

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO IDP LTDA**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO**  
**TRIBUTÁRIO**

**A ilegalidade da quebra de sigilo fiscal e bancário realizada pela  
autoridade fazendária sem ordem judicial**

**Aluno: Daniel Ferreira Lopes**

**Brasília/DF**  
**2016**

**DANIEL FERREIRA LOPES**

**A ilegalidade da quebra de sigilo fiscal e bancário realizada pela  
autoridade fazendária sem ordem judicial**

Monografia apresentada como requisito à  
obtenção do título de especialista em  
Direito Tributário, no curso de Pós-  
graduação *Lato Sensu* do Instituto  
Brasiliense de Direito Público IDP Ltda.

**Brasília/DF  
2016**

Lopes, Daniel Ferreira

A ilegalidade da quebra de sigilo fiscal e bancário realizada pela autoridade fazendária sem ordem judicial. Brasília, 2015.

Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de especialista em Direito Tributário, no curso de Pós-graduação Lato Sensu do Instituto Brasiliense de Direito Público IDP LTDA, sob orientação da Professora e Orientadora Hadassah Laís Santana.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino, meu guia, socorro presente na hora da angústia, ao meu pai Uriel Alves Lopes, por sempre acreditar nas minhas escolhas e acima de tudo apoiar-las, minha mãe Virlene Lopes Ferreira, por se fazer presente em todos os momentos difíceis, e aos meus irmãos.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha ilustre Professora e orientadora Hadassah Laís Santana por contribuir para minha formação profissional. Aos Professores e colegas de turma, sobretudo àqueles que se tornaram meus amigos. Por fim, aos meus Ilustres amigos e colegas de profissão Dr. Julio Leão e Dr. Jaeder Caetano pelo apoio incondicional.

*A sabedoria oferece proteção, como o faz o dinheiro, mas a vantagem do conhecimento é esta: a sabedoria preserva a vida de quem a possui.*

*Eclesiastes 7:12*

## RESUMO

A ilegalidade da quebra de sigilo fiscal e bancário realizada pela autoridade fazendária sem ordem judicial. Brasília, 2015. Nº 59 Fls. Monografia apresentada como requisito à obtenção do título de especialista em Direito do Tributário, no curso de Pós-graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público IDP LTDA. Brasília, 2015.

O presente trabalho tem como escopo a análise da quebra de sigilo fiscal e bancário realizada pela autoridade fazendária sem ordem judicial, nos termos da Lei Complementar nº 105/2001. O objetivo do presente trabalho é analisar constitucionalmente o acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo de procedimento fiscal regularmente instaurado, confrontando *a priori*, a mencionada Lei com os direitos e garantias individuais de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e de inviolabilidade do sigilo de dados, assegurados no art. 5º, incisos X e XII, da CF/88. O desdobramento do presente trabalho tem como sustentáculo o entendimento jurisprudencial do STF atualmente, bem como, na discussão constitucional da ADI 4.010, que se debruçou sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei Complementar federal número 105/2001. Por meio do estudo dos casos paradigmáticos que levaram a uniformização da jurisprudência atual sobre o tema. O entendimento a ser desdobrado no presente trabalho é o de que o dispositivo (art. 5º da Lei Complementar federal número 105/2001) é inconstitucional, por ofensa ao artigo 5º, incisos X, XII e LV, da Constituição Federal. Com efeito, a prestação de informação acerca das operações financeiras dos contribuintes, sem ordem judicial, ofende o devido processo legal (art. 5º, LV) e a reserva de jurisdição para a quebra do sigilo de dados (art. 5º, XII). Atinge, também, a intimidade e a vida privada das pessoas, garantida pelo inciso X do artigo 5º da CF.

**Palavras-chave:** Quebra de sigilo fiscal e bancário, Autoridade Fazendária, Movimentação financeira dos contribuintes, ADI 4.010, Ofensa ao devido processo legal, Reserva de jurisdição, Intimidade, Vida privada das pessoas.

## ABSTRACT

The Illegality of the tax breach of confidentiality and banking performed For the tax authorities without a court order. Brasília, 2015. No. 59 Fls. Paper presented as a prerequisite to obtain in Tax Law Specialist Title to, any Postgrad broad sense Postgraduate *Sensu Lato* of Public Law Brasiliense Institute IDP LTDA. Brasília, 2015.

This work has the objective to analyze the fiscal breach of confidentiality and banking conducted by the treasury authority without a court order, pursuant to Supplementary Law No. 105/2001. The objective of this study is to analyze constitutionally access the tax authority the data concerning financial transactions of taxpayers, in the midst of regularly filed tax procedure, confronting a priori the said Act with the individual rights and guarantees of inviolability of intimacy, life Private, honor and image of persons and inviolability of data confidentiality, provided in art. 5th, items X and XII, the CF/88. The development of this work has helped support the jurisprudential understanding of the Supreme Court today, as well as the constitutional discussion of the ADI 4010, which focused on the constitutionality of art. 5 of the Federal Supplementary Law number 105/2001. Through the study of paradigmatic cases that have led to uniformity of the current jurisprudence on the subject. The agreement to be deployed in this work is that the device (art. 5 of the Federal Supplementary Law number 105/2001) is unconstitutional, the offense by Article 5, paragraphs X, XII and LV, of the Federal Constitution. Indeed, the provision of information about the financial transactions of taxpayers, without a court order, offend due process of law (art. 5º, LV) and the jurisdiction of reserve for breach of data secrecy (art. 5º, XII ). Reaches also the intimacy and privacy of individuals, manned by paragraph X of Article 5º of CF.

**Keywords: Break fiscal and banking secrecy, tax authorities, financial taxpayers Drive, ADI 4010, offense to due process, jurisdiction Reserve, Intimacy, private life of people.**



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
1 – Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito .....	12
1.1 – O direito à intimidade e à vida privada .....	13
1.2 – O sigilo fiscal e bancário no ordenamento jurídico brasileiro.....	15
2 – A Administração Tributária e o Dever de Fiscalizar.....	21
2.1 – As hipóteses legais da quebra de sigilo.....	26
2.2 – A atuação do Ministério Público perante o sigilo de dados e a inviolabilidade da vida privada .....	29
2.3 – A ausência de ordem judicial como forma de violação de direitos e garantias fundamentais .	33
3 – A Possibilidade da Quebra de Sigilo Fiscal e Bancário sem ordem judicial - Divergências jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal .....	37
3.1 – A plena vigência da Lei Complementar nº 105/2001 e as Ações Diretas de Constitucionalidade Interpostas .....	41
3.2 – Estimativas em torno do julgamento da ADIs.....	46
3.3 – Da recente mudança de entendimento jurisprudencial.....	50
CONCLUSÃO .....	51
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA .....	53

## INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 instituiu a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito consagrando princípios fundamentais como a soberania, cidadania, dignidade a pessoa humana, valores sociais, livre iniciativa e pluralismo político.

Um Estado para se dizer Democrático de Direito, é fundamental não somente que todo poder emane do povo, mas também que haja o pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo e a consagração da Constituição como a norma hierarquicamente superior a todo ordenamento, sendo o norte de todas as leis promulgadas no país.

Entre os direitos assegurados em nossa Carta Magna de 88, destacaremos o sigilo fiscal e bancário, previstos no art. 5º, incisos X e XII, advindos dos direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, como também do sigilo de dados, os quais se caracterizam por resguardarem a vida patrimonial, econômica e financeira das pessoas jurídicas e físicas, buscando assim, proteger não somente a vida em sociedade, mas também os interesses comerciais, pessoais e patrimoniais do cidadão, conforme o disposto:

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

[...]

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

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

Em contrapartida, é conferido ao Estado, também nos termos da própria constituição, o poder de instituir tributos e exercer a fiscalização tributária, para dar efetividade aos seus objetivos bem como suprir seus interesses arrecadatórios. Assim, o diploma constitucional permite a identificação do patrimônio de seus contribuintes, obtendo informações sobre bens, rendimentos e atividades comerciais.

Ocorre que, na prática, o exercício da atividade fiscalizadora ocasiona uma série de conflitos entre os interesses da Administração Pública e os direitos e garantias dos contribuintes,

uma vez que leis que dispõem sobre a matéria cada vez mais têm contribuído para enfraquecer o sigilo fiscal e bancário como limites de atuação das autoridades fazendárias.

O exemplo mais notório da flexibilização deste direito fundamental se deu a partir da vigência da Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001, que passou a permitir que a Administração Tributária no uso de suas prerrogativas de investigação, tenha acesso aos dados bancários dos contribuintes de forma *ex officio*, ou seja, acaba por ser realizada a quebra do sigilo dos dados cidadão sem ordem judicial autorizadora da medida.

Sendo assim, há uma verdadeira colisão entre as prerrogativas do Fisco em face dos direitos fundamentais dos administrados, resultando no ajuizamento de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face da LC 105/2011, com intuito de rescindir e afastar do ordenamento os efeitos dos dispositivos da lei que permitem o acesso aos dados sigilosos.

Entretanto, estas ações ainda estão pendentes de julgamento, logo, nada está definido quanto ao futuro deste diploma, o que acarreta em grandes multiplicidades de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, inclusive no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, pois nas oportunidades em que se sujeitou à matéria houve grandes controvérsias de compreensão entre seus ministros.

Assim sendo, o presente trabalho abordará o estudo do sigilo fiscal bancário em face da Constituição Federal Brasileira, analisando cronologicamente a evolução dos dispositivos que dispõe sobre esta temática, destacando em quais hipóteses e formas o sigilo poderá ser quebrado pela Administração Tributária. Além disso, serão apresentadas as principais discussões jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como a análise da constitucionalidade LC 105/2011 tendo em vista os valores constitucionais de nosso ordenamento e os possíveis reflexos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas, que visam afastar os efeitos deste diploma legal de nosso ordenamento jurídico.

## 1 – Direitos Fundamentais e o Estado Democrático de Direito

Com o processo de concentração de poder nas mãos da monarquia na era dos regimes absolutistas, séculos XVI e XVII, surge a necessidade de controlar os abusos praticados pelo Estado contra a sociedade, na qual havia total supremacia de seus interesses perante os dos cidadãos.

Desta forma, nos séculos XVIII e XIX, com o advento de Revoluções como a Americana e a Francesa, surge a concepção de Estado de Direito ou Estado Liberal, iniciando um processo de limitação das atividades do Estado frente os indivíduos, com o estabelecimento da liberdade, igualdade, legalidade e proteção aos direitos e garantias individuais.

Ressalta-se que, deste momento em diante, as normas que constituem a concepção de Estado de Direito possuem as mais diversas origens, emergindo, como por exemplo, da religião, da economia, dos costumes sociais e dos valores já existentes na seara da sociedade.

Nesse sentido, nos ensina José Afonso da Silva<sup>1</sup>:

Este se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Percebe-se que Estado de Direito consiste na ideia de que ninguém está acima da lei, devendo a Administração atuar nos limites dos ditames legais, observando a legalidade, a igualdade e acima de tudo, o direito de outrem no exercício da atividade estatal.

Nesse sentido, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Assim, o ordenamento jurídico pátrio considera um ideal de Estado que surge da aglutinação dos conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito

Em suma, a configuração de Estado Democrático de Direito vai além da simples união dos conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito, mas sim, na criação de um

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que os incorpora em um novo instituto.

Desta forma, se pode dizer que a República Federativa do Brasil, constituída de um Estado Democrático de Direito, consiste em um modelo estruturado democraticamente, onde o povo exerce o seu direito de escolher os seus governantes através do voto, no qual todos os cidadãos sejam eles governantes ou governados, estão sujeitos á supremacia da lei, devendo ser inerentemente preservados os fundamentos do Estado e os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

A respeito deste tema, elucida, ainda, a doutrina José Gomes Canotilho<sup>2</sup>:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Como se percebe, os direitos fundamentais possuem o status de estrutura principal do Estado Democrático de Direito. Por tal motivo sua obediência e reconhecimento estão sujeitos á disposição na Constituição, a lei fundamental e suprema de um Estado consolidado. No Brasil, os direitos e garantias fundamentais estão previstos na Constituição Federal 1988, título II, capítulos I, II, III, IV e V, artigos 5<sup>a</sup> a 17<sup>o</sup>.

### **1.1 – O direito à intimidade e à vida privada**

Conforme já dito acima, dos direitos fundamentais estão inseridos na Constituição, neste rol encontram-se dispostos no inciso X do artigo 5<sup>o</sup> o direito da intimidade e à vida privada, classificados como uma espécie de direitos de personalidade, ou seja, existem simplesmente pela essência do cidadão como um ser vivo. Entretanto, apesar destes dois direitos se complementarem, são institutos independentes e autônomos, cabendo diferenciá-los para uma melhor compreensão.

---

<sup>2</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6<sup>o</sup> edição revista. Livraria Almedina Coimbra, 1993. p. 1303.

Assim, nos faz esta diferenciação a doutrina de Osvaldo Saraiva Filho<sup>3</sup>:

O Direito à intimidade é o direito de estar sozinho. Intimidade é aquilo que não se compartilha com ninguém, são os pensamentos mais íntimos e secretos, os sentimentos, desejos e as tendências, às vezes, inconfessáveis. O Direito à vida privada é o direito ao resguardo de fatos ou das relações pessoais, sendo assim, algo só compartilhado a um grupo restrito de pessoas mais íntimas, cônjuge, familiares, alguns poucos amigos ou profissionais da inteira confiança do indivíduo que faz a descrição (sacerdotes, psiquiatras, psicólogos, advogados).

Em suma, se pode entender a intimidade como a subjetividade pura do indivíduo, aquilo que há de mais íntimo no seu viver, suas relações e segredos familiares, de amizade, sua orientação sexual, segredos pessoais, enfim, tudo aquilo que pertence de forma única e exclusiva à determinada pessoa, o seu “eu” próprio e personalíssimo, resguardado da publicidade, vista a possibilidade de causar um eventual constrangimento.

Já a privacidade possui uma abordagem mais ampla, envolvendo tudo que a intimidade não comporta e tendo uma abrangência muito maior do que aquela, pois consiste em informações pessoais que apesar de dizerem respeito exclusivamente a alguém, não afetam direitos de individuais, nem devem ser publicamente divulgadas, como as que envolvem relações sociais, comerciais, de trabalho, proteção do domicílio, dados cadastrais, enfim, tudo aquilo que por mais que não chegue a ser íntimo e puramente subjetivo, de certa forma não admite ampla publicidade.

Correlato ao direito ao direito à intimidade e à vida privada encontra-se a inviolabilidade de dados, disposto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal. Para se compreender o núcleo desse dispositivo, se considera dados toda e qualquer informação seja ela telefônica, telegráfica, financeira, econômica, cadastral e etc., referente a algo ou alguém, devendo ser zelada e protegida com o intuito de resguardar o sujeito daquela informação através do sigilo.

Destarte, se pode dizer que apesar de não previstos claramente da Constituição, os institutos do sigilo bancário e fiscal são derivados dos direitos e garantias fundamentais, dispostos na CF/88, no artigo 5º, incisos X e XII, ou seja, são espécies do mesmo gênero,

---

<sup>3</sup> Saraiva FILHO, Osvaldo Othon De Pontes. A Quebra do Sigilo Bancário e o Fisco, Texto básico da palestra proferida, pelo Autor, no dia 02/08/2001, em São Paulo, no Ciclo de Palestras Jurídicas, uma promoção do UNIBANCO e da FEBRABAN. p 07.

consistindo em dados ou informações que dizem respeito única e exclusivamente a cada indivíduo destinatário do direito conforme em entendimento doutrinário acima esposado.

Assim, se pode entender o sigilo bancário como a proteção do cidadão em virtude da divulgação de informações bancárias que dizem respeito às suas atividades econômicas que se encontram em domínio das instituições financeiras. Já o sigilo fiscal é a garantia do contribuinte contra a divulgação de informações que se encontram em poder da Administração, referente à sua situação econômica e financeira, bem como a natureza de seus negócios jurídicos.

Apesar de independentes entre si, estes institutos estão intimamente interligados, apresentando, na prática, uma relação de causa e consequência, pois considerando que o sigilo bancário existe por si só, ao ser repassada a respectiva informação com o seu conteúdo bancário para a Administração Tributária (sem adentrar no mérito a respeito da constitucionalidade deste ato e da presença de autorização judicial ou não), esta passa a ter a obrigação de guarda daquela informação, ou seja, passa a ser sigilo fiscal.

## **1.2 – O sigilo fiscal e bancário no ordenamento jurídico brasileiro**

Neste tópico, faremos uma análise legislativa a respeito dos principais regulamentos a respeito dos sigilos fiscal e bancário com o intuito de demonstrar a evolução cronológica destes institutos no ordenamento jurídico.

Primeiramente, cumpre tratar a respeito da lei nº 4.595/64, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Nacional e cria o Conselho Monetário Nacional. Este diploma legal elencou em seu artigo 38 as hipóteses de transferência de informações bancária, consistindo basicamente na atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), ou seja, investigações internas do Poder Legislativo, e por ordem emanada do Poder Judiciário no interesse da Justiça:

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

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

(...)

§5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e

os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente

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

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

Percebe-se, que o artigo 38 da Lei nº 4.595/64 acabou debilitando o sigilo das operações bancárias, inclusive, servindo de base para decisões judiciais que o ratificaram a possibilidade de seu afastamento, porém, a jurisprudência<sup>4</sup> também afirma que só é cabível a quebra em último caso, quando não há mais meios disponíveis para se encontrar bens.

Seguindo a ordem cronológica, posterior à lei supramencionada, temos o início da vigência do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/66, no qual destacamos os artigos 195 e 197. Estes estão relacionados ao sigilo bancário, dispondo respectivamente que qualquer limitação envolvendo limites de investigação para fins fiscais não são aplicados ao Fisco, além do fato de que instituições como bancos, empresas de gerenciamento de bens, corretoras e etc., são obrigadas a prestar informações à autoridade tributária fiscalizadora a respeito das atividades de terceiros investigado, conforme veremos abaixo:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

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

- I – os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;
- II – os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;
- III – as empresas de administração de bens;
- IV – os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

<sup>4</sup> Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Agravo de Instrumento: AG 30994 MG 2002.01.00.030994-8, Desemb. Cândido Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 13/05/2003, Dj 30/05/2003, p. 91



V – os inventariantes;

VI – os síndicos, comissários e liquidatários;

VII – quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu 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 sigilo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Outro dispositivo importante na referida lei é o artigo 198, que será analisado posteriormente em tópico oportuno, este se relaciona com sigilo fiscal, no qual proíbe, por parte da Fazenda Pública, divulgação de qualquer informação econômica e financeira de seus contribuintes, salvo se destinado ao Judiciário ou à Administração Pública.

A redação anterior do artigo 198, alterada posteriormente pela Lei Complementar 104/2011, previa o fornecimento de informações apenas para o Poder Judiciário no interesse da Justiça e para a colaboração entre fazendas, entretanto, a nova redação tornou possível a transferência entre órgãos da administração, logo, mesmo aquelas autoridades que não possuem qualquer tipo de relação com tributos, teria a possibilidade de ter acesso às informações dos contribuintes.

A respeito destes dispositivos, é relevante dizer que ampliaram o alcance de atuação do Fisco no que se refere ao seu poder de investigação em relação ao contribuinte. Assim, as instituições financeiras não só devem fornecer as informações requisitadas como toda e qualquer disposição que limite a atuação da Administração não é aplicada, ou seja, torna a atuação do Fisco ilimitada.

A justificativa para este alcance da atividade fiscal, como veremos futuramente, está no fato de se tratar de transferência de informações e não de divulgação de dados fiscais, logo as autoridades que obtivessem ciência de tais informações, seja em razão de cargo ou em razão de processo regularmente instaurado, estariam sujeitas à observância do artigo 18 da Lei nº 7.492/86:

Art. 18. Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício

Em 1988, com o advento da Constituição Federal, foram recepcionados os sigilos bancário e fiscal como um direito e garantia fundamental do indivíduo, inclusive tendo eficácia

de clausula p etra, nos termos do artigo 60. Ocorre que em 1996 entrou em vigor a Lei n  9.311, instituindo a Contribui o Provisória sobre Movimenta o ou Transmissão de Valores e de Créditos (CPMF), cujo teor do artigo 11,  3 , retomou a questão a respeito da possibilidade de a Administra o ter acesso às informa es bancárias e fiscais dos contribuintes, já que o próprio fato gerador da contribui o evidenciava as movimenta es realizadas pelo sujeito passivo.

Ressalta-se que este último fato gerou uma grande problemática, pois os dados recolhidos em razão da cobrança da CPMF eram utilizados para a cobrança de outros tributos, ocasionando o que Oswaldo Othon de Pontes chama de “*cruzamento de dados da CPMF*”, ressalta-se neste ponto que a possibilidade da retomada da CPMF já em 2016   grande, pois já está em trâmite com a aceita o de grande parte dos congressistas.

Mais recentemente, temos a entrada em vigor da Lei Complementar 105/2011, que revogou o artigo 38 da Lei n  4.595/64 em seu artigo 13, ou seja, aquela passou a regular a matéria relacionada aos sigilos fiscal e bancário, dispondo a respeito das possibilidades de quebra.

Nesse sentido, a referida lei ampliou largamente as hipóteses de flexibiliza o da garantia do sigilo, inclusive, permitindo a quebra de sigilo sem a autoriza o do Poder Judiciário, o que   objeto de grandes discussões e divergências na doutrina e na jurisprudência, inclusive sendo objeto de diversas A es Diretas de Inconstitucionalidades (ADI), de números 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2406, 4.006 e 4.010, todas questionando os dizeres de seus artigos 5  e 6 , porém, ainda pendentes de julgamento pelo STF.

Na mesma data de publica o da LC n 105/2011, foram criados os Decretos n  4.489/2002 e 3.724/2001, com o intuito de regulamentar, respectivamente, os artigos 5  e 6  da lei complementar. Assim, estes diplomas regulamentam a questão referente   requisi o, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), de informa es referentes às atividades das institui es financeiras e das pessoas jurídicas. Entretanto, os referidos decretos têm suas constitucionalidades questionadas, visto que regulamentam os artigos que são objetos de ADI.

N  obstante a legisla o até então mencionada, diversas Instru es Normativas surgiram com o intuito de regulamentar e operacionalizar as minúcias envolvendo a quebra de sigilo e o fornecimento de informa o pelas institui es financeiras ao Fisco, como a Instru o

Normativa nº 165, que aprova o Programa de Atendimento à Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (PA-RMF), a Instrução Normativa, a nº 341, que instituiu a Declaração de Operações de Cartões de Crédito com a finalidade de obrigar as administradoras de cartões de crédito a informar periodicamente suas movimentações.

Além das Instruções Normativas já citadas, temos também a nº 811 e nº 878, que instituíram e operacionalizam a Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira, na qual é obrigatória a prestação para qualquer instituição financeira de qualquer espécie, cooperativas de crédito e associações de empréstimo a respeito de suas atividades.

Em suma, percebe-se que a evolução dos diplomas legais que tratam respeito dos sigilos bancário e fiscal é extensa, entretanto, o que se observa é a ocorrência cada vez maior de um abaulamento desta garantia fundamental do cidadão pela legislação infraconstitucional, ou seja, é como se em nada tivesse alterado a recepção do sigilo pela CF/88 como um direito de personalidade, visto que os decretos, as instruções normativas, e principalmente, as Leis Complementares nº 104/01 105/2011, ampliaram o alcance da fiscalização do Fisco perante o sujeito passivo.

Além do que já houve demonstrado, outro exemplo cristalino acerca da flexibilização dos sigilos bancário e fiscal está no paradoxo entre a LC nº 105/2011 e o artigo 12 da Lei Complementar nº 70/91. Este dispositivo obriga determinadas instituições financeiras como corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas administradoras de cartões de crédito e bolsas de valores, a repassarem para a Receita Federal os dados cadastrais referentes aos seus usuários. É importante ressaltar que tais informações, não apresentam qualquer violação ao sigilo, pois são informações genéricas que não prejudicam a intimidade nem a vida privada:

Art. 12. Sem prejuízo do disposto na legislação em vigor, as instituições financeiras, as sociedades corretoras e distribuidoras de títulos e valores mobiliários, as sociedades de investimento e as de arrendamento mercantil, os agentes do Sistema Financeiro da Habitação, as bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e instituições assemelhadas e seus associados, e as empresas administradoras de cartões de crédito fornecerão à Receita Federal, nos termos estabelecidos pelo Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento, informações cadastrais sobre os usuários dos respectivos serviços, relativas ao nome, à filiação, ao endereço e ao número de inscrição do cliente no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).

Entretanto, a grande questão está no fato de que com a entrada em vigor da Lei Complementar 105/2011, se percebe que dez anos atrás com a LC nº 70/91, não havia este alcance do Fisco em relação a dados sigilosos do contribuinte, ou seja, somente em uma década se foi da possibilidade da prestação de informações a respeito de dados cadastrais para obrigatoriedade de fornecimento de dados bancários e fiscais à Administração, inclusive, sem a necessidade de medida judicial que autorize e legitime tal ato.

## 2 – A Administração Tributária e o Dever de Fiscalizar

O princípio da legalidade é o grande pilar de sustentação de todo complexo de normas que regem o direito Público, assim, nenhum ato jurídico pode ser feito sem a análise cuidadosa da lei ou ao seu *contra sensu*, sob pena de nulidade absoluta. Deste modo a Administração Pública no exercício de suas atividades, só pode fazer aquilo que a lei determina e na forma que esta dispõe, agindo não somente observando própria legalidade, mas também os demais princípios que lhe regem como o devido processo legal, a impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No dizeres de Paulo de Barros Carvalho<sup>5</sup>:

Os atos administrativos exarados pelos agentes públicos mantêm-se dentro dos estritos termos da lei, assim como os de competência vinculada, como os discricionários, em qualquer setor do vasto campo de sua atuação. Em matéria tributária, terreno sobremodo delicado, por tocar direitos fundamentais dos administrados, quais sejam o direito de propriedade e o de liberdade, as normas que disciplinam a atividade administrativa são especialmente rígidas, com seus momentos capitais regulados por expedientes que devem guardar cabal aderência aos mandamentos que o direito positivo institui. Nenhum ato pode ser praticado sem autorização expressa da lei e o funcionário não dispõe de liberdade de ação para inovar o quadro das providências legalmente possíveis.

Tendo em vista que toda e qualquer atividade da Administração deve ser realizada em obediência aos ditames legais, cumpre dizer que a função fiscalizadora do Estado decorre diretamente do texto Constituição Federal de 1988 em seu artigo 174, que dispõe:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado

Em contrapartida da função fiscalizadora do Estado como agente regulador da atividade econômica, está a contraprestação do contribuinte como sujeito passivo da obrigação tributária, não só pagando o tributo referente ao respectivo fato gerador, mas também com dever acessório de prestar as informações necessárias ao exercício da atuação estatal, conforme dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

---

<sup>5</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo, 2003. Saraiva.

§1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Este conjunto de atividades de fiscalização e arrecadação pelo Fisco, através da realização dos atos e procedimento que lhe competem, bem como o papel do contribuinte em praticar a obrigação tributária principal e as acessórias que dela decorrem, chama-se de Administração Tributária.

Os exercícios dos atos pertinentes à Administração Tributária são realizados pelos agentes públicos de acordo com as funções inerentes ao cargo em que ocupam na Administração. Ressalta-se que, além desta limitação funcional, se deve observar o fator territorial da fiscalização, ou seja, cada ente federativo tem sua competência para regulamentar suas atividades fiscalizadoras no âmbito da atuação estatal e municipal. Na esfera federal cabe à Secretaria da Receita Federal, órgão filiado ao Ministério da Fazenda, exercer as atividades relacionadas com a Administração Tributária Federal.

Por mais que prevista constitucionalmente o dever de fiscalizar não é pleno e absoluto, devendo o agente tributário atuar nos limites previstos em lei, especialmente no que se refere às garantias fundamentais. Sobre o tema, nos ensina James Marins<sup>6</sup>:

No corpo da Constituição Federal estão plasmados dispositivos que estabelecem fundamentos da atividade de fiscalização tributária, quais sejam basicamente: o §1º, do art. 145 da CF/1988 e art. 37, *caput*, além é claro, dos dispositivos insertos no artigo 5º da Lei Magna, notadamente os que garantem o exercício de liberdades fundamentais, como em seus incisos II, X, XI, XII, XIII e XV. Em se tratando de fiscalização tributária sobre atividades econômicas, também especial relevância assume o §1º do art. 145 da Constituição, salienta a importância da atividade fiscalizadora no sentido de identificar os sinais presuntivos de renda ou de capital, para usar a expressão de Alfredo Augusto Becker. Nessa tarefa deve a Administração estar adstrita à legalidade, não descurando do respeito aos direitos individuais.

---

<sup>6</sup> MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro - Administrativo e Judicial** - 8ª Ed. 2015.

Deste modo, não há espaço para a discricionariedade do agente tributário no exercício do poder-dever de fiscalização, devendo agir com total respeito às normas tributárias e constitucionais no exercício das atribuições de seu cargo, porém, por mais que previsto no artigo 145 do CTN, conforme veremos abaixo, a observância dos limites de atuação do Fisco devem ser respeitados independentes de previsão legal, uma vez que se trata de direitos fundamentais.

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

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

Outro limite à ação de fiscalização é o que diz respeito ao ingresso no domicílio do contribuinte. Sobre este ponto, a grande discussão diz respeito à possibilidade de o contribuinte negar acesso do agente fiscal ao estabelecimento em que se pretende fiscalizar, ou seja, questiona-se o direito pleno da Administração Fazendária de ter acesso aos livros e documentos do sujeito passivo sem o seu consentimento.

Ocorre que a atividade de fiscalização, conforme já dito anteriormente, é um poder-dever do Estado, não um direito, não cabendo a renúncia deste, assim como, não cabe ao contribuinte, que detém o dever de prestar as informações, impedir que a Administração Tributária exerça seu papel. Nesse sentido, dispõe o artigo 195 do Código Tributário Nacional:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

O dispositivo legal acima assegura o direito pleno do agente do Fisco de vistoriar todo e qualquer documento do contribuinte para que se determine o montante da arrecadação devida, cabendo inclusive, a utilização de força policial caso o administrado cause qualquer tipo de impedimento ao exercício das atividades relativas à fiscalização, conforme dispõe o artigo 200 do CTN:

Art. 200. As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício

de suas funções, ou quando necessário à efetivação dê medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção.

Com a leitura dos artigos supra, percebe-se a consagração do Poder de Polícia da Administração Pública no âmbito da arrecadação dos tributos que lhe competem, porém, gera-se uma grande discussão no que diz respeito aos limites do agente fiscais, pois, de certa forma, entendemos que o Código Tributário Nacional acabou por conferir poderes e prerrogativas exageradas aos agentes fiscais no exercício de suas atividades, dando margem para atitudes arbitrárias daqueles em face dos administrados, conforme nos alerta Hugo de Brito Machado<sup>7</sup>:

No exercício dessa importante atividade, as autoridades da Administração Tributária geralmente tendem a considerar que o objetivo desta é promover a arrecadação dos tributos. E daí resultam cometimentos arbitrários, ilegais, que para alguns se justificam pelo fim a que se destina: aumentar a arrecadação. Ocorre, todavia, que os fins nem sempre justificam os meios, e existem situações nas quais a lei chega a definir como crime a utilização de meio que a lei não autoriza, o que demonstra de forma eloquente que essa utilização de nenhum modo é justificada pelos fins da conduta do agente público.

Neste diapasão, surge a necessidade de equilibrar até que ponto os atos de fiscalização devem interferir na seara particular do contribuinte, para que ao mesmo tempo a Administração Tributária exerça seu papel e o sujeito passivo esteja resguardado de qualquer arbitrariedade dos agentes fiscais, e tenha seu direito de domicílio sob sua autorização. Nesse ponto, Supremo Tribunal Federal se manifestou no julgamento do HC 93050-6/RJ:

A administração tributária, por isso mesmo, embora podendo muito, não pode tudo. É que, ao Estado, é somente lícito atuar, “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei” (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sobretudo, e para esse específico efeito, as limitações jurídicas decorrentes do próprio sistema instituído pela Lei Fundamental, cuja eficácia – que prepondera sobre todos os órgãos e agentes fazendários – restringe-lhes o alcance do poder de que se acham investidos, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República, que são titulares de garantias impregnadas de estatura constitucional e que, por tal razão, não podem ser transgredidas por aqueles que exercem a autoridade em nome do Estado.

Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá,

---

<sup>7</sup> MACHADO Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24ª Edição Revista, atualizada e ampliada Malheiros Editores.



contra a vontade de quem de direito (“invito domini”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público, onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material. Doutrina. Precedentes específicos,

Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. em tema de fiscalização tributária, a propósito de escritórios de contabilidade<sup>8</sup>.

A partir deste posicionamento, abstrai-se o entendimento de que o contribuinte tem a faculdade de não permitir que o agente fiscal ingresse em seu estabelecimento, podendo a autoridade no uso de suas prerrogativas, requisitar força policial para garantir a fiscalização.

Ocorre, que a prova colhida no estabelecimento do contribuinte, sem que este tenha permitido a entrada do agente fiscal é considerada ilícita, pois foi colhida em desrespeito à norma constitucional, qual seja a inviolabilidade do domicílio, prevista no artigo 5º, inciso XI da CF/88, logo, seu uso afetaria o procedimento para a apuração fiscal, contaminando toda e qualquer prova derivada daquela.

Assim, não cabendo aos agentes fiscais, no uso do Poder de Polícia da Administração violar direitos dos contribuintes, em contrapartida estes não podem se valer de suas garantias fundamentais para obstruir a atuação do Fisco. A solução plausível neste conflito de interesses está na especificidade das informações, ou seja, o contribuinte tem o dever de prestar as informações necessárias somente ao objeto específico que o Fisco está investigando, logo, toda e qualquer informação que vá além do objeto investigado deve ser requisitada judicialmente, expondo os motivos necessários para que o Juízo permita ou não o acesso do agente fiscal face à negativa do sujeito passivo.

Cumpridas as diligências e as formalidades da fiscalização, as informações econômicas obtidas pela Administração Tributária estão protegidas pelo manto do sigilo, assim, todo e qualquer desvirtuamento da proteção da informação não só ocasiona o descumprimento de um

---

<sup>8</sup> Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93.050-6/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 10/06/2008, Dj 01/08/2008.

dever ético do servidor conforme o seu respectivo estatuto, mas também consiste e um ato ilícito penal tipificado no artigo 325 do Código Penal como crime de violação do sigilo profissional.

Art. 325 – Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito;

§2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa

Portanto, em todas as oportunidades em que o Fisco, no cumprimento regular de suas competências, identificar, acessar ou obter dados e informações das pessoas físicas ou jurídicas que são passíveis de sigilo, esta tem o dever jurídico de protegê-la, considerando que se trata de elementos que compõe a intimidade a vida privada do contribuinte, logo uma garantia constitucional fundamental.

Ressalta-se que a divulgação abordada, não deve ser levada ao puro sentido do termo, qual seja, a publicidade ampla e disponibilidade geral. A divulgação que deve ser considerada neste ponto seria o fornecimento da informação ou a facilitar a obtenção desta por um terceiro não juridicamente interessado, seja qual for o seu objetivo.

Exemplificando, caberia eventualmente ao licitante ter acesso às informações econômicas dos demais participantes do certame, tendo e vista o seu interesse jurídico e legítimo em provocar a eventual inabilitação de algum concorrente, porém, não caberia ao um terceiro não participante do processo licitatório ter acesso por não haver qualquer interesse legítimo, jurídico ou justificável.

### **2.1 – As hipóteses legais da quebra de sigilo**

O artigo 198 do Código Tributário Nacional veda a divulgação de qualquer tipo de informação econômica ou fiscal dos contribuintes a qualquer terceiro não juridicamente interessado ou legitimado para tal, entretanto, o próprio dispositivo legal dispõe as exceções á esta regra.

As hipóteses de divulgação das informações econômicas por parte dos servidores da administração foram inseridas pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que alterou consideravelmente a redação daquele dispositivo possibilitando a divulgação das informações obtidas pela Administração Tributária à terceiros, o que até então não era possível sem determinação judicial. Assim, dispunha o artigo 198 do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Parágrafo único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.

Com o advento da LC nº 104/2001 o mencionado dispositivo legal passou a ter seguinte redação:

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

§1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória

Muito se discute doutrinariamente a respeito da constitucionalidade das mudanças promovidas pela LC 104/2001, visto que alguns doutrinadores consideram que tais alterações esvaziaram o sigilo fiscal, entretanto, este tema será reservado para o tópico oportuno cabendo neste momento analisar as mudanças trazidas pela Lei Complementar e os efeitos dos dispositivos do artigo 198 do CTN no âmbito prático.

Primeiramente a hipótese é a do parágrafo primeiro, que perpetuou mesmo após as alterações da LC 104/2001, cujo teor possibilita o fornecimento de informações fiscais desde que processo administrativo regularmente instaurado, ou quando se tratar quando se tratar de permutas ou fornecimento de informações entre fazendas, desde que prevista em lei ou em convênio.

A hipótese acima nos remete ao disposto no artigo 199 do CTN, que trata a respeito do fornecimento mútuo de informações entre as Fazendas da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios com o objetivo de propiciar fiscalização dos tributos, ou seja, a Administração Tributária de um ente da federação trocar informações com a de outro, com o escopo de fiscalizar e controlar os créditos tributários.

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. Parágrafo único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

Ocorre que as pessoas jurídicas de direito público interno, como requisito básico para o mútuo fornecimento de dados, precisam ter acordos em forma de convênio celebrados entre si para realizar esta troca de informações. Este deve fazer com que cada fisco que receba a informação tenha ciência do seu caráter confidencial e das consequências pelo uso indevido daquela, tanto na seara administrativa quanto na penal.

O parágrafo segundo trata do procedimento de intercâmbio de informações, dispondo que esta só será fornecida desde haja um processo administrativo regularmente instaurado e entrega pessoal ao requisitante mediante recibo. Entretanto, apesar deste dispositivo indicar a forma na qual o intercâmbio de informações deverá ser realizado, tanto este parágrafo como inciso II do §1º do art. 198 ao mencionar Administração Pública, não delimitaram o alcance do termo, presumindo-se que qualquer órgão pode ter acesso às informações fiscais, bastando para tal existência do procedimento regularmente instaurado, mesmo que não haja interesse legítimo configurado.

Já o parágrafo terceiro, que também foi acrescentado pela LC nº 104/2011, permite o fornecimento de informações fiscais para representações penais, inscrições na dívida ativa e

sobre a concessão de moratória. O inciso I, que corresponde basicamente ao fornecimento de informações para o Ministério Público, será explanado no tópico seguinte deste trabalho.

Sobre a questão referente à Dívida Ativa, prevista no inciso II, cumpre ressaltar a doutrina de Hugo de Brito Machado<sup>9</sup>:

Poder-se-ia também argumentar que é necessária a divulgação das inscrições em Dívida Ativa porque, nos termos o artigo 185 do Código Tributário Nacional, presume-se fraudulenta a alienação ou a oneração de bens ou rendas por sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública inscrito em Dívida Ativa. Assim, é importante que terceiros tomem conhecimento da inscrição para evitarem adquirir bens ou aceita-los em garantia. Nada disto, porém, justifica a divulgação das inscrições.

Assim, por mais que a finalidade da exposição das informações referentes á Dívida Ativa vise evitar a ocorrência de fraudes perante terceiros e resguardar os credores de alienação daqueles que possuem débitos inscritos com a Fazenda Pública, a publicidade das inscrições em relação à dívida ativa não é o único meio de ser obter conhecimento dos débitos tributários daquele contribuinte, visto que o próprio interessado pode buscar uma certidão que aponte existência ou não dívida, ou seja, não fará qualquer diferença a ocorrência do inciso II, a não ser gerar eventual violação do sigilo do contribuinte,

Já em relação ao inciso III, este permite a divulgação das informações fiscais que digam respeito ao parcelamento ou moratória dos contribuintes que fizerem jus a tais institutos. Assim, permite-se a publicidade de qualquer sujeito passivo que tenha o permissivo para o parcelamento de sua dívida tributária ou a concessão de prazo extraordinário para quitá-la, entretanto o mesmo raciocínio mencionado a respeito do inciso III perpetua, uma vez que tais concessões só possuem como interessados o contribuinte e a Administração Tributária de forma que a divulgação acaba sendo novamente desnecessária.

## **2.2 – A atuação do Ministério Público perante o sigilo de dados e a inviolabilidade da vida privada**

O Ministério Público é o órgão responsável pela defesa da ordem jurídica, pela fiscalização do ideal cumprimento das leis de nosso ordenamento jurídico e pela defesa do

---

<sup>9</sup> MACHADO Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24ª Edição Revista, atualizada e ampliada Malheiros Editores.

patrimônio nacional, sendo considerando pela Constituição Federal de 1988, artigos 127, uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em nível infraconstitucional as disposições a respeito da organização, atribuições e as competências do órgão ministerial são elencadas na Lei Complementar nº 75/93, na qual destacamos de maior relevância para o tema analisado neste trabalho, artigo 8º incisos, II IV e parágrafo 2º que dispõe respectivamente:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

[...]

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

[...]

§2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

Além do dispositivo legal acima mencionado, a Lei nº 8.625/93 qual seja a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe em seu artigo 26:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

[...]

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nesse sentido, percebe-se que os dispositivos legais que tratam das funções e atribuições do Ministério Público lhe permitem requisitar as diligências e informações que achar necessárias a fim de instruir suas investigações, porém, o dispositivo não menciona qualquer restrição a esta função.

Além disso, o parágrafo segundo do artigo 8º da LC nº 75/93, veda que qualquer autoridade se negue a prestar informações ao *Parquet*, logo, nota-se que a sua função investigatória e fiscalizadora é ampla e ilimitada, cabendo a este, inclusive, requisitar informações que compreendem o sigilo fiscal e bancário, sem que para isso exista autorização judicial.

Entretanto, embora tal função do *Parquet* á luz dos diplomas legais que regem a sua atuação lhe conferem ampla capacidade investigatória, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não entende desta forma. Vejamos os seguintes julgados:

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.IMPOSSIBILIDADE**

I – A proteção ao sigilo bancário e fiscal não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de interesse público relevante ou de elementos aptos a indicar a possibilidade de prática delituosa  
 II – Entretanto, o Ministério Público não tem legitimidade para proceder a quebra de sigilo bancário e fiscal sem autorização judicial. Recurso desprovido<sup>10</sup>

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EVASÃO DE DIVISAS E SONEGAÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO JUDICIÁRIA PARA COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES OBTIDAS EM OUTROS INQUÉRITOS QUE NÃO SE ESTENDE A FUTURAS QUEBRAS DE SIGILO FISCAL E BANCÁRIO. REQUISIÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. RECURSO PROVIDO.**

1. Os membros do Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não estão autorizados a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais da intimidade de da vida privada dos cidadãos.
2. A despeito de o sigilo das informações fiscais e bancárias não ser absoluto, uma vez que pode ser mitigado quando haja preponderância de interesse público, notadamente da persecução criminal, o próprio texto constitucional (art. 5º, inciso XII) exige a prévia manifestação da autoridade judicial, preservando, assim, a imparcialidade da decisão.
3. A autorização judicial para compartilhamento de dados e documentos obtidos nos autos de inquéritos policiais já instaurados, não valida,

---

<sup>10</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 25375/PA. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 19/02/2008, Dje 07/04/2008.

absolutamente, a futura requisição de dados sigilosos diretamente ao Fisco ou às Instituições Financeiras.

4. Recurso provido para determinar o desentranhamento dos autos das provas colhidas diretamente perante o Fisco sem autorização judicial<sup>11</sup>

Assim, mesmo que a Lei complementar nº 75/93, a Lei nº 8.625/93 permitam, pelo menos em tese, que *Parquet* realize a quebra de sigilo fiscal e bancário sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, instituição que detém a última palavra de interpretação das leis infraconstitucionais, é pela sua impossibilidade.

Entretanto, não se relembrar que existem atribuições funcionais do Ministério Público dispostas no próprio texto da Constituição Federal, fazendo-se pertinente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal por este ser o guardião do texto constitucional. Assim, vejamos o entendimento do STF sobre a matéria:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I – A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II – R.E. não conhecido<sup>12</sup>.

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. MEDIANTE ORDEM JUDICIAL. PRECEDENTES.

[...]

VI – O entendimento desta Suprema Corte consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e razoável suspeita de infração penal. Precedentes<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 26.236/RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, Julgado em 15/12/2009, Dje 01/02/2010.

<sup>12</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 215.301/CE. Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgado em 13/04/1999, Dj 28/05/1999.

<sup>13</sup> Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 541.265/SC. Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgado em 04/10/2005, Dj 04/11/2005.



Além da jurisprudência acima citada, destacamos o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, proferido na oportunidade de julgamento do RE nº 461.366-2 – DF:

[...] a quebra de sigilo fiscal e bancário constitui medida excepcionalíssima, coberta pela reserva da jurisdição, como sempre tem firmado o Supremo Tribunal Federal, inclusive em face do Ministério Público, cujas atribuições cresceram muito, como nós sabemos, com a nova Constituição. Não sem tem admitido a quebra desses sigilos por meio de procedimentos administrativos. Creio que a competência de fiscalizar as entidades financeiras atribuída ao Banco Central, que é amplíssima, não compreende, data vênua, esta possibilidade de ingressar na esfera privada dos dirigentes desta mesma instituição financeira. Acredito que, neste caso, é preciso que isso ocorra dentro de um procedimento formal, de caráter judicial, com autorização das autoridades deste Poder, que é independente, neutro e se coloca acima dos interesses da própria máquina administrativa<sup>14</sup>.

Deste modo, não havendo qualquer ressalva na Constituição Federal á respeito do Ministério Público, além do fato de que a Corte Suprema considera os sigilos bancário e fiscal como direitos desdobrados da garantia da privacidade e da inviolabilidade da comunicação de dados, entende-se que nenhuma lei infraconstitucional, *in casu*, a Lei complementar nº 75/93 e a Lei nº 8.625/93 poderiam restringir ou limitar um direito fundamental garantido na CF/88.

Dessa forma, por mais que Administração Pública não possa opor ao Ministério Público qualquer informação que vise a plena realização de suas funções e atribuições, considerando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no que se refere aos dados acobertadas pelo sigilo fiscal e bancário, deve haver prévia autorização judicial que permita a fornecimento de tais informações ao *Parquet*.

### **2.3 – A ausência de ordem judicial como forma de violação de direitos e garantias fundamentais**

À luz do que foi exposto até então, entende-se o sigilo fiscal e bancário, como direitos dos contribuintes de terem suas informações econômicas e fiscais guardadas no âmbito da administração tributária, com a garantia de resguardo pelo sigilo funcional dos agentes fiscais, bem como em razão das instituições financeiras em manter protegidos dados de seus clientes.

---

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 461.366/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado em 03/08/2007, Dj 05/10/2007.

Tais direitos surgem, conforme já explanado como um desdobramento das garantias fundamentais dispostas no artigo 5º, incisos, X e XII da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, por mais que o sigilo fiscal e bancário sejam constitucionalmente direitos fundamentais, estes não são absolutos, não cabendo a sua utilização como “escudo” de proteção frente aos crimes contra a ordem tributária e o sistema financeiro nacional, como por exemplo, a elisão fiscal, a sonegação de tributos e etc.

Assim, quando configurado a necessidade de se obter informações do sujeito passivo que estão protegidas pelo manto do sigilo, e que são de suma importância para apuração e investigação de ilícitos tributários, faz-se necessário delimitar até que ponto pode o interesse público poderia invadir a seara do particular, assim como, o interesse particular restringir a amplitude do interesse público.

Nos dizeres da doutrina de Kiyoshi Harada<sup>15</sup>:

De fato, a garantia discricionária, traduzida pela obrigação do banqueiro de guardar segredo sobre operações financeiras de seu cliente, ao mesmo tempo em que protege o interesse individual, em geral consulta o interesse da coletividade e, às vezes, o interesse do próprio Estado, como é o caso da Suíça. Outras vezes, porém, surgem interesses conflitantes quando, então, impõe-se a prevalência do interesse público. Daí a flexibilização do sigilo bancário por meio de legislação infraconstitucional.

Entretanto, há quem entenda que no que se refere ao tema de tributação, não há o que se falar em interesse público por parte do Estado, mas sim de interesse particular arrecadatório da Administração, conforme nos diz Roque Antônio Carrazza<sup>16</sup>:

Em boa verdade científica, o interesse fazendário não se confunde nem muito menos sobrepõe o interesse público. Antes, subordina-se ao interesse público e, por isso, só poderá prevalecer quando em perfeita sintonia com ele. O mero interesse arrecadatório não pode fazer tábua rasa da igualdade, da legalidade, da anterioridade, enfim, dos direitos constitucionais dos contribuintes. Nem mesmo o objetivo, em tese louvável, de solucionar “problemas de caixa” das pessoas políticas tem força bastante para subverter os princípios fundamentais do sistema constitucional tributário brasileiro, que deitam raízes, em última análise, no próprio princípio da segurança jurídica.

---

<sup>15</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>16</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 282

Em suma, se deve frisar que o Estado como ente jurídico de direito público tem suas próprias obrigações assumidas perante outras pessoas jurídicas, de modo que por mais que a arrecadação tenha o viés de atender o interesse da população, não se pode deixar de considerar os direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

Neste diapasão, surge uma problemática entre o resguardo da informação sigilosa e o estrito cumprimento do dever legal consolidado na supremacia do interesse público, ou seja, há um aparente conflito de interesses, uma lide instaurada entre aquele interessado em obter a informação e aquele que pretende garantir seu direito constitucional ao sigilo, devendo ser solucionado através do devido processo legal.

No âmbito do processo administrativo, Administração é o julgador e o interessado, logo não há como certificar uma decisão pura e livre de influências, pois o Fisco tem seus próprios interesses como pessoa jurídica de Direito Público, além do fato, de que na esfera administrativa, não há a obrigatoriedade da imparcialidade do julgador como garantia fundamental ao procedimento.

Logo, há de se questionar se uma decisão administrativa que decide pela quebra de sigilo que recaia sobre determinado sujeito passivo estaria livre de interesses particulares do Fisco, surgindo a necessidade de que o conflito de interesses seja dirimido por um órgão que possua o dever de isonomia e da imparcialidade para garantir a segurança jurídica, eis que surge a necessidade de apreciação Poder Judiciário.

Nesse sentido, dispõe a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover<sup>17</sup>:

O caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser *subjetivamente capaz*. A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as Constituições lhe estipulam garantias (Const., art.95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, par. ún) e proíbem juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).

---

<sup>17</sup> Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; e Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 53.

Deste modo, percebe-se que o princípio imparcialidade está crivado nas raízes da jurisdição, sendo considerado como uma condição de existência da relação jurídica processual, logo, o juiz deve ser imparcial como condição corolária de sua função, visando assegurar que suas decisões estejam livres de qualquer tipo de influência e induzimento pelas partes ou interesses externos, presumindo-se pura e imparcial.

Ressalta-se, que além do princípio da imparcialidade, entendendo ser possível a requisição de informações fiscais sem autorização judicial pelo Ministério Público, questiona-se a possibilidade de aplicar o princípio da isonomia de forma plena, ou seja, o tratamento igualitário das partes nos limites de suas desigualdades, considerando que aquele que acusa teria acesso á informações sigilosas do sujeito passivo como documento probatório, sem que o jurisdicionado os autorize, e sem que este possa se defender de uma possível arbitrariedade.

Dito isso, fica clara a necessidade de se “dosar” os limites dos direitos e garantias fundamentais no caso concreto, considerando todos os elementos que justificam esta flexibilização do sigilo, devendo esta análise ser feita por quem tenha o dever de imparcialidade para que não haja margem para se falar na sobreposição de interesses de um sobre o outro.

Sendo assim, a regra é pela privacidade, pela preservação da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados, entretanto, analisadas as circunstâncias e levadas ao conhecimento do Poder Judiciário, este decidirá de forma motivada, imparcial e se utilizando do juízo da proporcionalidade e razoabilidade para determinar o grau de preponderância de um princípio em relação ao outro sob o risco de violar direito e garantias fundamentais.

### **3 – A Possibilidade da Quebra de Sigilo Fiscal e Bancário sem ordem judicial - Divergências jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal**

Analizadas as perspectivas doutrinárias e legislativas que circundam a temática da quebra de sigilo fiscal e bancário, serão abordadas neste tópico as principais divergências jurisprudenciais no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Na esfera do STF, o principal caso ocorreu quando a empresa GVA Indústria e Comércio S/A impetrou mandado de segurança com o intuito de afastar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 e do Decreto 3.724/2001 ao processo administrativo fiscal instaurado pela Delegacia da Receita Federal, porém, a segurança foi denegada pela 1ª Vara Federal de Ponto Grossa.

A empresa recorreu perante a Segunda Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, que ratificou a sentença atacada, permitindo o uso de informações pela Receita. Desta forma, empresa apresentou Recurso Extraordinário perante o STF, entretanto, ajuizou anteriormente a Ação Cautelar nº 33 visando atribuição de efeito suspensivo para impedir o acesso aos dados sigilosos até o julgamento do mérito.

O relator do caso foi o Ministro Marco Aurélio que deferiu a medida cautelar, considerando que em semelhante caso envolvendo o Ministério Público foi obstado o acesso á informações à administração pelo fato deste só ser possível quando houver apreciação do órgão jurisdicionado. Levado ao Plenário para julgamento, cada membro da corte pode realizar e se posicionar perante o caso.

O ministro Cezar Peluso que acompanhou o relator, assim como o ministro Ricardo Lewandowski, considerou em seu voto que a Constituição Federal garante o direito à intimidade e ao sigilo de dados aos cidadãos, sendo estes excepcionados somente quando em concorrência com demais garantias fundamentais, cabendo ao juízo realizar esta ponderação. Além disso, aduz que o ajuizamento da ação cautelar não impede que o lançamento tributário seja realizado, mas apenas restringe que este seja feito tendo como base dados bancários obtidos de ofício pela autoridade fazendária.

O ministro Celso de Mello corroborou este entendimento, afirmando que o objetivo das normas constitucionais é o de proteger o contribuinte de abusos cometidos pela autoridade fazendária no desempenho de suas funções. Aduz também que tais garantias constitucionais

não são absolutas, devendo ser afastadas quando os motivos assim justificarem a medida, porém, cabe ao Poder Judiciário estabelecer esses limites e julgar tal necessidade, uma vez que a quebra de sigilo é uma medida excepcional, sendo cabível somente quando não houver outro meio menos gravoso de atingir os objetivos da fiscalização.

O primeiro a divergir do voto do relator foi o Ministro Joaquim Barbosa. Este motivou seu voto alegando que o fato de haver ações diretas de inconstitucionalidade em face dos dispositivos que empresa pretendia afastar a aplicação, não configurava verossimilhança da alegação para a concessão de medida cautelar. Além disso, aduziu que há no caso um perigo de demora inverso, pelo fato de atrasar a constituição do crédito tributário e propiciando uma eventual decadência do lançamento. Seu posicionamento foi seguido pelo Ministro Ayres de Britto e pela Ministra Carmem Lúcia.

O ministro Gilmar Mendes defendeu que o sigilo de dados não pode ser entendido como absoluto, uma vez que havendo conflito entre o interesse individual e o da coletividade, aquele deve ceder pelo fato de que informações relevantes a um determinado contexto social não podem ficar restringidas individualmente. No mais, aduz o ministro que não há qualquer tipo de proibição que impeça que a administração tributária tenha acesso às informações do contribuinte com a finalidade de lançamento.

Já o ministro Dias Toffoli entendeu que a Lei Complementar nº 105/2001 ao permitir o acesso da administração tributária aos dados dos contribuintes, o faz de modo a resguardar o sigilo, pois o próprio diploma prevê a sua conservação. No mais, alega que não se trata de uma quebra de sigilo, mas sim de uma transferência de dados sigilosos de uma determinada instituição quem possui o dever de sigilo para outra que também o possui.

A ideia de transferência de informações e não de quebra de sigilo é compartilhada pela Ministra Ellen Gracie, acrescentando que apesar de previstas constitucionalmente as garantias fundamentais não podem servir como barreira para o descumprimento, ao também dever fundamental de pagar tributos. No mais, aduz que colaborar com a Administração Tributária também é dever constitucional do contribuinte, pois consistem em obrigações tributárias acessórias, tão importantes quanto a principal.

Sendo assim, a votação da Ação Cautelar nº 33 fora julgada em 24 de novembro de 2010, deliberando por decisão majoritária de seis votos a quatro, negar referendo á medida

cautelar, permitindo que o fisco continuasse tendo acesso aos dados financeiros da empresa cautelante, cujo acórdão fora redigido da seguinte forma:

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

A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos.

Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema é insuficiente para justificar a concessão de tutela de urgência a todo e qualquer caso. Ausência do risco da demora, devido ao considerável prazo transcorrido entre a sentença que denegou a ordem e o ajuizamento da ação cautelar, sem a indicação da existência de qualquer efeito lesivo concreto decorrente do ato tido por coator (21.09.2001 – 30.06.2003). Medida liminar não referendada. Decisão por maioria<sup>18</sup>.

Outro caso que ensejou grandes discussões no âmbito do STF foi o julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, que corresponde às questões de mérito dos fatos que envolveram a empresa GVA Indústria e Comercio S/A e a União por meio da Receita Federal.

O relator do caso, o ministro Marco Aurélio Mello, que fora acompanhando por Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, manifestou-se pela concessão da segurança para determinar a impossibilidade da Receita Federal ter acesso aos dados bancários da empresa autora. Aduz o ministro que possibilitar que Administração tenha acesso aos dados bancários dos cidadãos serio o mesmo que permitir que esta fizesse às vezes do Judiciário, banalizando o princípio da reserva da jurisdição bem como os direitos dos contribuintes.

Já ministro Celso de Mello que também se manifestou pela concessão da segurança, aduziu que o Estado, no exercício de suas competências para tributação, deve respeitar os direitos e garantias fundamentais que cercam o contribuinte, sob pena de cometer ilícitos. Sendo

---

<sup>18</sup> Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 33/PR. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 24/11/2010. Dje 09/02/2011.

assim, cabe ao Poder Judiciário neutralizar as eventuais arbitrariedades cometidas pela autoridade fazendária, pois apesar desta deter plena competência fiscalizadora, só será lícito exercê-la com a observância aos limites impostos pela constituição.

O ministro Gilmar Mendes, que no julgamento da Ação Cautelar nº 33 se manifestou contrário à concessão da ordem, neste votou pelo provimento do Recurso Extraordinário, argumentando que em uma matéria tão suscetível á abusos, a reserva legal se mostra plenamente cabível. Além disso, expôs que não se trata de negar o acesso a tais informações por parte da autoridade fazendária, mas apenas exigir consentimento do jurisdicionado por se tratar de direitos e garantias fundamentais.

Além disso, aduz o ministro que a Receita Federal já detém anualmente as informações referentes ao total dos bens dos cidadãos através da Declaração Anual do Imposto de Renda, logo, não há razões para impedir que o órgão tributário fiscalizador tenha acesso aos dados bancários do sujeito passivo, pois estes seriam apenas um conjunto menor dos bens do contribuinte.

Outro que se manifestou pelo improvimento do Recurso Extraordinário foi o ministro Ayres de Britto. Este aludiu que o objetivo da Constituição Federal ao proteger as comunicações de dados é o de resguardar uma eventual interlocução intersubjetiva, ou seja, que terceiros tenham acesso indevido á tais informações. Sendo assim, o que se pretende evitar não é o acesso legítimo por parte de um órgão que detém o dever de confidencialidade, mas sim a divulgação desordenada para quem não teria interesse em tais dados.

Desta forma, o Recurso Extraordinário nº 389.808, fora julgado 15 de dezembro de 2010, resolvendo o Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária de cinco votos a quatro, em dar provimento do recurso, entendendo que por mais que a Administração Tributária tenha amplos poderes de investigação, não cabe a esta realizar a quebra de sigilo do contribuinte sem ordem judicial, por se tratar de medida excepcional que atinge os direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

Assim, restou elaborado o Acórdão do Rext nº 389.808:

**EMENTA: SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO:** Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto a correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e as comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo –



submetida ao crivo do órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal.

**SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL.** Conflita com a Carta da República norma legal arbitrando à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.<sup>19</sup>

Entendemos que o Supremo Tribunal Federal agiu com a devida justiça ao coibir que a Receita Federal tenha acesso aos dados do contribuinte sem a devida ordem judicial, pelo simples fato de que a apreciação do Poder Judiciário exclui a possibilidade de se dizer que houve qualquer tipo de influência na obtenção de informações em razão de seu dever de imparcialidade.

Se deve lembrar que a regra é pela privacidade, pela preservação da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados, logo, o afastamento destas garantias é medida excepcional, devendo ser analisadas todas as razões que a justificam, cabendo ao órgão jurisdicionado se utilizando dos princípios que regem a sua atuação determinar a necessidade da medida.

### **3.1 – A plena vigência da Lei Complementar nº 105/2001 e as Ações Diretas de Constitucionalidade Interpostas**

Conforme o que já foi abordado até então, a Lei Complementar nº 105/2001 gerou mudanças significativas no que se refere à temática do sigilo bancário e fiscal ao permitir que a autoridade fazendária, de ofício, no uso de suas atribuições, tenha acesso às informações financeiras dos contribuintes, ou seja, sem autorização judicial que a legitime.

Tal fato gera não somente grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, como já foram demonstradas, mas também ensejou o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.386, 2.389, 2.390, 2.397, 2406, 4.006 e 4.010, em face dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, que dispõe:

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

§1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo:  
I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

---

<sup>19</sup> Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 389.808/PR. Rel. Min Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 15/12/2010, Dj 09/05/2011.

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

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

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

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

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

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

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

A Ação Direta de Constitucionalidade consiste basicamente em um instrumento de controle concentrado que visa verificar a compatibilidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição. Uma vez ajuizada por seus legitimados, dispostos nos artigos

103 da CF, cabe ao Plenário do Supremo Tribunal Federal o julgamento do mérito da ação cujos feitos estão dispostos no artigo 102 também da Constituição Federal:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

§2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Com base nesse dispositivo, tem-se que a decisão prolatada pelo STF acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade do diploma legal atacado pela ADI, tem eficácia *erga omnes* e vinculante para todos os órgãos da Administração e para o Poder Judiciário. Entretanto, não se pode olvidar que a decisão que constata a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo resulta em sua nulidade total, ou seja, o ato é nulo de pleno direito implicando em sua nulidade desde a sua origem resultando no chamado efeito *ex-tunc*.

Assim, a decisão que anula o ato objeto do controle de constitucionalidade, implica também na nulidade de todos os seus derivados, inclusive, decisões judiciais transitadas em julgado, fato resultante do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Contudo este preceito é de difícil aplicação no ordenamento jurídico pátrio, pois entra em conflito não somente com os aspectos sociais que daquele ato resultaram, mas também com o princípio da segurança jurídica, corolário de nosso ordenamento.

Nesse sentido, o artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 que trata especificadamente do procedimento e do julgamento da ADI, trouxe uma inovação ao permitir que o STF, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, delimite o alcance dos efeitos da decisão em sede de controle de constitucionalidade, ao dispor:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Assim, com a previsão de modulação dos efeitos da nulidade cria-se a possibilidade do STF, desde que por votação da maioria absoluta de dois terços de seus ministros, excepcione o efeito da decisão que declare a inconstitucionalidade, cabendo a atribuir-lhe efeitos *ex nunc* e *pro futuro* de acordo com o caso concreto. Esta excepcionalidade surge para evitar que a retroatividade da norma inconstitucional desde o seu surgimento gere um prejuízo ainda maior do que a manutenção da sua vigência, afetando a confiança do cidadão no próprio ordenamento, gerando insegurança jurídica em razão da instabilidade que recai sobre seus direitos.

É esse o sentido da doutrina dos doutrinadores Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes<sup>20</sup>:

Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão de maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.

Destarte, conclui-se com base no que foi exposto até aqui que o Supremo Tribunal Federal, a respeito do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas em face da Lei Complementar 105/2001, poderia deliberar essencialmente de três formas.

A primeira delas seria pela improcedência das ações ajuizadas, resultando na manutenção total dos efeitos da LC 105/2001 e na legalidade dos atos realizados com base neste diploma, ou seja, seria considerado legítimo o acesso aos dados fiscais e bancários dos contribuintes de ofício pela administração tributária e sem autorização da justiça, afrontando direitos e garantias fundamentais como a inviolabilidade da vida privada e o sigilo de dados.

A segunda possibilidade seria pela procedência das ADIs sem que o STF entenda necessária a modulação de seus efeitos. Nesta hipótese a eficácia da decisão seguiria a regra do efeito *ex tunc*, promovendo a anulação da lei desde o seu surgimento e a nulidade de todos os

---

<sup>20</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.99.**

atos praticados durante a sua vigência, alcançando atos normativos e decisões judiciais transitadas em julgado.

Entretanto, por mais que a hipótese acima mencionada seja louvável por declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos atacados, deve se levar em consideração que a LC 105/2001 está vigente desde 10 de janeiro de 2001, ou seja, há mais quatorze anos, tempo suficiente para consubstanciar situações jurídicas irreversíveis baseadas na lei atacada, como a realização de lançamentos tributários e a conseguinte incorporação dos valores obtidos ao patrimônio do Estado, assim como situações sociais não suscetíveis de retrocessão.

Assim, caso a inconstitucionalidade fosse decretada sem a modulação de seus efeitos, entendemos que a reação em cadeia promovida pelo efeito *ex tunc* resultaria em um prejuízo ainda maior para a ordem jurídica do que a continuidade da vigência da lei, não somente em relação aos motivos que foram mencionados no parágrafo anterior, mas também em razão da ocorrência de conflitos entre outros valores tutelados constitucionalmente como o direito adquirido e a coisa julgada material, ambos dispostos no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição:

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

[...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Outra de possibilidade de julgamento é pela a procedência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade com efeitos modulatórios. Nesta hipótese, o STF, desde que presentes maioria absoluta de seus membros e a comprovação de excepcional interesse social e dano à segurança jurídica, poderá determinar o lapso temporal em que terá início os efeitos da nulidade da norma atacada, atribuindo eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*.

*In casu*, entendemos não ser cabível a atribuição de efeitos *pro futuro*, considerando que durante o período de tempo compreendido entre o trânsito em julgado da decisão que decreta a inconstitucionalidade e o início da incidência de seus efeitos, seria como se a Constituição Federal não tivesse validade alguma, pois uma lei inconstitucional ainda estaria dissipando seus efeitos, ferindo o ideal corolário do Estado Democrático de direito, a supremacia da Constituição.

Sendo assim, entendemos que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas em face dos artigos 5<sup>a</sup> e 6<sup>o</sup> da Lei Complementar nº105/2001 foram corretamente julgadas procedentes, entretanto, com efeitos modulatórios a partir do trânsito em julgado da decisão (*ex nunc*), garantindo a segurança jurídica das relações estabelecidas até então, proclamando um novo começo para um direito fundamental já tão deteriorado pela legislação infraconstitucional.

Ressalta-se, que por mais que a decisão tenha efeito *erga omnes* e vinculante para todos os órgãos da Administração Pública e para todas as esferas do Poder Judiciário, já decidiu o STF que nada impede que o órgão legislativo edite diploma de mesmo conteúdo daquele que fora anulado<sup>21</sup>, porém, entendemos que um ato de tal natureza poderia ser considerado censurável e antijurídico, atendendo e desprestigiando a ordem jurídica.

### **3.2 – Estimativas em torno do julgamento da ADIs**

Pela oportunidade do julgamento do Recurso Extraordinário nº 389.808, no qual, em decisão plenária proferida pelo STF fora afastada a aplicação da LC 105/2001 e do Decreto nº 3.724/01 ao caso então analisado, nos parece que o posicionamento da Corte perante as ADIs seria pela procedência e a conseguinte inconstitucionalidade dos dispositivos atacados.

Entretanto, se deve considerar que da ocasião do julgamento até os dias que antecederam o julgamento das ADIs, ocorreram alterações na composição da Corte, que poderiam ocasionar mudanças significativas de posicionamento em relação à necessidade de medida judicial autorizadora para que a Administração Tributária tenha acesso às informações econômicas dos contribuintes.

A primeira destas alterações ocorreu pouco depois do julgamento do Rext nº 389.808, com nomeação do Ministro Luiz Fux em 03 de março de 2011 advindo do Superior Tribunal de Justiça para ocupar a vaga deixada após a aposentadoria de Eros Grau. O novo ministro enfrentou a questão da possibilidade da quebra sigilo bancário sem autorização judicial no âmbito do STJ ao julgar o AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.329.960, cujo voto destacamos o seguinte trecho:

Deveras, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o

---

<sup>21</sup> Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação Constitucional nº 5.442/PE. Rel. Min. Celso de Mello, Julgada em 31/08/2007, Dj 06/09/2007.

patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).

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

Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto”.

Assim, nota-se que o entendimento do Ministro Luiz Fux é no sentido de que não há impedimento no fato da Administração Tributária obter as informações bancárias do contribuinte diretamente das instituições financeiras, pois apesar do sigilo de dados e a inviolabilidade da vida privada serem valores protegidos constitucionalmente não podem servir de refúgio para encobrir eventuais ilícitos tributários cometidos em desfavor do Fisco.

Destarte, restou de redigido o acórdão de relatoria do próprio Ministro, cujo teor destacam-se os seguintes trechos:

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN.
2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados.  
[...}
5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002).

[...}

10. A ofensa a princípios e preceitos constitucionais não é passível de apreciação em sede de recurso especial.

11. Agravo regimental desprovido<sup>22</sup>.

Outra alteração na composição da Corte ocorreu com a nomeação do Ministro Teori Albino Zavascki, também advindo do Superior tribunal de Justiça, para ocupar a vaga deixada pela aposentadoria de Cesar Peluzo. Assim como Luiz Fux, o ministro também enfrentou a problemática do sigilo no âmbito do STJ ao julgar os Embargos de Divergência em Recurso especial nº 608.053/PR, cujo teor de seu voto destacamos:

Como se lê, a Lei Complementar previu, em seu art. 5º, que as informações gerais sobre movimentações financeiras (assim entendidas como as relativas à identificação dos titulares das operações e aos montantes globais mensalmente movimentados) serão, na forma regulamentar, periodicamente informadas pelas instituições financeiras ao Fisco. A partir de tais dados, se forem constatados indícios de irregularidades, a autoridade fiscal estará autorizada a requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar a fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos. Nessa seara, o art. 6º conferiu autorização ao Fisco para que, diante de processo administrativo ou procedimento fiscal instaurados, e se considerada a indispensabilidade do procedimento, proceda a exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras.

(...)

Conclui-se, dessa forma que, no plano infraconstitucional, há autorização legal para que o Fisco, sob certas condições, tenha acesso a informações relativas a operações financeiras dos contribuintes, podendo utilizá-las, no âmbito de procedimento administrativo, para fins de constituição do crédito tributário.

Assim, o ministro se manifesta pela aplicabilidade da LC 105/2001 às situações que exigem a obtenção das informações sigilosas, ou seja, em seu entendimento é lícito ao Fisco com base neste diploma analisar não somente os documentos e os livros, mas também ter acesso às informações dos contribuintes constantes no banco de dados das instituições financeiras.

Mais recentemente, com a aposentadoria do Ministro Carlos Ayres de Britto, houve a indicação de Luís Roberto Barroso para ocupar a vaga. O ministro recém-indicado, advindo da carreira advogado, jamais enfrentou a temática no exercício de suas funções, porém,

---

<sup>22</sup> Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 132.996.0/SP. Rel. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 03/02/2011, Dje 22/02/2011.



manifestou-se a respeito do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 398.808 ao elucidar:

No julgamento definitivo da questão, em 15 de dezembro de 2010, o ministro Gilmar Mendes manifestou sua mudança de entendimento, alinhando-se à posição defendida pelos ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski. Inverteu-se, assim, a maioria verificada no julgamento anterior. Com o respeito devido e merecido aos ministros que sustentaram a posição minoritária, a decisão final adotou a leitura adequada do instituto do sigilo de dados, que se insere no rol de garantias constitucionais à privacidade. Com efeito, não parece razoável a premissa de que não há direito a sigilo em face do próprio Estado, como se este tivesse a prerrogativa de exercer uma supervisão constante da vida privada<sup>23</sup>.

Assim, apesar do Ministro não ter se posicionado claramente perante da aplicabilidade da LC 105/2011 ou a respeito da necessidade de autorização judicial para que a autoridade fazendária tenha acesso aos dados sigilosos, este corroborou o entendimento majoritário adotado pela Corte Suprema, de modo a ser contrário ao fato de a Administração Tributária ter a possibilidade de supervisionar a vida privada do contribuinte conforme seus próprios interesses.

Ressalta-se que no período de tempo compreendido entre a nomeação do Ministro Luiz Fux e Teori Zavascki, ocorreu a aposentadoria da Ministra Ellen Gracie com a conseguinte ocupação de sua vaga por Rosa Weber. Ocorre, que a ministra, advinda do Tribunal Superior do Trabalho, jamais enfrentou a questão da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados em sede constitucional, tornando seu eventual posicionamento uma incógnita na oportunidade de julgamento da constitucionalidade da LC 105/2001.

Concluimos assim, que o posicionamento adotado pelo STF quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade estaria longe da unanimidade, como realmente foi, não somente em razão das divergências que já existiam na Corte, mas também pelas mudanças institucionais que nela ocorreram, entretanto, o que sabemos é que o resultado desse julgamento ocasionaria mudanças significativas em nossa sociedade, pois poderia fortalecer os institutos do sigilo fiscal e bancário ou dizimá-lo definitivamente, permitindo que a Administração

---

<sup>23</sup> Quebra de sigilo bancário por requisição direta da Receita Federal (AC 33/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 2 dez. 2010)

Tributária tenha acesso às informações sigilosas dos contribuintes sem necessidade de ordem judicial autorizadora da medida.

### **3.3 – Da recente mudança de entendimento jurisprudencial**

No último dia 24/02/2016, o STF concluiu esse importantíssimo julgado no qual se discutia a possibilidade de a Administração Tributária ter acesso aos dados bancários dos contribuintes mesmo sem autorização judicial. Na oportunidade do julgamento o STF decidiu que o art. 6º da LC 105/2001 é constitucional, entendendo que esse repasse das informações dos bancos para o Fisco não pode ser chamado de “quebra de sigilo bancário”. Isso porque as informações são passadas para o Fisco (ex: Receita Federal) em caráter sigiloso e permanecem de forma sigilosa na Administração Tributária. Logo, é uma tramitação sigilosa entre os bancos e o Fisco e, por não ser acessível a terceiros, não pode ser considerado violação (quebra) do sigilo.

Assim, na visão do STF, o que o art. 6º da LC 105/2001 faz não é quebra de sigilo bancário, mas somente a “transferência de sigilo” dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal.

Para o STF, o simples fato de o Fisco ter acesso aos dados bancários do contribuinte não viola a garantia do sigilo bancário. Só haverá violação se esses dados “vazarem” para pessoas estranhas ao órgão fazendário. Aí sim haveria quebra do sigilo bancário por ter sido exposta a intimidade do contribuinte para terceiros. Em casos de vazamento, a LC 105/2001 prevê punições ao responsável, que estará sujeito à pena de reclusão, de 1 a 4 anos, mais multa, além de responsabilização civil, culminando com a perda do cargo (art. 10).

A decisão acima do STF foi proferida no julgamento das ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859 e do RE 601.314 (repercussão geral).

Vale ressaltar que o julgado acima representa mudança de entendimento do STF. Isso porque no RE 389808, a Corte Suprema havia decidido que seria necessária prévia autorização judicial, de sorte que o art. 6º da LC 105/2001 seria inconstitucional. A diferença, no entanto, é que, de lá para cá, houve uma substancial mudança na composição dos Ministros. Saíram muitos dos que votaram pela inconstitucionalidade e entraram outros com posição diferente. Além disso, o Min. Ricardo Lewandowski alterou seu entendimento sobre a matéria.

## CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho era realizar um estudo acerca dos direitos e garantias fundamentais da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados previstos na Constituição Federal, de forma a considerar seus aspectos relevantes doutrinários, jurisprudenciais e legislativos, destacando os conflitos que surgem entre estas garantias do contribuinte e os poderes de investigação da Administração Tributária.

Conforme demonstrado, institutos do sigilo fiscal e bancário, apesar de estarem expressos de forma clara no texto constitucional emergem como um desdobramento do direito ao sigilo de dados e da intimidade da pessoa física ou jurídica, bem como apresenta grande importância na proteção da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que desde a implantação do Sistema Financeiro Nacional, se observa uma tendência do legislador pátrio a sensibilizar estes direitos e garantias através da legislação infraconstitucional, de modo que acabam por esvaziar valores essenciais ao ser humano, conforme restou analisado no último tópico do primeiro capítulo deste trabalho.

Destarte, a Administração Tributária, função essencial de nosso Estado, deve sempre atuar em observância aos direitos dos contribuintes sob o risco de cometer ilegalidade e a conseguinte nulidade de seus atos praticados com inobservância daqueles direitos, em contrapartida, não cabe ao sujeito passivo se valer de suas garantias enquanto contribuinte como forma de elidir a atuação do Fisco e ocultar crimes contra a ordem tributária como a elisão e a sonegação.

Nesse sentido, considerando o conflito gerado entre a função fiscalizadora da Administração e as prerrogativas dos contribuintes, surge a necessidade de se “dosar” no caso concreto até que ponto os direitos individuais podem impedir a atuação em prol da arrecadação de tributos, devendo esta ponderação ser realizada por uma terceira força que esteja acima de ambas as partes, o Poder Judiciário, que decidirá de forma justa e imparcial este choque de interesses.

Entretanto, a Lei Complementar nº 104/2001, que aumentou as hipóteses de fornecimento de informações fiscais ao alterar consideravelmente o artigo 198 do Código Tributário Nacional, principalmente, a Lei Complementar nº 105/2001 que obriga as instituições financeiras a fornecer dados bancários à autoridade fazendária, têm dizimado os

direitos fundamentais dos contribuintes passando a permitir que a Administração Tributária acesse os dados sigilosos de maneira *ex officio*.

Diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram ajuizadas com o intuito de afastar os efeitos da LC 105/2001, especialmente de seus artigos 5º e 6º, pois o primeiro dispositivo prevê que o acesso às informações bancárias dos contribuintes ocorrerá de forma contínua pela Administração, sem que este possa se utilizar de meios de defesa para evitar o acesso, ferindo não somente seu direito à intimidade e ao sigilo de dados, mas também o devido processo legal, corolário de nosso ordenamento jurídico.

Já o artigo 6º da Lei, prevê que os agentes tributários poderão se utilizar de documentos, livros, registros, depósitos bancários e aplicações financeiras do contribuinte para atender seu interesse arrecadatório, bastando que para isso haja procedimento administrativo devidamente instaurado. Entretanto, ressaltamos que na esfera administrativa, o julgador é o próprio interessado na matéria tributável, logo, não há como garantir a total imparcialidade da decisão tomada por aquela autoridade.

Dessa forma, observamos que os referidos artigos acabaram por conferir ao Fisco poderes exagerados no que se refere aos atos de fiscalização, razão pela qual concluímos pela ilegalidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/2001, bem como de suas normas regulamentadoras, respectivamente os Decretos 4.489/2002 e 3.724/01, pois afastaram da apreciação do Judiciário poder e a competência para decidir acerca da excepcionalidade da quebra do sigilo por parte do Fisco, relativizando as garantias constitucionais do contribuinte.

Ressalta-se que contrário ao nosso entendimento, o STF concluiu esse importantíssimo julgado no qual se discutia a possibilidade de a Administração Tributária ter acesso aos dados bancários dos contribuintes mesmo sem autorização judicial. Na oportunidade do julgamento o STF decidiu que o art. 6º da LC 105/2001 é constitucional, entendendo que esse repasse das informações dos bancos para o Fisco não pode ser chamado de “quebra de sigilo bancário”. Isso porque as informações são passadas para o Fisco (ex: Receita Federal) em caráter sigiloso e permanecem de forma sigilosa na Administração Tributária. Logo, é uma tramitação sigilosa entre os bancos e o Fisco e, por não ser acessível a terceiros, não pode ser considerado violação (quebra) do sigilo.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Amplamente revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Prudências, ousadias e mudanças necessárias no STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em 16 out. 2015

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2003

CARRAZZA, Roque de Barros. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

DE MELO, José Eduardo Soares. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Sigilo Bancário. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/98>>. Acesso em: 16 out. 2015.

HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Volume III. São Paulo: Atlas, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Volume II. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito Tributário e Reforma do Sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade – comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. São Paulo: Saraiva 2011.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Agravo de Instrumento: AG 30994 MG 2002.01.00.030994-8, Desemb. Cândido Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 13/05/2003, Dj 30/05/2003, p. 91.

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 93.050-6/RJ. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 10/06/2008, Dj 01/08/2008.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 25375/PA. Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 19/02/2008, Dje 07/04/2008.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 26.236/RJ. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, Julgado em 15/12/2009, Dje 01/02/2010.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 215.301/CE. Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgado em 13/04/1999, Dj 28/05/1999.

Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 541.265/SC. Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, Julgado em 04/10/2005, Dj 04/11/2005.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 461.366/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Julgado em 03/08/2007, Dj 05/10/2007.

Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 33/PR. Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 24/11/2010. Dje 09/02/2011.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 389.808/PR. Rel. Min Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado em 15/12/2010, Dj 09/05/2011.

Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Reclamação Constitucional nº 5.442/PE. Rel. Min. Celso de Mello, Julgada em 31/08/2007, Dj 06/09/2007.

Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 132.996.0/SP. Rel. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 03/02/2011, Dje 22/02/2011.