



## **QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO COMO COMBATE À EVASÃO FISCAL E A LEI COMPLEMENTAR 105/01**

### **BREAKDOWN OF THE BANKRUPTCY AS COMBATING THE TAX EVASION AND THE COMPLEMENTARY LAW 105/01**

*Laís Hial Pellizzari<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo discute a possibilidade de quebra de sigilo bancário como mecanismo destinado a combater a evasão tributária. Abordando a verificação da constitucionalidade da referida medida em contraponto ao direito de sigilo de dados assegurado ao contribuinte pela Carta Magna. Para tanto, será abordado a Lei Complementar 105/01, que disciplina a tal transferência de sigilo, possibilitando que as instituições financeiras forneçam dados do contribuinte que se esquivou de sua obrigação tributária. Além disso, será exposto o posicionamento da jurisprudência sobre o assunto.

**Palavras-chave:** direito tributário; sigilo bancário; evasão fiscal.

**ABSTRACT:** The present article studies the possibility of breaking bank secrecy as a mechanism to combat tax evasion. Addressing the verification of the constitutionality of said measure in counterpoint to the right of secrecy of data secured to the taxpayer by the Magna Carta. To that end, Complementary Law 105/01 will be addressed, which governs such transfer of secrecy, allowing financial institutions to provide taxpayer data that evades their tax liability. In addition, the positioning of jurisprudence on the subject will be exposed.

**Key words:** tax law; bank secrecy; tax evasion.

---

<sup>1</sup> Graduada pelo Centro Universitário Toledo, Araçatuba, SP.

## **INTRODUÇÃO**

A entidade tributante com fim de financiar o atendimento ao interesse público se vale do produto da arrecadação tributária, distribuída pela sociedade conforme sua capacidade contributiva. Com o fim de evitar a evasão fiscal, a autoridade fiscal tem acesso às informações sobre as operações financeiras realizadas pelo contribuinte.

A Constituição Federal permite que a Administração Tributária atue na consecução do interesse público, desde que nos termos da lei e respeite os direitos e garantias individuais. Sob este fundamento, editou-se a Lei Complementar nº105/2001, a qual trata e regula sobre como será a quebra do sigilo das operações financeiras; e dá ao ente tributante o poder de requisitar os dados bancários, sem a necessidade de autorização judicial.

Em contrapartida a essa prerrogativa dada a autoridade fiscal, discute-se na doutrina e na jurisprudência, se tal acesso aos dados dos contribuintes não violaria seus direitos fundamentais como o da liberdade, intimidade e vida privada, os quais são amplamente protegidos pela Constituição.

O presente artigo aborda a concessão desses dados bancários do contribuinte ao ente tributante, sem a necessidade de autorização judicial, a fim de assegurar o recolhimento do tributo no caso em que se verifica a evasão.

E, além disso, retrata como tal medida não causa lesão aos direitos fundamentais do sujeito passivo, demonstrando os fundamentos para tanto e como vem sendo o posicionamento da jurisprudência sobre esse assunto.

### **1. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

A Declaração de 1789 - que reconhece os direitos do homem e do cidadão - em seu artigo 16 prevê que uma sociedade sem garantia de direito e separação dos poderes, não estaria amparada por um Constituição. Assim, entende-se que há direitos que sejam anteriores e superiores à elaboração daquela, os quais serviriam como limites ao Poder.

No estudo da evolução histórica dos direitos fundamentais nota-se que eles não são amparados de identidade jurídica. Eles são distinguidos em três categorias, a saber: as

liberdades, os direitos sociais e os direitos difusos, os quais serão brevemente elucidados a seguir.

A liberdade consiste no fato do indivíduo agir conforme a sua vontade, portanto, consiste em um direito subjetivo, o qual é exemplificado em diversas situações nas Declarações sobre Direitos Fundamentais e na Carta magna: direito de locomoção, liberdade de expressão, entre outros, os quais resumem-se em liberdade pessoal. Tais por serem inerentes ao indivíduo, dotam de caráter imprescritível e inalienável.

A segunda categoria abrange os direitos prestacionais, ou seja, exigem algo em troca da sociedade por meio do Estado, a fim de satisfazer as necessidades humanas primordiais. São tratados como uma forma de “crédito” que cada um teria perante a sociedade.

Por fim, a última categoria consiste nos direitos difusos, entendidos como um interesse comum de uma coletividade. A peculiaridade desta categoria consiste no fato de que seu objeto é comum a todos, o que implica em dizer que ao realizar um direito do indivíduo, ele conseqüentemente será realizado a todos; e o inverso também é recíproco, o que significa dizer que ao violar estará violando um direito de todos.

Ao abordar tais direitos se faz mister conceituá-los e diferenciá-los em relação às garantias fundamentais. Nas palavras do estudioso Rui Barbosa, direitos seriam disposições declaratórias que traduzem a existência legal do direito fundamental; enquanto as garantias fundamentais seriam as disposições assecuratórias, ou seja, os instrumentos que seriam utilizados para proteger o exercício de tais direitos, servindo como um limite ao poder, ou então, quando violados, uma forma de assegurar o seu reparo.

Portanto, as garantias permitem que o indivíduo faça valer os seus direitos fundamentais em face do Estado, estabelecendo uma relação de correspondência entre o direito e sua respectiva garantia, em outras palavras, cada direito fundamental tem uma garantia específica que lhe assegure o seu exercício.

Exposto isso, há de adentrar nos direitos fundamentais que são postos em discussão em face do interesse público da autoridade fiscal em arrecadar seus tributos, na situação em que percebendo que o contribuinte está se esquivando de pagar, poderá se valer do instrumento legal contemplado pela Lei Complementar 105/01, a qual prevê a autorização de quebra de sigilo bancário sem a necessidade de decisão judicial.

Tal medida se contrapõe aos seguintes direitos fundamentais amplamente protegidos pela vigente Constituição: direito à liberdade, direito à privacidade que abrange a proteção à intimidade, vida privada, honra e imagem.

O direito à liberdade por ser um direito fundamental de primeira geração, oriundo de um momento pós-revolução, clama por uma redução na esfera de atuação do Estado na vida particular do indivíduo ao seu mínimo necessário. Além disso, tal liberdade deve ser compreendida em seu sentido amplo, não abrangendo apenas a física, pois tal direito irá influenciar no desdobramento dos demais direitos fundamentais contemplados pelo artigo 5º da CF/ 88.

A Constituição federal em seu artigo 5º, inciso X prevê o seguinte: “*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.*” Tal previsão é um desdobramento do direito anteriormente abordado, pois trata-se de uma previsão que busca o resguardo da vida particular do indivíduo, ou seja, de uma intervenção mínima do Estado nela.

Embora os direitos fundamentais sejam amplamente protegidos pelo texto constitucional, eles não dotam de um caráter absoluto, pois estão limitados pelos demais direitos por ele contemplado.

Tal posicionamento corresponde ao adotado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive vale citar os dizeres proferidos pelo Ministro Celso de Mello no MS 23.452/RJ, a saber:

“Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”

Dito isso, não pode o indivíduo alegar direitos fundamentais como uma forma de escudo para a prática de uma conduta ilícita, bem como para reduzir a sua responsabilidade perante ela. O referido posicionamento é o que permite o Estado adotar certas medidas

restritivas a essa liberdade, por razões de interesse público, com a finalidade de proteger os demais valores consagrados pela Constituição vigente.

Vale ressaltar que, embora se permita a restrição de um direito fundamental, ela não poderá ser feita sem observar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade ou da proibição de excesso.

Tal limitação às restrições é conhecida como a teoria dos limites dos limites, sendo ela aplicada tanto na restrição simples (a restrição deve estar vinculada a uma lei), quanto na restrição qualificada (a restrição além de estar vinculada a uma lei, deverá estar atrelada a determinados requisitos elencados por aquela). Isso decorre do princípio da legalidade aplicado ao ente público, o qual só pode atuar naquilo que a lei o permitir.

### **1.1 Direitos fundamentais e o dever de pagar tributos**

Anteriormente, abordou-se que a intervenção estatal na vida do particular seria mínima, apenas para manter as liberdades individuais. Nesse sentido, a Constituição Federal adota o Estado Democrático de Direito, o que faz com que além de assegurar as referidas liberdades, o Estado tem como objetivo proteger a dignidade da pessoa humana, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

O direito tributário serve como um instrumento necessário para assegurar tais objetivos. Por isso, a própria Carta Magna concede aos entes federados a competência para instituir e arrecadar tributos, bem como prevê a sua atuação na fiscalização. Entretanto, isso não permite a prática de excessos, logo o direito tributário deve-se pautar no equilíbrio entre a liberdade e justiça; e entre os direitos fundamentais e a capacidade contributiva, assegurando assim o princípio da igualdade.

Conforme os artigos 150, II e 145, § 1º, ambos da Constituição Federal, não pode o ente tributado instituir tratamento diferenciado entre os contribuintes que se encontram em uma mesma situação. Além disso, busca-se constituir um tributo com caráter pessoal, a fim de assegurar a sua graduação conforme a sua capacidade econômica, respeitando sempre que possível, os direitos individuais, à medida em que a administração tributária identifica o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

No sistema tributário, em decorrência dos princípios da isonomia e da justiça fiscal, nota-se a o “dever de pagar tributos”, se contrapondo à limitação tributária instituída aos

entes federativos pela Constituição Federal. A arrecadação tributária é indispensável para prover fundos ao Estado, o que permite que ele se mantenha e cumpra os seus objetivos, inclusive os relacionados às liberdades individuais.

## **2 ELISÃO E EVASÃO FISCAL**

A tributação excessiva pode causar um sentimento de rejeição no contribuinte, o que pode ocasionar a sonegação como meio de resposta à injustiça social praticada pelo ente tributante. Diante disso, percebe-se um aumento na prática de condutas elisivas e evasivas, com o intuito de esquivar-se da carga tributária, comprometendo-a.

Para melhor compreensão será abordado um breve conceito do que seria os institutos da elisão e evasão fiscal, com o fim de demonstrar a necessidade de conceder ao ente federativos instrumentos, como a quebra do sigilo bancário, que afaste a prática de tais condutas, pois elas trazem como consequência o desequilíbrio na arrecadação tributária, conseqüentemente, haverá um processo de compensação, logo, haverá um aumento no valor dos tributos já existentes e criar-se-á novos.

A elisão fiscal consiste no fato do contribuinte praticar uma conduta lícita com intuito de reduzir ou até então afastar a incidência tributária por meio do planejamento tributário. Via de regra tal prática é verificada antes da ocorrência do fato gerador. Entretanto, não há impedimento dela ocorrer após aquele, a exemplo do momento em que o contribuinte escolhe qual será o modelo que fará sua declaração de Imposto de Renda.

Para consagrar sua licitude, há ensinamentos trazidos por Alexandre Rossato da Silva Ávila (2005, p.187), segundo os quais:

“[...] o contribuinte tem o direito de economizar no pagamento de tributos. Ele não é obrigado a adotar a forma mais onerosa para conduzir os seus negócios. O contribuinte pode estruturar seus atos ou negócios de maneira a pagar menos, ou nenhum, tributo. Se o ato pode ser praticado por duas formas, sendo uma tributada e outra não, é evidente que o contribuinte tem o direito de escolher a que melhor atenda aos seus interesses. Ninguém é obrigado a adotar a forma mais onerosa para os seus negócios [...]”

A prática da evasão fiscal, no entanto, está coberta de ilicitude, pois nela o contribuinte busca evitar que o ente tributante saiba que praticou o fato gerador, por isso, é popularmente chamada de sonegação. Normalmente, constata-se a sua ocorrência após o fato

gerador, mas, também pode ser constatada antes, a título de exemplo quando se emite notas fiscais espelhadas.

Para elucidar tal distinção, Ives Gandra da Silva Martins (1988, p.31), diz que: “*no direito tributário a elisão é permitida e a evasão, além de representar infração administrativa, muitas vezes implica delito penal, desde que a lei a defina como tal*”.

Dada a complexidade do instituto da elisão tributária, ainda há dúvidas sobre sua conceituação. Como já exposto, ela é considerada uma prática lícita dos contribuintes, visto eles usarem a seu favor as lacunas da lei como um meio de afastar a obrigação tributária. Assim, era vista como uma forma de economia ou planejamento tributário, não sofrendo atuação por parte do Fisco.

Portanto, a sua prática era vista como uma forma de planejamento tributário, no qual o sujeito passivo busca diminuir a sua carga tributária por meio de escolha dentre as diversas alternativas permitidas por lei. Assim, em virtude do princípio da legalidade aplicado ao indivíduo, “*pode fazer tudo o que a lei não o proíbe*”, tal atuação seria possível, contudo, não pode ser considerada como conceito de elisão, e sim meramente uma forma de economia de tributo.

Nesse sentido, desde que o contribuinte não viole uma regra legal, lhe é concedido o direito de organizar sua vida, sua fonte de renda e seus rendimentos, a fim de ter uma obrigação tributária menos onerosa, ou não a contrair.

Então, a problemática relacionada à conceituação do referido instituto foi dirimida ao campo da interpretação do direito tributário. De um lado defende-se que prevaleceria a vontade do contribuinte, o qual ilimitadamente poderia praticar o planejamento tributário, sendo amparado pelo positivismo normativo, assim seria sempre lícito. De outro lado, haveria a defesa de que o contribuinte estaria abusando da forma jurídica, o qual se apara no positivismo histórico. Em síntese, deveria ser aceito na medida em que não houvesse abuso de direito.

Atualmente, não prevalece mais o entendimento de que a elisão seria uma conduta lícita, pois mesmo que vise afastar o fato gerador, não poderia esquivar-se da participação do Fisco na eventual relação tributária. O sujeito passivo estaria respeitando o princípio da legalidade imposta a ele, contudo, não estaria de acordo com o espírito da norma tributária, o que implica em uma violação indireta.

O instituto da evasão é considerado um meio de violação direta da lei. Nos termos do Código Tributário Nacional, praticando-se uma conduta definida com fato gerador nasce a obrigação tributária principal, objetivando o pagamento de determinado tributo. O recebimento deste valor é um direito dado ao ente tributante; logo, se o sujeito passivo pratica condutas que visam mascarar a ocorrência daquele, estará cometendo ilícito na medida em que viola uma normal legal.

Podem ser citados diversos motivos para que o contribuinte incorra em sonegação tributária, como a própria desonestidade dele; não aceita o valor que lhe é atribuído; sentimento de injustiça legal; excesso de obrigação tributária acessória, dentre outras. Entretanto, não são justificativas válidas que serviriam de escusa para o não pagamento do tributo.

Após abordar amplamente os institutos da evasão e da elisão, percebe-se que a doutrina conclui que a prática de qualquer um deles é tida como ilícita. O primeiro implica em uma violação explícita da lei, por visar acobertar a situação que acarreta em um fato gerador, bem como suas consequências. Já o segundo, se confunde um pouco com o mero planejamento fiscal visando a economia de tributo, sendo amplamente aceito pela doutrina e pelo Fisco visto não ocorrer um desrespeito à lei diretamente, apenas indiretamente, pois o sujeito passivo se aproveita das omissões legais para a prática de condutas que discordam da vontade do legislador.

### **3 O SIGILO BANCÁRIO E SUA TRANSFERÊNCIA PARA O SIGILO FISCAL**

A partir da Constituição de 1988, houve a preocupação em se tutelar o sigilo das comunicações, como desdobramento do direito à privacidade; dando maior ênfase àqueles que correspondem aos dados bancários e fiscais.

O sigilo bancário decorre da ampla proteção ao direito à privacidade, como direito fundamental. Entretanto, como abordado anteriormente, já se consolidou o entendimento de que não há direito fundamental absoluto em nosso ordenamento jurídico, logo, em razão de interesse público, social ou de justiça, é permitido, nos termos da lei, a quebra/transferência do sigilo bancário.

Assim, ao se contrapor o referido direito e a atividade fiscalizadora do ente tributante, em razão do dever oriundo de uma obrigação tributária, pode ser afastado tal sigilo, pois



caso contrário estaria o Fisco desamparado de meios para averiguar a veracidade das informações prestadas pelo contribuinte no que diz respeito à suas declarações e recolhimentos.

Portanto, sua prática seria uma medida necessária para evitar problemas de sonegação fiscal em razão da prática de evasão ou elisão fiscal, visto ter sido atribuída ao Fisco a função de fiscalizar e arrecadar os tributos. Logo, seria inerente a ele o acesso às movimentações financeiras do sujeito passivo.

Na concepção de alguns autores a referida proteção incide no que diz respeito à divulgação de informação, do registro, da operação enquanto transmitidas ou armazenadas. Já outros, alegam que essa proteção busca alcançar o fluxo ou a transmissão em si de dados e informações.

Com isso em mente, Marco Aurélio Greco defende que o sigilo bancário está amparado pelo inciso XII do artigo 5º da Carta Magna, pois ao visar um objeto, ou seja aos dados em si, tal garantia constitucional concederia proteção tanto as pessoas físicas como jurídicas, não havendo restrições quanto ao seu caráter subjetivo.

Em sentido contrário, doutrinadores como José Afonso da Silva e Tércio Sampaio Ferraz, se posicionam no entendimento que essa proteção alcança tanto as correspondências em curso quanto os seus dados, ou seja, acolhe também a ação comunicativa, e não apenas as informações nelas contidas.

Diante disso, vale citar o posicionamento adotado pelo o Supremo Tribunal Federal, segundo o qual o sigilo bancário encontra seu fundamento no direito à privacidade e intimidade, previsto no inciso X do artigo 5º da Constituição; logo, dar conhecimento aos dados acobertados pelo sigilo, corresponderia a uma violação.

Segundo a perspectiva de quem atua defendendo os interesses do Fisco, o fornecimento das informações solicitadas por ele, a respeito das operações financeiras realizadas pelo contribuinte, se restringiria a identificação do sujeito passivo e ao valor do montante total movimentado por ele. Portanto, não haveria violação da intimidade ou privacidade, visto que tais informações devem ser conhecidas pela autoridade tributária, em virtude do seu dever de averiguar o cumprimento das obrigações tributárias decorrentes dessas operações.

Para Aldemario Araujo Castro (2001, p.9), o fornecimento de um dado contábil não invade a intimidade ou a privacidade, pois não há um aprofundamento na relação estabelecida entre o possuidor da conta bancária e a instituição financeira requerida.

É evidente que não se consegue averiguar o real alcance dos supracitados artigos no que diz respeito ao sigilo bancário. Assim, é evidente o embate entre a função da administração pública em fiscalizar o cumprimento da obrigação tributária e a proteção decorrente do sigilo bancário, o qual dificulta a atuação da autoridade fiscal.

Assim, é importante demonstrar o que acontece na prática. Nela o que se verifica que não há uma real quebra de sigilo, e sim uma transferência, pois o conhecimento desses dados pelo Fisco obriga as autoridades pertinentes preservá-lo, inclusive, caso não as reservem podem ser responsabilizados na esfera administrativa, civil e penal.

Nesse sentido, cita-se o disposto no artigo 198 do Código Tributário Nacional e no artigo 5º, § 5º da Lei Complementar 105/2001, respectivamente:

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.

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.

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

Tais dispositivos demonstram que embora sejam dadas certas prerrogativas às autoridades tributárias para desempenhar suas funções, não poderiam elas se valerem delas com intuito de divulgá-las, assim, concede a segurança devida aos direitos da privacidade e intimidade do contribuinte.

O conflito evidenciado consiste na função designada a Administração Tributária de fiscalizar a arrecadação dos tributos e a segurança dada à intimidade e privacidade do contribuinte decorrente do sigilo bancário. O referido embate envolve também os princípios da isonomia, ao buscar uma arrecadação de acordo com a capacidade contributiva do indivíduo, e o princípio da liberdade, a qual é negativa, por possibilitar a ocultação de informações.

Com o intuito de solucionar o impasse demonstrado, no caso prático deverá ser realizado a ponderação entre os interesses envolvidos, não excluindo totalmente nenhum bem jurídico envolvido.

Havendo uma harmonização entre as normas, percebe-se que não haveria um sacrifício total do sigilo assegurado ao sujeito passivo, pois seria realizado a quebra apenas em situações excepcionais. Além disso, como exposto o fornecimento de dados por parte das instituições financeiras seria acobertado pelo sigilo fiscal, sendo vedada qualquer divulgação, preservando-se os direitos fundamentais do indivíduo.

Embora a Fazenda Pública tenha o poder-dever em fiscalizar, não pode ela divulgar as informações a ela dada no exercício de sua função, inclusive, deve manter sigilo sobre elas. Portanto, não pode o ente tributante ser penalizado por se valer dos meios que lhe asseguram o cumprimento da competência a ele designado.

A concessão do acesso aos dados bancários do contribuinte pelo Fisco é um instrumento que dificulta a prática de sonegações e injustiças sociais, fazendo com que a arrecadação não fique à mercê da vontade dos sujeitos passivos.

Pelo exposto, embora os interesses do particular aqui envolvidos estejam sobre o manto da Constituição, não os impossibilitam de, no caso prático, serem relativizados, dada a ausência de caráter absoluto como anteriormente exposto. Ademais, não seriam totalmente afastados, pois há todo um prosseguimento a ser seguido, no qual se transfere o sigilo bancário ao sigilo fiscal. Assim, o uso desse instrumento permite que o Fisco exerça sua função fiscalizadora, promovendo a isonomia conforme a capacidade contributiva de cada um, assegurando a arrecadação dos tributos e, afaste a prática da elisão e evasão.

#### **4 SITUAÇÕES QUE PERMITE A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO E A LEI COMPLEMENTAR 105/2001**

Uma comparação prática quanto ao sigilo fiscal é elucidá-lo como se fosse o mesmo que o sigilo profissional aplicado à advogados, por exemplo. Em ambos, não pode o indivíduo, que obteve o acesso, às respectivas informações, por meio do exercício de suas funções, divulga-las, pois são impossibilitados por lei a prestar informações acerca delas.

Nesse sentido, o próprio Código Tributário Nacional, em seu artigo 198, veda a divulgação de informações sobre o contribuinte. Entretanto, o fornecimento delas à Justiça

ou aos demais órgãos da administração tributária, desde que respeite os requisitos legais, não violam o sigilo fiscal.

O referido artigo em seu parágrafo primeiro, inclusive prevê as situações em que tal sigilo poderá ser relativizado, e a forma em que se dará; além disso, prevê hipótese em que não é imposto tal proteção. Portanto, é evidente que tal proteção não possui caráter absoluto. Conforme o disposto no artigo, *in verbis*:

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes: (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001)  
 I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)  
 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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Vale mencionar que a própria Carta Magna prevê o compartilhamento de informações fiscais entre os entes administrativos, em seu artigo 37, inciso XXII, segundo o qual:

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Com o intuito de reforçar tal prerrogativa, a legislação infraconstitucional prevê no Código Tributário Nacional no artigo 199, *in verbis*: “*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.*”.

Ao analisar os citados artigos percebe-se que, embora não tenham caráter absoluto, o sigilo fiscal deve seguir certas imposições legais. Tais normas de eficácia limitada exigem que para se permitir a concessão dos dados do contribuinte, é necessário que haja lei regulando ou então convênio.

Nesse sentido, a transferência dessas informações deverá ser feita conforme a disposição do parágrafo segundo do artigo 198 do CTN, o qual exige que seja feita mediante

instauração de procedimento fiscal regulamente instaurado e será entregue pessoalmente à autoridade solicitante, situação em que dispensa autorização judicial.

Inclusive, o STJ adota o posicionamento que caso não respeite as referidas exigências, será nula a atuação do Fisco que tenha se utilizados dessa transferência de informações sem ter seguido o estabelecido em lei ou respectivo convênio. Portanto, observando os limites legais e seguindo os procedimentos elencados na lei, estará protegido tanto o interesse do Fisco, quanto a intimidade do contribuinte.

Além das hipóteses elencadas pelo Código Tributário Nacional, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na Lei Complementar 105/01, também permite-se a transferência nos seguintes casos: havendo determinação do Poder Legislativo, após aprovação pelo plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal; ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares; e no caso de determinação do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, em casos que envolvam recursos públicos.

Há também situações em que não deverá ocorrer sigilo de dados dos contribuintes. O próprio parágrafo terceiro do artigo 198 do Código Tributário Nacional é expresso ao elencar quais as situações em que não há vedação de divulgação, a saber: “§ 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.”

Assim, diante de tais hipóteses demonstradas, bem como as medidas a serem seguidas pelo Fisco, permitem que a autoridade tributante utilize as informações obtidas para a consecução de seus fins, seja a arrecadação e a fiscalização; e resguarde o direito fundamental do contribuinte.

## **5 A PRÁTICA DA TRANSFERÊNCIA DE SIGILO E AS ORIENTAÇÕES COMPLEMENTARES ESTABELECIDAS PELA JURISPRUDÊNCIA**

Conforme disposto anteriormente, a concessão dessa prerrogativa nas Comissões Parlamentares de Inquérito foi estabelecida mediante jurisprudência, o que permite a requisição sem prévia autorização judicial, desde que haja autorização por maioria absoluta de seus membros e esteja devidamente fundamentada.

No âmbito dessa situação, ocorreu a controvérsia sobre sua aplicação no âmbito estadual, visto a Lei Complementar 105/2001 fazer menção expressa apenas na aplicabilidade em esfera federal. O Supremo Tribunal Federal no tocantes a este assunto,

posicionou-se permitindo a extensão às comissões parlamentares de inquérito da esfera estadual, sob o fundamento do princípio federativo previsto no artigo 58, § 3º da Constituição Federal.

Em outra oportunidade, ao ser reconhecida a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, que consigna o acesso pelas autoridades fiscais aos dados bancários, o Supremo Tribunal Federal, como já exposto, reconheceu que não há uma “quebra de sigilo” e sim uma transferência da esfera bancária para o campo fiscal, sendo em ambas situações amparadas de proteção, vedando o acesso a terceiros.

No julgado em que houve tal reconhecimento – permitindo o referido acesso pelas autoridades fiscais sem prévia autorização judicial – o Supremo enfatizou que o exercício de tal prerrogativa deveria ser em consonância ao exigido pelo Decreto 3.724/ 2001, que regulamenta a matéria, com o intuito de preservar a intimidade do contribuinte. Também se restou consolidado, o entendimento de que nas esferas estaduais e municipais para o exercício da referida prerrogativa estes deveriam ter regulamento análogo ao decreto.

No que tange a possibilidade do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União solicitarem a quebra, a jurisprudência da Suprema Corte entende que, em regra, não teriam competência para tanto. Portanto, durante a apuração criminal, o parquet deveria solicitá-la ao Poder Judiciário. O mesmo se aplica ao Tribunal de Contas, o qual também não poderá realiza-la por ato próprio, devendo dotar de prévia autorização pelo Poder Judiciário.

Contudo, nas situações em que envolvam recursos públicos, o Supremo Tribunal Federal entende que nessa hipótese, tanto o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, poderão ter acesso às informações protegidas pelo sigilo bancário, independentemente de autorização judicial.

Tal entendimento é consequência do fato de o Tribunal Supremo entender que as “operações financeiras que envolvam recursos públicos” não serem contempladas pela Lei Complementar 105/2001, pois tais operações submetem-se aos princípios elencados no artigo 37 da Constituição Federal que regem a Administração Pública.

Nesta hipótese, a Suprema Corte entende que dada a natureza dos recursos, as operações teriam o sigilo afastado, pois nos termos do artigo 37 da Carta Magna, um dos princípios que regem a Administração pública é a publicidade. Assim, não incorreria em uma quebra, mas sim, uma situação em que ocorre a ausência de sigilo.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou os principais temas envolvidos na prática da quebra de sigilo bancário, como forma de impossibilitar a prática de sonegação fiscal, para assim, permitir ao Fisco o exercício de suas funções. E também, demonstrou como tal prática foi recepcionada pelo ordenamento jurídico e jurisprudência.

Foram elencados os direitos e garantias fundamentais diretamente afetados, demonstrando que os mesmos não dotam de caráter absoluto, o que possibilita a atuação da Administração Pública dentro da vida privada do indivíduo, com o intuito de se consagrar o interesse público, desde que dentro dos limites legais e seguindo os procedimentos por eles estabelecidos.

Também se discorreu sobre os institutos da elisão e evasão fiscal, cuja a prática é tida como ilícitas, visto o contribuinte buscar esquivar-se da incidência do tributo. Tal prática traz como consequência um desequilíbrio no sistema tributário, afetando diretamente o princípio da isonomia – ao não se verificar uma tributação conforme a capacidade contributiva – gerando um sentimento de injustiça na forma de arrecadação.

A quebra de sigilo bancário foi um instrumento utilizado com o intuito de impedir a prática dos referidos institutos ilícitos (sonegação fiscal), visto ter sido concedido ao Fisco uma prerrogativa para investigar o cumprimento da obrigação tributária. Nesse sentido, fora discorrido se tal acesso não estaria colidindo com o sigilo de dados assegurados pela Constituição Federal.

Neste ponto, fora abordado a divergência em que se tem na doutrina, quanto o exercício dessa prerrogativa, em relação aos direitos fundamentais da liberdade, privacidade e intimidade. Em contrapartida a eles, estaria o interesse público em arrecadar e o dever de pagar os tributos de acordo com a capacidade contributiva, havendo um embate entre princípios amplamente protegidos pela a Carta Magna.

Diante disso, fora invocado a técnica de ponderação dos princípios, em virtude de não haver hierarquia entre eles. Portanto, em razão de envolver interesse público e o princípio da isonomia, o sigilo de dados seria superado pelo poder-dever do Fisco em fiscalizar o efetivo cumprimento da obrigação, ressaltando que tal medida seria tida como excepcional.

Ademais, não há efetivamente uma quebra. Como fora demonstrado, ocorre na prática uma transferência de sigilo, do bancário para o fiscal. Assim, não poderá a autoridade tributante divulgar os dados conhecidos por ele em razão desta transferência, equiparando-se ao sigilo profissional.

Por fim, demonstrou-se que para adotar tal medida haverá uma série de requisitos a serem seguidos, o que mantém protegido os direitos fundamentais do contribuinte. Inclusive, analisou-se os precedentes adotados pelos Tribunais Superiores, os quais consignam certas cautelas extras a serem tomadas, para assim, possibilitar sua utilização de forma harmônica com os princípios envolvidos.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.
- BORGES, Antônio de Moura; MACHADO, Carolina de Paiva Queiroz. **A quebra do sigilo bancário como medida anti-elisiva e a verificação de sua constitucionalidade**. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/04\\_635.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/04_635.pdf)>. Acesso em: 17 abril 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. **Lei Complementar 105/2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Brasília, DF: 2001
- BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF: 1966.
- CASTRO, Aldemário Araújo. **A constitucionalidade da transferência do sigilo bancário para o fisco preconizada pela lei complementar nº 105/2001**. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/sigilob.htm>. Acesso em 15 de abril de 2018.
- CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CREPALDI, Silvio Aparecido; e Guilherme Simões. **Direito Tributário: Teoria e Prática**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. **Liberdades Públicas** São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos->



anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 17 de abril de 2018.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Marco Aurélio. **Sigilo bancário e a lei complementar nº 105/ 01**. In: Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT, Belo Horizonte, v.1, n. 1, jan./fev. 2003

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário**. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Elisão e Evasão Fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

OLIVEIRA, Nilo Junior de. **Elisão, Evasão e Planejamento tributário**. Disponível em: <http://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-anteriores/edicao-n-4-2014-1-1/1499-433-1508-1-sm/file>. Acesso em: 26 de abril de 2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2017.

RIZZI, Ângela Onzi. **Limites do Planejamento Tributário: Diferença entre Elisão e Evasão Fiscal**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,limites-do-planejamento-tributario-diferencas-entre-elisao-e-evasao-fiscal,46906.html>. Acesso em: 25 de abril de 2018.

ROCHA, Sérgio André. **Processo Administrativo Tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

STF. MANDADO DE SEGURANÇA: MS 23452 RJ. Relator: Celso de Mello. DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086. JusBrasil, 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>. Acesso em: 15 de abril de 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento Tributário: Elisão Abusiva e Evasão Fiscal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.