamento sobre os crimes tributários e a quebra do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

BRASIL. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001, p. 3

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.718, de 27 de novembro de 1979. Revoga Exigência de Prestação de Informações Permanentes Referidas na Legislação do Imposto sobre a Renda, e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 nov. 1979.

_____. Decreto-Lei nº 433, de 23 de janeiro de 1969. Acrescenta parágrafo ao artigo 19 do Decreto-Lei nº 401, de 30 de dezembro de 1968, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jan. 1969.

_____. Decreto-Lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943. Dispõe sobre a cobrança e fiscalização do imposto de renda. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 out. 1943.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2001.

_____. Lei nº 2.354, de 29 de novembro de 1954. Altera a legislação do imposto sobre Renda, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 29 nov. 1954.

_____. Lei nº 3.470, de 28 de novembro de 1958. Altera a legislação do Imposto de Renda e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 nov. 1958.

_____. Lei nº 4.357, de 16 de julho de 1964. Autoriza a emissão de Obrigações do Tesouro Nacional, altera a legislação do imposto sobre a renda, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1964.

_____. Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 31 dez. 1964, p. 12081(suplemento).

_____. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 out. 1966.

_____. Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990. Dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 abr. 1990, ret. 23 abr. 1990.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990, p. 25534.

_____. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 fev. 1993, p. 1997.

_____. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 dez. 1996.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) 2.386-1**. Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) 2.390-0**. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF.

_____. _____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (Medida Liminar) 2.397-7**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF.

_____. _____. MS 23.452/RJ, **Informativo do STF**, nº 151, maio/jun. 1999, p. 10.

_____. _____. MS 23.542/RJ, **Informativo do STF**, nº 163, set. 1999, p. 8.

_____. _____. RE 215.301/CE, **Informativo do STF**, nº 151, maio/jun.1999, p. 7.

CAMBI, Eduardo. A inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial. **ADV, Advocacia Dinâmica**, n. 14, COAD, p. 210.

CASSONE, Vittorio. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 13, p. 389-411.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Sigilo bancário e o devido processo legal. **Revista da AGU**, Brasília, Edição Especial, 2002.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. O sigilo bancário e a tutela preventiva. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 68, p. 93-100, maio 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; SEHN, Solo. Crimes fiscais e sigilo bancário: pressupostos e limites constitucionais. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

CORREIA, Naiana Batista. **A exceção do sigilo bancário pela autoridade fiscal**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/a-exceção-do-sigilo-bancario-pela-autoridade-fiscal-naiana-batista.correia>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só. São Paulo: RT, 1970. In: MOTA, Roberta Ferreira de Andrade (Coord.). **Direito processual tributário**. Manaus: Editor Fiscal, 2002.

COSTA, Antônio José da. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 15, p. 430-437.

COVELLO, Sérgio Carlos. O sigilo bancário como proteção à intimidade. RT 648/627. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Série grandes pareceristas**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. O sigilo bancário, com particular enfoque na tutela civil. In: MOTA, Roberta Ferreira de Andrade (Coord.). **Direito processual tributário**. Manaus: Editor Fiscal, 2002.

DELGADO, José Augusto. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 2, p. 82-120.

DERZI, Misabel Abreu Machado. O sigilo bancário e a guerra pelo capital. **Revista de Direito Tributário**, n. 81.

DERZI, Misabel Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro. O sigilo bancário e os crimes contra a ordem tributária. In: **Direito tributário aplicado**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Dialética, 1998.

FERNANDES, Edison Carlos. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 26, p. 628-636.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo bancário. **Revista da Advocacia Geral da União**. Centro de Estudos Victor Nunes Leal. Edição Especial de Lançamento, 2002.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**: à luz da LC 105/2001 e do Decreto 3.724/2001. Curitiba: Juruá, 2001.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1991.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Quebra do sigilo bancário pelo Ministério Público. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 3, p. 121-150.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luis Flávio. Crimes tributários e quebra do sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

GONÇALEZ, Antônio Manoel. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 22, p. 551-563.

GONÇALVES, Antônio Manoel. Direitos Fundamentais do Contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6).

GRUPENMACHER, Betina Treiger. O princípio da publicidade e a garantia do sigilo no processo administrativo. In: ROCHA, Valdir de Oliveira et al. **Processo administrativo fiscal**. v. 5. São Paulo: Dialética, 2000.

HAMATI, Cecília Maria Marcondes. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 9, p. 275-285.

HOFFMANN, Susy Gomes. Princípio constitucional da publicidade aplicado ao processo administrativo fiscal e garantia constitucional do sigilo de dados. In: ROCHA, Valdir de Oliveira et. al. **Processo administrativo fiscal**. v. 5. São Paulo: Dialética, 2000.

ICHIHARA, Yoshiaki. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 18, p. 482-503.

KREBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária**: aplicações no direito tributário do direito a não se autoincriminar. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LACOMBE, Américo Masset. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 7, p. 207-225.

LIMA, Rogério. Pode o Fisco por autoridade própria, quebrar o sigilo bancário do contribuinte? **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, a. 8, n. 34, set./out. 2000, p. 149.

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 6, p. 187-206.

MACHADO, Hugo de Brito. A quebra do sigilo bancário. **Repertório IOB de Jurisprudência**, n. 9, p. 253-255, 1ª quinzena maio 2001. (Caderno 1).

MALERBI, Diva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 4, p. 151-166.

MARAFON, Plínio Marafon. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 16, p. 438-450.

MARQUES, Fernando de Oliveira. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 30, p. 773-790.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 1, p. 45-81.

_____. **Pareceres tributários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. **Série grandes pareceristas**, v. 1. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva; MARONE, José Ruben. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 32, p. 815-869.

MELO, José Eduardo Soares de. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva et al. **Série grandes pareceristas**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

_____. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 10, p. 286-322.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo. Atlas, 2002.

_____. Direito constitucional. In: MOTA, Roberta Ferreira de Andrade (Coord.). **Direito processual tributário**. Manaus: Editor Fiscal, 2002.

MOTA, Roberta Ferreira de Andrade (Coord.). **Direito processual tributário**. Manaus: Editor Fiscal, 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Meios de impugnação à quebra indevida de sigilo bancário. In: SALOMÃO, Heloísa Estellita et al. **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Direitos fundamentais da pessoa e do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 8, p. 226-274.

PIRAÍNO, Adriana. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 29, p. 754-774.

PONTES, Helenilson Cunha. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisa tributária. Nova série; n. 6). cap. 12, p. 366-388.

REVISTA ESMAFE. Escola de Magistratura Federal 5ª Região, n. 10, dez. 2006.

ROCHA, Valdir de Oliveira. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 33, p. 870-876.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 11, p. 323-365.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo bancário e direito a intimidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2001.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 19, p. 504-521.

SCHOERPF, Patrícia. **Crimes contra a ordem tributária**: aspectos constitucionais, tributários e penais. 1. ed. 5. reimp. Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Fátima F. Rodrigues. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 31, p. 791-814.

SOUZA, Hamilton Dias de. Sigilo bancário e o direito a liberdade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, n. 4, p. 150-153, jul./dez. 1999.

TAGLIAFERRO, Kleber Augusto. A Constituição Federal e a Lei do Sigilo Bancário: tensão entre princípios. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 66, p. 67-75, mar. 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova série; n. 6). cap. 5, p. 167-186.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, n. 18, ano 5.

VIDIGAL, Geraldo Facó. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6).

YAMASHITA, Douglas. Direitos fundamentais do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Centro de Extensão Universitária, 2000. (Pesquisas Tributárias. Nova Série; n. 6). cap. 28, p. 664-753.