

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S)	: MARCIO HOLCMAN
ADV.(A/S)	: LUÍS EDUARDO SCHOUERI E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: UNIÃO
ADV.(A/S)	: PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AM. CURIAE.	: SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - SINDIFISCO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ALEXANDRE BAPTISTA PITTA LIMA
AM. CURIAE.	: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL - ADPF
ADV.(A/S)	: ANTONIO TORREÃO BRAZ FILHO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: CONSELHO FEDERAL DA OAB - CFOAB
ADV.(A/S)	: CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, cuja ementa se reproduz a seguir:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SIGILO. DADOS. INTIMIDADE. VIDA PRIVADA. PROCEDIMENTO FISCAL DE QUEBRA. APURAÇÃO DE DÉBITOS FISCAIS. LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01. LEIS Nº 9.311/96 E Nº 10.174/01. LEGITIMIDADE DA AÇÃO ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES.

1. A declaração de direitos e garantias fundamentais, em

favor da cidadania, não pode inviabilizar e, pelo contrário, deve harmonizar- se com o exercício de competências constitucionais pelo Poder Público, nos exatos limites em que definidas, visando à tutela de interesses sociais de maior alcance.

2. O inciso XII do artigo 5º da Carta Federal não tem o sentido de tutela do sigilo de dados, para conferir inviolabilidade aos dados bancários e, de resto, a qualquer dado, exatamente porque esta interpretação estaria em confronto com idéias básicas da organização da vida social. A interpretação constitucionalmente adequada situa a tutela no sigilo da comunicação de dados, na segurança do sistema de informação, de modo a coibir a interferência abusiva na transmissão dos dados, e não diretamente impedir o conhecimento dos dados em si, que podem, ou não, ser acessados por outrem, em grau de publicidade variável – de nenhuma a alguma, ou sem qualquer restrição -, a depender do quanto isto afete uma outra garantia da individualidade, tutelada, em tese, não pelo inciso XII, mas pelo X do artigo 5º da Constituição Federal.

3. A inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas é garantia individual que, por evidente, não possui contornos absolutos porque situado num plano de convivência constitucional com outros princípios e valores, conduzindo, em caso de aparente conflito, à concretização de técnicas de interpretação, específicas do direito constitucional. A intimidade e a vida privada não podem ser visualizadas apenas pelo ângulo da defesa do patrimônio individual, embora este seja essencial, justamente porque, se é verdade que o público torna necessário o privado, como reserva de consciência, de expressão e de desenvolvimento da própria individualidade, tampouco pode ser olvidado que o social conduz à necessidade de conversão, em grau a ser aferido pelo critério da razoabilidade, do segredo absoluto em relativo como consequência e na extensão do rigorosamente necessário à interação do indivíduo com a sociedade a que pertence.

4. Não convence a idéia de que os dados bancários

constituem segredo constitucionalmente tutelado e, pois, infenso a qualquer intervenção, mesmo a título de interesse público e social. Pelo contrário, uma vez que tais informações não envolvem típica, necessária e exclusivamente a esfera da atuação íntima do indivíduo (v.g. – religião, relações de família), na qual, de qualquer maneira, sequer pode ser invocada a garantia de proteção absoluta ao seu titular (contra, por exemplo, a investigação de crimes por ideologia religiosa, ou contra a própria família), resta evidente que pode o legislador definir não apenas o sigilo, mas os seus limites, ou seja, a medida do razoável nesta interação de valores, destinada a permitir que terceiros, devidamente identificados e em condições especificadas, possam acessar os dados bancários para tutelar este ou aquele direito constitucionalmente relevante e que, por isso, legitimamente contrapõem-se ao rigor do segredo absoluto pretendido. Certo, pois, que o “sigilo bancário” é, acima de tudo, uma garantia legal porque é a lei, afinal, que deve definir os seus exatos contornos, sem que, com isto, possa ser invocada inconstitucionalidade por ofensa a uma garantia individual. Esta interpretação – é claro – não se alinha com o entendimento tradicional da “reserva de jurisdição”, que impede o legislador de outorgar, a quem quer que seja e em qualquer situação, a iniciativa de qualquer procedimento destinado a romper com o sigilo bancário, sujeitando sempre a autoridade administrativa ao crivo judicial. Porém, o Estado Constitucional de Direitos e Garantias não legitima a idéia de que o Poder Público esteja alijado da disposição do poder de auto-execução, no exercício regular de suas competências legais e constitucionais, sempre – é claro – sob o regime de controle, a priori, mas igualmente a posteriori, e de efetiva e ampla responsabilidade, seja do próprio ente, seja do respectivo agente.

5. Por evidente, deve-se mencionar que a quebra do sigilo bancário foi admitida, na jurisprudência, como possível apenas por autoridade judicial e mediante processo judicial, mas cabe destacar, igualmente, que a legislação, à época, contemplava e

legitimava tal solução, ao contrário da atual que é clara e inequívoca no sentido de prever casos específicos de iniciativa administrativa, sem que com isto se possa, ao que parece, ser invocada a lesão a direito de dimensão constitucional. Não se trata, por certo, de reconhecer competência plena à autoridade, seja administrativa ou legislativa, para tornar pública, sem menor critério de razoabilidade, a vida financeira e bancária de qualquer indivíduo, mas, ao revés, o que se afirma, como diretriz para a compreensão e solução do problema, é que, ao lado da intimidade e da vida privada, existem outros valores, com igual estatura constitucional, que conduzem à necessidade de formulação de uma solução prática e equilibrada para esta complexa equação de princípios.

6. A Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, reconhece o sigilo bancário (v.g. - caput do artigo 1º, caput e §§ 5º e 6º do artigo 2º, artigos 10 e 11), define as instituições que se sujeitam a tal dever em suas operações ativas e passivas (§ 1º do artigo 1º), fixa as hipóteses excepcionais de quebra administrativa (v.g. - § 3º do artigo 1º, §§ 1º a 3º do artigo 2º, artigo 9º), especifica a competência judicial e as situações sujeitas à reserva judicial (§ 4º do artigo 1º, caput e § 1º do artigo 3º, artigo 7º) e - no mesmo sentido - no âmbito parlamentar (artigo 4º). No que concerne à administração tributária, a LC nº 105/01 estabeleceu o dever de informação, acerca de operações financeiras, mas restrito ao necessário para a identificação dos titulares das operações e dos 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 (§ 2º). Para o exercício desta competência, é que se permite, diante das informações prestadas e da efetiva necessidade/indispensabilidade, apurada em prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras pelas autoridades competentes (artigo 6º). Note-se que, em qualquer caso, as informações prestadas ou os dados apurados pela fiscalização encontram-se amparados pelo sigilo fiscal (§ 5º do

artigo 5º), ficando a quebra do sigilo bancário fora das hipóteses autorizadas, assim como o uso indevido das informações cobertas pelo sigilo fiscal, por servidores públicos, sujeitos às sanções penal, civil e administrativa.

7. Em coerência com a legislação complementar, a Lei nº 10.174, de 09.01.2001, introduziu alteração no artigo 11 da Lei nº 9.311/96, permitindo que a Secretaria da Receita Federal, de posse das informações sobre a movimentação financeira de titulares de contas bancárias (§ 2º: “informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações”), utilize-as para a apuração de divergências e, em face delas, para instauração de procedimento administrativo, tendente à verificação da existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições, e para o lançamento de crédito porventura existente (§ 3º, com a redação dada pela referida lei), dentro da técnica de “cruzamento de dados”, compatível com a outorga constitucional de competência à administração tributária para identificar a efetiva capacidade contributiva dos administrados, aplicando, na prática, o princípio da isonomia (artigo 145, §1º, da Constituição Federal).

8. O artigo 6º da LC nº 105/01 foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724, de 10.01.2001, que, dentre outras providências, instituiu o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF: artigo 2º) e a Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF: artigo 4º), e indicou os casos de indispensabilidade para o efeito de exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras (artigo 3º).

9. Como se observa, é possível reconhecer que a legislação foi minuciosa e criteriosa na identificação das situações sujeitas à denominada quebra do sigilo bancário e dos procedimentos de fiscalização, resguardando, por meio de sigilo fiscal, as informações prestadas e os dados aferidos pelo exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, e reservando o seu uso a fins específicos, que não transcendem ao que necessário para o regular, justificado, proporcional e

razoável exercício da competência constitucional e legal que possui o Estado-Administração de arrecadar os tributos e fiscalizar o cumprimento das obrigações fiscais.

10. Tampouco procede a tese de ofensa ao princípio da irretroatividade da lei. Com efeito, inexiste direito adquirido a não-prestar informações ou a não-recolher tributos em face de situações tributáveis, desde antes, mas apenas, e eventualmente, a possibilidade de invocação de decadência ou prescrição, para impedir a constituição ou a execução, respectivamente, do crédito tributário, quando decorridos os prazos, para tanto, legalmente fixados. Por isso é que se deve compreender que a criação de mecanismos de fiscalização e apuração de crédito tributário por lei nova não impede a sua aplicação mesmo no período anterior, desde que ainda possua o Fisco o poder de imposição, seja constituindo, seja revisando o lançamento efetuado pelo contribuinte.

11. Em casos que tais, não se trata, por evidente, de criação ou majoração de tributo, com alteração da legislação vigente na data do fato gerador, mas apenas e tão-somente de aferição da existência de tributo, devido conforme a lei da época, mas, eventualmente, não recolhido ou não declarado pelo contribuinte: em suma, a legislação impugnada não cria nem majora, em absoluto, qualquer tributo, mas apenas permite que o Fisco combatá a sonegação fiscal, quando e se existente, o que é muito diferente.

12. No âmbito do procedimento administrativo, com direito à ampla defesa, tem o contribuinte o direito de justificar a origem dos recursos, identificados pelo Fisco como não-declarados, e impugnar eventual apuração e constituição de crédito tributário, não se podendo, porém, suprimir o poder-dever da Administração de promover, observado o devido processo legal, a fiscalização, tendente à apuração de débitos fiscais.

13. Não existe direito líquido e certo do contribuinte de ser dispensado, por ordem judicial, de exibir os documentos necessários à apuração de crédito tributário. Cabe ao Fisco

intimar o contribuinte para exibir a documentação necessária à fiscalização e, em caso de recusa, aplicar as sanções legais próprias da situação. Se o contribuinte não atender à intimação fiscal fica sujeito às penalidades previstas em lei, sem que configure ilegalidade a sua própria exigência, nos termos da legislação.

14. Precedentes". (fls. 270-273)

No recurso extraordinário, com fundamento no art. 102, III, "a", da Constituição Federal, aponta-se violação aos arts. 5º, X, XII, XXXVI, LIV, LV; 145, §1º; e 150, III, "a", do Texto Constitucional.

Nas razões recursais, sustenta-se a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário.

Alega-se, ainda, ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, em decorrência da utilização da Lei 10.174/01 para constituir créditos tributários relativos a outros tributos que não a CPMF.

Por fim, assevera-se a ausência de legítimo interesse à Administração Tributária para requerer os extratos bancários da parte Requerente.

A Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região inadmitiu o recurso, em decorrência da infraconstitucionalidade da matéria controversa.

O agravo de instrumento interposto foi provido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, meu antecessor na relatoria do feito, para melhor exame da questão, à fl. 522.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Paulo Rocha Campos, manifestou-se pelo não conhecimento do recurso, por se tratar de ofensa reflexa; porém, caso conhecido, pelo seu desprovimento.

Em 22.10.2009, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da presente controvérsia, nos seguintes termos:

"CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO.
FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE

RE 601314 / SP

MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.”
(RE 601314 RG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 20.11.2009)

Foram admitidos, na qualidade de *amicus curiae*, o Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Banco Central do Brasil.

Após, houve requerimento, por parte da PGR, por nova vista dos autos o qual foi deferido.

O *Parquet* opinou pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, pelo desprovimento do apelo extremo.

Os autos vieram a mim conclusos, por substituição de relatoria, em 18.06.2015.

É o relatório.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Inicialmente, constata-se que as questões veiculadas no presente Tema da sistemática da repercussão geral são duas. A primeira é a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 frente ao parâmetro do sigilo bancário.

A segunda indagação é saber se a utilização dos mecanismos fiscalizatórios previstos na Lei 10.174/2001 ofende o princípio da irretroatividade das leis, quando empregados para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência deste diploma legislativo.

Visto isso, também se acredita necessário tecer breve histórico legislativo e jurisprudencial acerca do tratamento normativo dado ao sigilo bancário na ordem jurídica brasileira, notadamente no tocante ao período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

1. HISTÓRICO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL DO SIGILO BANCÁRIO

De plano, torna-se conveniente adotar a Lei 4.595/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, como marco inicial para os fins deste voto. Isso porque o artigo 38 desse diploma legislativo preconizava que as instituições financeiras conservariam sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

Transcreve-se, a propósito, o teor do dispositivo precitado, em sua versão original:

“Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil

ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documento em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a êles ter acesso as partes legítimas na causa, que dêles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma.

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

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

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

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

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

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

No artigo 8º da Lei 8.021/90, que dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, também fora prevista a solicitação de informações bancárias pela autoridade fiscal, para fins fiscalizatórios:

“Art. 8º Iniciado o procedimento fiscal, a autoridade fiscal poderá solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no art. 38 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Parágrafo único. As informações, que obedecerão às normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, deverão ser prestadas no prazo máximo de dez dias úteis contados da data da solicitação, aplicando-se, no caso de descumprimento desse prazo, a penalidade prevista no § 1º do art. 7º.”

Por sua vez, na Lei 9.311/96, a qual institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF), verifica-se que artigo 11, com a redação dada pela Lei 10.174/01, assim dispõe:

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

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

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

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na

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

§ 3º-A. (VETADO)

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

Enfim, reproduzo os artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras:

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

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

I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança;

II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques;

III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados;

IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança;

V – contratos de mútuo;

VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito;

VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável;

VIII – aplicações em fundos de investimentos;

IX – aquisições de moeda estrangeira;

X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional;

XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior;

XII – operações com ouro, ativo financeiro;

XIII - operações com cartão de crédito;

XIV - operações de arrendamento mercantil; e

XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

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

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

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

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

Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de

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

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

Aliás, ressalte-se que esses artigos foram regulamentados pela Presidência da República no Decreto 3.724/01, com vistas à fiel execução da referida lei complementar.

Por outro lado, na seara jurisprudencial, o artigo 6º da LC 105/01 já foi objeto de debates nas espacialidades das Cortes Supremas da República, notadamente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

A 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, deu razão à Fazenda Nacional, sob o rito do recurso repetitivo.

A esse respeito, transcreve-se excerto da minudente ementa do REsp 1.134.665, de relatoria do então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, 1ª Seção, julgamento em 25.11.2009, DJe 18.12.2009:

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

[...]

14. 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.

15. *In casu*, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de

dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional.

[...]

20. Recurso especial da Fazenda Nacional provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.”

Por sua vez, em 24.11.2010, esta Suprema Corte negou referendo à medida cautelar na AC 33, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e redatoria para acórdão do Ministro Joaquim Barbosa, DJe 10.02.2011, nos seguintes termos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TUTELA DE URGÊNCIA (PODER GERAL DE CAUTELA). REQUISITOS. AUSÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. REFERENDO DE DECISÃO MONOCRÁTICA (ART. 21, V DO RISTF). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DADOS BANCÁRIOS PROTEGIDOS POR SIGILO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS DA ENTIDADE BANCÁRIA AO ÓRGÃO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA FEDERAL SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. LEI 10.174/2001. DECRETO 3.724/2001. A concessão de tutela de urgência ao recurso extraordinário pressupõe a verossimilhança da alegação e o risco do transcurso do tempo normalmente necessário ao processamento do recurso e ao julgamento dos pedidos. Isoladamente considerado, o ajuizamento de ação direta de constitucionalidade 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.”

Contudo, em 15.12.2010, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte, tendo em vista que a quebra do sigilo bancário é matéria sob reserva de jurisdição.

A esse respeito, transcreve-se a ementa do RE 389.808, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 10.05.2011:

“SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.”

Resta dizer que o precitado recurso extraordinário não transitou em julgado, em função da oposição de embargos declaratórios, ainda pendentes de julgamento.

De qualquer forma, conforme já relatado, em 22.10.2009, esta Corte já houvera decidido por afetar o tema à sistemática do art. 543-B do CPC, de modo que se apresenta nova oportunidade, agora com efeitos de repercussão geral, para analisar a complexa questão constitucional que se haure do presente feito.

Demais disso, na esteira do alegado no parecer do Procurador-Geral da República, a presente demanda guarda alguma pertinência temática com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, todas de relatoria do eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, assim como as ADIs 4.006 e 4.010, ambas de relatoria da Ministra Rosa Weber.

2. PREMISSAS JURÍDICO-FILOSÓFICAS

Na ambiência institucional do Estado Democrático de Direito, espera-se de um juiz constitucional a justificação de suas decisões, não só quanto aos resultados alcançados, mas também no que se refere aos pontos de partida. Nesse sentido, permito-me tecer breves comentários a respeito das premissas adotadas para o deslinde da causa, à luz da necessária controlabilidade racional e democrática da argumentação jurídica de uma Corte Constitucional.

Em primeiro lugar, é imperativo pensar as questões constitucionais do sigilo bancário e dos limites dos poderes fiscalizatórios da Administração Tributária com a devida complexidade que o tema oferece em nível global. Por isso, revela-se também necessário ter em vista as peculiaridades do sistema tributário brasileiro, a começar por sua constitucionalização, porquanto a tradição pátria parece apontar por um processo de ampliação da rigidez e exaustividade do sistema constitucional em matéria fiscal.

Do mesmo modo, deve-se afastar duas visões funcionais do fenômeno tributário em prol de aportes do constitucionalismo igualitário pressupostos por este voto.

No pensamento de Marçal Justen Filho, infere-se de uma “ideologia oficial” do Direito Tributário brasileiro uma concepção de tributação que considera o sistema constitucional tributário um instrumento de defesa do cidadão. Caso se perceba a estatalidade unicamente como prestadora de serviços públicos, os ânimos se agravam, porquanto se percebe um Poder Público incompetente e mal gerido:

“Busca-se evitar, a todo custo, a tributação – não porque se negue a necessidade (e legitimidade) de apropriação da riqueza privada, mas porque os serviços públicos não serão beneficiados pelo incremento da tributação. Para o particular, opor-se à arrecadação tributária corresponderia a uma conduta defensável por dois fundamentos. Por um lado, constituir-se-ia em modalidade de ‘legítima defesa’ do contribuinte em vias de ser espoliado pelo Estado. Por outro, reduzir o montante de

recursos em poder do Estado acarretaria correspondente diminuição de desperdício, desvio e corrupção" (Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, pp. 215-233, p. 222)

Assim, não é demais apontar que uma perspectiva hegeliana de estrita separação entre sociedade civil e Estado, ao concebê-los como instituições distintas, com interesses divergentes e com alta carga de potencial conflitivo, mostra-se equivocada na atual quadra histórica.

É necessário também atentar para os impactos socio-jurídicos ao corpo social, pois essa concepção da atividade tributária causa graves prejuízos ao consentimento fiscal, que se traduz em um dos alicerces da construção do Estado Fiscal e Social no século XX, cujo objetivo é a integração social pela garantia estatal de igual acesso dos cidadãos aos bens considerados essenciais.

De novo, recorre-se às lições doutrinárias do professor Justen Filho:

"A relação entre 'custo do Estado' e 'sistema tributário' produz outra ordem de considerações, sob o ponto de vista ideológico. É que a inexistência ou ineficácia da atividade tributária produz efeitos diretamente sobre a própria sociedade. Em uma consideração puramente teórica, o cidadão é o principal beneficiário da atividade tributária do Estado. É o bem-estar do cidadão que justifica a existência do sistema tributário". (Ibid., p. 221)

Outra visão do Sistema Tributário Nacional a ser rechaçada é aquela que o entende como instrumento para o abastecimento dos cofres públicos, tendo em conta que essa contraria a própria axiologia inerente ao Estado Democrático de Direito não podendo desconsiderar a identificação do contribuinte, uma vez que a persecução dos objetivos da República, encartados no art. 3º da Constituição Federal, possui como condição de possibilidade a progressividade da matriz tributária brasileira.

Nas palavras do multicitado jurista paranaense, essa perspectiva da tributação é insuficiente e incompatível com a ordem constitucional vigente:

“É que o sistema tributário não se destina apenas e tão somente a abarrotar os cofres públicos de recursos. O direito tributário é instrumento – como toda as demais competências estatais – da realização dos valores jurídicos fundamentais. O direito tributário está comprometido com a consecução e realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana. Emanação direta deste é o postulado da supressão da pobreza e da eliminação das desigualdades individuais e sociais. Não é admissível dissociar o sistema tributário dos princípios constitucionais mais relevantes e fundamentais, que dão conformação ao Estado e ao poder público”. (Ibid., p. 232)

Nesse sentido, parece-nos que o tributo é a inovação humana com grande aptidão para a redução das desigualdades jurídicas, políticas e econômicas entre os homens. A partir do escólio doutrinário de Liam Murphy e Thomas Nagel, tem-se que *“Numa economia capitalista, os impostos não são um simples método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva”*¹.

Em síntese, a meu ver, a interpretação mais consentânea com a axiologia da Constituição Federal de 1988 é aquela que considera a tributação como instrumento para a produção da igualdade entre os cidadãos. Por conseguinte, o tributo extrai seu significado normativo do princípio constitucional da igualdade.

A respeito desse princípio, mostra-se irreparável a doutrina da eminente Ministra Cármem Lúcia, tal como escrita na Primavera de 1990:

“Igualdade constitucional é mais que uma expressão de

1 O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isto é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

[...]

Pois não se aspira uma igualdade que fruste e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único". (*O princípio Constitucional da Igualdade*. Belo Horizonte: Lé, p. 118)

Nessa perspectiva, a finalidade da tributação se põe em um contexto de esfera pública mais ampla do que a estatalidade, em que se delibera e se decide sobre a arrecadação, a gestão e o dispêndio dos recursos públicos. Segundo Nagel e Murphy, tem-se a seguinte situação conceitual e normativa:

"A tributação tem duas funções principais. (1) Ela determina que proporção dos recursos da sociedade vai estar sob o controle do governo para ser gasta de acordo com algum procedimento de decisão coletiva, e que proporção será deixada, na qualidade de propriedade pessoal, sob o arbítrio de indivíduos particulares. Essa é a *repartição entre o público e o privado*. (2) Ela é um dos principais fatores que determinam de que modo o produto social é dividido entre os diversos indivíduos, tanto sob a forma de propriedade privada quanto sob a forma de benefícios fornecidos pela ação pública. Essa é a *distribuição*". (op. cit., p. 101, grifos no original)

Em suma, a igualdade tributária apresenta-se em uma dinâmica relacional entre os cidadãos, à luz da justiça social, para além de uma dicotomia entre Administração Tributária e Contribuinte.

A meu sentir, olhar o sistema constitucional tributário por essa perspectiva mostra-se mais producente e justo na medida em que localiza a conflitividade em sua raiz, na dinâmica social.

Ao fim e ao cabo, o litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política.

Nesse âmbito, evidencia-se a insuficiência de uma concepção unitária “Fisco-Contribuinte”, tal como explica Marçal Justen Filho:

“As relações entre tributação e justiça social evidenciam a insuficiência essa concepção unitária ‘fisco-contribuinte’, em que se contrapõe o Estado ao particular ‘pagador de tributos’. Não existe uma categoria unitária de particulares, com interesses homogêneos e comuns. Os diferentes particulares têm interesse distintos e diversos no tocante à atividade tributária do Estado. Isso deriva da ausência de homogeneidade na distribuição de riqueza. Enormes parcelas da sociedade são destituídas de riqueza mínima necessária a sujeitar-se a tributação direta de seus patrimônios. As garantias tributárias são relevantes e essenciais não para todo e qualquer ‘cidadão’, mas apenas para os titulares de fortuna. O conflito não se põe entre ‘Estado e contribuinte’, mas entre ‘cidadão titular de riqueza’ e ‘cidadão destituído de riqueza’.” (op. cit., p. 226)

Trata-se, portanto, da difícil tarefa de equalizar em uma concretude histórica o duplo compromisso da igualdade, isto é, o autogoverno coletivo e a autonomia individual².

Noutras palavras, o problema da legitimidade política do sistema constitucional tributário se move entre dois eixos: (i) aquilo que devemos

2 GARGARRELA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo em América Latina (1810-2010)*. Katz: Buenos Aires, 2014, p. 9.

aos nossos concidadãos; e (ii) a soberania que podemos conservar sobre a nossa própria pessoa, livres da autoridade do Estado, mesmo sendo membros da sociedade e estando sujeitos ao controle estatal em certos aspectos³.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001

Na perspectiva da autonomia individual, o exame de constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 se resume na conformação normativa do direito à privacidade na realidade brasileira. Igualmente, vale lembrar que a privacidade não foi genericamente garantida pela Carta Constitucional, uma vez que o constituinte optou por uma fórmula legislativa que tutelasse autonomamente os diversos direitos correlatos à integridade moral do sujeito de direitos.

Nesse ponto, transcreve-se escorreita explanação de André Ramos Tavares sobre o direito à privacidade:

“Pelo direito à privacidade, apenas ao titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações, manifestações e referências individuais, no caso de divulgação, decidir quando, como, onde e a quem. Esses elementos são todos aqueles que decorrem da vida familiar, doméstica ou particular do cidadão, envolvendo fatos, atos, hábitos, pensamentos, segredos, atitudes e projetos de vida.

O direito à privacidade é compreendido, aqui, de maneira a englobar, portanto, o direito à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, à inviolabilidade do domicílio, ao sigilo das comunicações e ao segredo, dentro outros.” (*Curso de Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 530-531)

3 MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 56.

Do mesmo modo, entende iterativamente o Supremo Tribunal Federal que o sigilo bancário encontra guarida constitucional no art. 5º, X, da Constituição Federal, à luz de sua natureza de direito da personalidade.

Veja-se, a propósito, a ementa do MS 22.801, de relatoria do Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 14.03.2009:

“Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, **mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário.** 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU – Plenário.” (grifos nossos)

Conclui-se, portanto, que do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como

arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

Na perspectiva do autogoverno coletivo, os tributos são contributos indispensáveis a um destino em comum e próspero de todos os membros da comunidade politicamente organizada.

Nesses termos, tendo em vista a decisão constituinte de formar um Estado Fiscal, pode-se conceber um dever fundamental de pagar tributos, em decorrência do princípio da subsidiariedade, segundo o qual há uma responsabilidade coletiva da comunidade política para satisfazer as necessidades dos cidadãos, especialmente aqueles mais vulneráveis nos aspectos socio-econômicos.

Na clássica tese de doutoramento do tributarista português José Casalta Nabais, expõe-se o seguinte:

“Pelo que, o dever de pagar impostos constitui um dever fundamental como qualquer outro, com todas as consequências que uma tal qualificação implica. Um dever fundamental, porém, que tem por destinatários, incluindo-se neles, de um lado, as pessoas (ou organizações) colectivas e, de outro, mesmo os estrangeiros e apátridas [...] Há, isso sim, o dever de todos contribuírem, na medida da sua capacidade contributiva, para as despesas a realizar com as tarefas do estado. Como membros da comunidade, que constitui o estado, ainda que apenas em termos económicos (e não políticos), incumbe-lhes, pois, o dever fundamental de suportar os custos financeiros da mesma, o que pressupõe a opção por um estado fiscal, que assim serve de justificação ao conjunto de impostos, constituindo estes o preço (e, seguramente, um dos preços mais baratos) a pagar pela manutenção da liberdade ou de uma sociedade civilizada.”
(*O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 186)

Essa constatação tem reflexos óbvios na questão da oponibilidade do sigilo bancário contra a Administração Tributária, porquanto limita o exercício do direito subjetivo à privacidade, na medida em que reputa

ilegítimo utilizar o figurino do segredo bancário com a finalidade de elidir os tributos devidos por uma pessoa.

A esse respeito, os Tribunais brasileiros têm asseverado o caráter não absoluto do direito ao sigilo bancário quando contraposto às legítimas expectativas de obtenção de receitas públicas.

Veja-se trecho da argumentação esposada pelo então Ministro do STJ Luiz Fux no REsp 1.134.665, já mencionado:

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

14. 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.”

Confira-se, ainda, excerto do voto do Ministro Carlos Velloso na Pet 577, de sua relatoria, Tribunal Pleno, DJ 23.04.1993:

“O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (C.F., art. 5º, X), além de atender ‘a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito’, registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de G. Ruta [...] Não é ele um direito absoluto, devendo ceder, é certo, diante do interesse público, do interesse da justiça, do interesse social, conforme, aliás, tem decidido esta Corte [...] Esse caráter não absoluto do

segredo bancário, que constitui regra em direito comparado, no sentido de que deve ele ceder diante do interesse público, é reconhecido pela maioria dos doutrinadores [...] O Segredo há de ceder, entretanto, na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei.”

Por outro lado, ressalta-se que o autogoverno coletivo relacionado ao sigilo bancário não se restringe aos limites da territorialidade brasileira, dado que se trata de uma questão transconstitucional, de maneira a demandar tratamento em múltiplos níveis jurídicos. Refere-se, aqui, a um novo paradigma de tributação o qual o notável Professor Titular da USP Heleno Taveira Torres denominou de “Fisco Global”.

Nesse sentido, é digno de nota que o G20, em conjunto com a OCDE, tenham estabelecido um Fórum Global, em abril de 2009, com a missão de acabar com a “era do segredo bancário”.

Desde então, a República brasileira aderiu a diversos tratados internacionais em matéria tributária voltados para trocas, automáticas ou a pedido, de informações fiscais entre mais de cem países signatários, notadamente a “Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal”; e a “Convenção para Troca Automática de Informação Financeira em Matéria Tributária” (*Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters*).

Ademais, o Brasil aderiu ao Programa da OCDE “*Base Erosion and Profit Shifting*”, de modo a evitar os efeitos negativos da chamada concorrência fiscal entre Estados soberanos, especialmente no tocante aos “paraísos fiscais”. Recentemente, também chancelou sua adesão ao Programa “*Foreign Account Tax Compliance Act – FACTA*”, o qual permitirá aos EUA enviar ao Governo brasileiro informações que se referem às contas correntes e situações patrimoniais de brasileiros disponíveis no sistema financeiro americano.

No plano empírico, observam-se sérias críticas à legislação tributária do Brasil no tocante à transparência fiscal. A título exemplificativo, no segundo semestre de 2015, a Transparência Internacional (*Transparency International*), organização não-governamental de nível global, divulgou

estudo em que se constatou a baixa adequação do quadro legal brasileiro aos princípios de transparência acordados na ambição do G20, em Sydney, no fim de 2014. Concluiu-se que “*O país ainda não possui uma adequada definição de proprietário beneficiário e mecanismos para assegurar que as autoridades competentes estejam aptas para identificar o efetivo proprietário de entidades legais domésticas e internacionais que operam no Brasil*”⁴.

Em suma, no plano internacional, o Estado brasileiro tem reiteradamente tomado decisões soberanas a fim de se integrar ao conjunto de esforços globais de combate à fraude fiscal internacional, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, por meio do aprimoramento da transparência fiscal em relação às pessoas jurídicas e arranjos comerciais.

Tais escolhas políticas parecem acertadas, caso o parâmetro seja a fruição empíricas dos direitos fundamentais, tendo em vista a gravidade da situação brasileira e mundial, como, por exemplo, segundo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes⁵, 2 a 5% do PIB global (USD 0,8 a 2 trilhões) passa anualmente por processo de branqueamento de capitais, ao passo que aproximadamente 8% da riqueza mundial está localizada em paraísos fiscais⁶.

Entende-se, por conseguinte, que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo, por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

⁴

<http://www.transparency.org/files/content/publication/2015_BOCountryReport_Brazil.pdf>.

Acesso em 23.11.2015. Tradução Livre. No original: “The country still lacks an adequate definition of beneficial ownership and mechanisms to ensure that competent authorities are able to identify the beneficial owners of domestic and foreign legal entities operating in Brazil”.

⁵ <<https://www.unodc.org/unodc/en/money-laundering/globalization.html>>. Acesso em 23.11.2015.

⁶ Cf. ZUCMAN, Gabriel. *The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens*. Chicago: Universidade de Chicago, 2015.

Essas duas conclusões acerca do duplo compromisso do princípio da igualdade são particularmente relevantes como chaves de leitura para interpretar o artigo 145, §1º, da Constituição Federal, *in verbis*:

“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.”

Nesses termos, a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela Administração Tributária serve para a efetivação do princípio da capacidade contributiva, o qual, por sua vez, encontra-se em risco de violação em todas as restritivas hipóteses autorizadoras de acesso da Administração Tributária às transações bancárias dos contribuintes, tal como arroladas nos incisos do art. 3º do Decreto 3.724/01, que regulamenta o art. 6º da lei impugnada.

No campo da autonomia individual, verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

Veja-se que o artigo 6º da Lei Complementar 105/01 é taxativo ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, somente se (i) houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e (ii) tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Demais disso, o parágrafo único desse dispositivo legal preconiza que “*O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este*

artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária".

Logo, não há dúvida sobre a aplicação do artigo 198 do CTN na presente hipótese e de todas as limitações ao agente público decorrentes do sigilo fiscal, sob pena de responsabilização nas esferas cível, administrativa e penal.

Enfim, para fins de equacionar ambas as dimensões da igualdade, recorre-se à lúcida argumentação da tributarista Mary Elbe Gomes Queiroz:

"Em sua essência, na verdade, não existe qualquer sigilo a ser oposto ao Fisco com relação aos valores objeto de transações bancárias, pois tais valores já são, ou deveriam ser, de conhecimento prévio do próprio Fisco e a ele já deveriam ter sido informados espontaneamente pelo contribuinte através das respectivas declarações, cuja apresentação é prevista em lei como obrigatória. Inclusive, a própria Lei Complementar nº 105/2001, também prevê a transferência de informações bancárias à Comissão de Valores Mobiliários, órgão que fiscaliza as sociedades a fim de proteger ao mercado.

Diversamente, entretanto, quando existirem valores de movimentação bancárias não declaradas, caso não haja o devido esclarecimento, a lei autoriza a presunção de que esses valores tiveram suas origens outras e foram omitidos para fins de evitar tributação. Ora, se todos são obrigados a prestar informações ao fisco, inclusive sobre todo o seu patrimônio e rendimentos percebidos de qualquer espécie e não só sobre os valores em contas bancárias, bem como de fatos da vida privada, passíveis de tributação, que poderão ser considerados muito mais íntimos, bem assim se todos os dados têm que ser informados e deverão constar das diversas declarações apresentadas por eles [...] não há, portanto, segredo sobre esses fatos para as autoridades fiscais. Igualmente, os rendimentos que se encontram depositados em contas bancárias já deveriam estar declarados à Fazenda Pública, salvo se o sujeito passivo houver omitido tais informações, o que configuraria crime de sonegação." (A *Inexistência de Sigilo Bancário para o Fisco*. p. 28.

Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/a-inexistencia-de-sigilo-bancario-para-o-fisco-por-mary-elbe-gomes-queiroz/>>. Acesso em 23.11.2015)

No bojo do RE-RG 673.707, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Plenário, DJe 30.09.2015, entendeu-se que “*Aos contribuintes foi assegurado constitucionalmente o direito de conhecer as informações que lhes digam respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, em razão da necessidade de preservar o status de seu nome, planejamento empresarial, estratégia de investimento e, em especial, a recuperação de tributos pagos indevidamente*”.

Nesse sentido, ante a ausência de uma dicotomia definitiva e real entre Fisco e Contribuinte, como colocado nas premissas desse voto, a meu ver, a mesma lógica de boa-fé, lealdade cívica e cooperação com a atividade fiscal é exigível de todos os contribuintes, em decorrência do imperativo de igualdade que se coloca em relação aos demais concidadãos.

Por isso, firmo a convicção no sentido da compatibilidade material do art. 6º da Lei Complementar 105/01 em cotejo com a normatividade constitucional.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DOS MECANISMOS FISCALIZATÓRIOS DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS RELATIVOS A TRIBUTOS DISTINTOS DA CPMF

De plano, percebe-se que o acórdão recorrido foi particularmente feliz ao observar a coerência entre a Lei 10.174/01 com a lógica de transferência do sigilo prevista na Lei Complementar 101/01. A propósito, reproduz-se o item 7 da ementa dessa decisão:

“Em coerência com a legislação complementar, a Lei nº 10.174, de 09.01.2001, introduziu alteração no artigo 11 da Lei nº 9.311/96, permitindo que a Secretaria da Receita Federal, de posse das informações sobre a movimentação financeira de titulares de contas bancárias (§ 2º: ‘informações necessárias à

identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações'), utilize-as para a apuração de divergências e, em face delas, para instauração de procedimento administrativo, tendente à verificação da existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições, e para o lançamento de crédito porventura existente (§ 3º, com a redação dada pela referida lei), dentro da técnica de 'cruzamento de dados', compatível com a outorga constitucional de competência à administração tributária para identificar a efetiva capacidade contributiva dos administrados, aplicando, na prática, o princípio da isonomia (artigo 145, §1º, da Constituição Federal)."

Assim sendo, a questão que ora se põe é saber se o mecanismo fiscalizatório descrito pode ser empregado para a apuração de créditos relativos a tributos distintos da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), cujos fatos geradores tenham ocorrido em período anterior à vigência desse diploma legislativo, à luz do princípio da irretroatividade tributária. Ocorre que por mais nobre e sincero que seja o objetivo de concretização da equidade tributária, não compete ao Poder Legislativo infirmar as limitações constitucionais ao poder de tributar, sejam as imunidades, sejam os princípios constitucionais.

Acerca do princípio da irretroatividade, traz-se à baila lição doutrinária do professor Sacha Calmon Navarro Coêlho:

"(...) o princípio da irretroatividade da lei tributária deflui da necessidade de assegurar-se às pessoas segurança e certeza quanto a seus atos pretéritos em face da lei (...) Nos casos da irretroatividade e da anterioridade, é a lei material em relação ao futuro e ao passado. Quanto ao fato passado, não pode a lei retroagir para dizê-lo jurígeno, gerador de obrigação. Quando ao fato futuro, deverá a lei, previamente, defini-lo como demiúrgico (criador de dever jurídico-tributário)." (*Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008,

pp. 214-215)

Nesse sentido, parece-nos correta a argumentação de Patrícia Saad Neto:

“Com efeito, houve uma alteração de natureza instrumental. Se o acesso aos valores dos depósitos bancários de determinado contribuinte será feito a partir de informações prestadas diretamente pelas instituições financeiras por solicitação da administração tributária, ou se será feito a partir de informações prestadas no âmbito da fiscalização da CPMF em cumprimento de obrigação acessória, é circunstância que em nada influi nos aspectos essenciais da obrigação tributária, ou seja, no valor do tributo propriamente dito, tratando-se de prerrogativa que apenas amplia os poderes de fiscalização assegurados à administração pública.

Não se vê na espécie alteração legislativa de cunho material, dito de outra forma, que implique no estabelecimento de hipótese de incidência nova em relação a esse tributo, a instituição de uma nova obrigação tributária principal para o contribuinte, senão o aprimoramento da atividade fiscalizatória empreendida pelos entes da administração pública direta, assegurando àqueles investidos de atividade plenamente vinculada, instrumentos hábeis à consecução dessa finalidade que redundará no exercício do legítimo direito de cobrança.” (Da natureza do Comando Normativo Insculpido na Lei nº 10.174/2001. In: PIZOLIO, Reinaldo; GALVADÃO JR., Jayr Viégas (coords.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 383).

Visto isso, resta claro que a alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do CTN, *in verbis*:

“Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.” (grifos nossos)

Por conseguinte, também não merece reforma o acórdão recorrido nesse ponto.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário a que se nega provimento.

Para fins de orientação jurisprudencial, proponho a fixação das seguintes teses ao Tema 225 da sistemática da repercussão geral:

Em relação ao item “a” do Tema: “O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.

No que se refere ao item “b” do Tema: “A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”.

É como voto.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314 SÃO PAULO

RELATOR	:MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S)	:MARCIO HOLCMAN
ADV.(A/S)	:LUÍS EDUARDO SCHOUERI E OUTRO(A/S)
RECDOD.(A/S)	:UNIÃO
ADV.(A/S)	:PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AM. CURIAE.	:SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - SINDIFISCO NACIONAL
ADV.(A/S)	:ALEXANDRE BAPTISTA PITTA LIMA
AM. CURIAE.	:ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL - ADPF
ADV.(A/S)	:ANTONIO TORREÃO BRAZ FILHO E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:CONSELHO FEDERAL DA OAB - CFOAB
ADV.(A/S)	:CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA E OUTRO(A/S)
AM. CURIAE.	:BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO BANCO CENTRAL

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

1. O litígio constitucional posto se traduz em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política, à luz da finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas,

qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

3. Entende-se que a igualdade é satisfeita no plano do autogoverno coletivo por meio do pagamento de tributos, na medida da capacidade contributiva do contribuinte, por sua vez vinculado a um Estado soberano comprometido com a satisfação das necessidades coletivas de seu Povo.

4. Verifica-se que o Poder Legislativo não desbordou dos parâmetros constitucionais, ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica, na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.

5. A alteração na ordem jurídica promovida pela Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma em questão. Aplica-se, portanto, o artigo 144, §1º, do Código Tributário Nacional.

6. Fixação de tese em relação ao item “a” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”.**

7. Fixação de tese em relação ao item “b” do Tema 225 da sistemática da repercussão geral: **“A Lei 10.174/01 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN”.**

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento.