Continuação – AGU é favorável…

68.Condicionar o fornecimento de informações sobre operações e serviços de instituições financeiras à previa autorização judicial significaria inviabilizar o próprio imposto de renda, que a Constituição discrimina como de competência da União. Seria, noutro passo, atribuir aos bancos a incumbência de fiscalizar a CPMF, em substituição ilegítima ao órgão da administração tributária federal, a que as leis, em decorrência de preceitos constitucionais, conferem competência para tal mister. Os dados bancários sobre contas de contribuintes são imprescindíveis à comparação dos valores declarados ao fisco com aqueles efetivamente movimentados em instituições financeiras. Sem esse elemento de apoio às atividades de fiscalização do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro ou o faturamento, o convite à sonegação de tributos estaria lançado e a arrecadação dos tributos, comprometida, com sérios transtornos de ordem financeira, que se refletiriam, inclusive, sobre os cofres dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista sua participação no produto da arrecadação do imposto de renda.

69.O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF (acórdão ainda não publicado), tendo como impetrante o Banco do Brasil e como impetrado o Procurador-Geral da República, reconheceu por maioria de votos que, em se tratando de créditos subsidiados, o Ministério Público pode requisitar diretamente à instituição financeira, sem prévia autorização judicial, os dados bancários de pessoas envolvidas em operações consideradas em princípio como ilegais. Os créditos subsidiados dizem respeito, indubitavelmente, a movimentação de dinheiro público. Esse entendimento pode, igualmente, ser aplicado aos impostos e contribuições, porque, a partir do momento em que são consignados no orçamento do Poder Público, são tidos como dinheiro público. Ora, se os bancos não podem servir de escudo para encobrir condutas ilícitas, praticadas com dinheiro público proveniente de empréstimo subsidiado, com mais forte razão não devem ser usados para encobrir sonegação fiscal de terceiros, uma vez que tal conduta configura crime contra a ordem tributária e causa danos irreparáveis às finanças do Estado.

70.Releva registrar que, no julgamento retromencionado, o Ministro ILMAR GALVÃO, embora não tenha acompanhado a posição adotada pela maioria dos membros do Tribunal, fez consignar em seu voto menção indicadora da imprescindibilidade de acesso pelo fisco a informações sobre contas bancárias e de que, se exceção houvesse à regra do sigilo, no seu respeitável entendimento, revestir-se-ia ela de muito mais plausibilidade relativamente ao fisco do que em relação ao Ministério Público, nos seguintes termos:

“Na verdade, se exceção houvesse à regra, revestir-se-ia ela, inegavelmente, de muito mais plausibilidade, v.g. relativamente à Fiscalização do Imposto de Renda, que há de estar em permanente vigilância, na busca de sinais de riqueza dos contribuintes, do que em relação ao Ministério Público, cuja iniciativa tem em mira casos específicos, em face dos quais o requerimento ao Juiz não acarreta maiores transtornos.” (grifei)

71.Se a Secretaria da Receita Federal dependesse de prévia autorização judicial para obter informações sobre movimentação bancária de contribuintes, sérios inconvenientes de ordem administrativa seriam

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

criados. Além de outros aspectos negativos já salientados, pertinentes ao comprometimento da arrecadação tributária, imagina-se que o Poder Judiciário ficaria cada vez mais sobrecarregado, caso prevalecesse tal tese, pois os órgãos jurisdicionais passariam a constituir verdadeiros balcões de despacho de pedidos de fornecimento de informações, em prejuízo da solução ágil de litígios, tão reclamada ultimamente pela sociedade. Somente da Secretaria da Receita Federal, o Judiciário teria recebido em 1999 cerca de vinte mil pedidos de autorização para fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, tendo em vista que naquele ano o órgão de administração tributária empreendeu ações fiscais do imposto de renda em 7.819 pessoas físicas e do imposto de renda e da contribuição social sobre o faturamento em 12.840 pessoas jurídicas.

72.BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, em Compêndio de Direito Tributário, Forense, Rio de Janeiro, 1984, pág. 749, ao tratar do direito de o Fisco examinar livros, registros e documentos, transcreve comentário de ALIOMAR BALEEIRO, revestido de toda a pertinência com o tema em estudo, verbis:

“Se o Direito cerca o crédito tributário de garantias e privilégios erga omnes, dando-lhe preferências sobre a hipoteca, assegurando-o por processos judiciais expeditos, etc., seria absurdo que contra o interesse da coletividade, em nome da qual é exercido o poder fiscal, fosse permitido aos indivíduos subtrair ao reconhecimento da verdade, sobre sua indelicadeza para o Fisco, uma prova instituída com finalidade pública.” (grifei)” (§§ 66 a 72 da manifestação anexa).

Em verdade, é, como visto, o próprio caput do art. 2º do Decreto nº 3.724, de 2001 (que regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001), que dispõe que a Secretaria da Receita Federal, por meio de Auditor-Fiscal da Receita Federal, “somente poderá examinar informações relativas a terceiros, constantes de documentos, livros e registros de instituições financeiras e de entidades a elas equiparadas, inclusive os referentes a contas de depósitos e de aplicações financeiras, quando houver procedimento de fiscalização em curso e tais exames forem considerados indispensáveis”. Os incisos do art. 3º do mesmo Decreto, por sua vez, descrevem as hipóteses em que os exames referidos no art. caput do 2º serão “considerados indispensáveis”. Tais disposições descrevem, de modo claro, situações em que razoavelmente se pode presumir a existência de atos que frustram a concretização do dever constitucional de prestar tributos e a correspondente de cobrá-los. O caráter indispensável (isto é, não só a aptidão de tais informações para a realização dos fins tributários do Estado, mas também a impossibilidade de substituí-las por qualquer outro instrumento) de tal informação – assim já qualificado normativamente – evidencia não só a adequação, mas antes mesmo a necessidade de obter-se o imediato acesso a tais dados e documentos.

Viu-se em tópico anterior que as hipóteses de quebra de sigilo atendem, em primeiro plano, à imperiosa necessidade de o Estado Fiscal dispor de meios seguros de apurar os tributos que lhe são devidos. Este é, evidentemente, um dever indeclinável do Estado, e é razoável que tal dever seja exercido sob o imperativo da eficiência, tal como ocorre em relação a todos os atos administrativos. A ordem jurídica anterior aos atos ora impugnados certamente não atendia a esses imperativos, apresentando manifesta inadequação para a consecução daquele fim.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Ao contrário, ao admitir que parcela significativa dos contribuintes dispusessem de meios seguros para fraudar o sistema tributário, implicava não só a impossibilidade de o Estado fazer cumprir uma de suas funções constitucionais básicas, mas também um quadro de iniquidade, haja vista a indesejada proteção daqueles que não adimpliam, de modo correto, o dever fundamental de financiar as atividades do Estado (em contraposição a essa "imunidade", é significativa, por exemplo, a situação dos servidores públicos, cujos dados relativos à renda estão permanentemente à disposição do Estado e que se sujeitam, de modo inevitável, ao imposto de renda e à contribuição previdenciária).

As disposições impugnadas buscam, portanto, alcançar situações em que a Administração não dispõe de meio adequado para garantir a correta avaliação da ocorrência ou não da constituição de crédito tributário. Não há dúvida de que a adoção de mecanismo destinado a identificar, de modo preciso, os atos que ensejam a incidência da norma tributária, é o meio adequado para se assegurar o cumprimento efetivo e isonômico do dever estatal de tributar.

Vencido o requisito da adequação, coloca-se a questão relativa à necessidade – isto é, a questão relativa a saber se o meio empregado para a realização dos fins constitucionais tributários não poderia vir a ser substituído, com menor gravame para os afetados, por alternativa igualmente eficaz. Nesse ponto, pretende-se promover nova inversão da correta posição da questão constitucional. Como já referido, parte a impugnação da pressuposição de que toda e qualquer informação bancária encontra-se sujeita à reserva de jurisdição. Com isso, invoca-se mesmo o direito de proteção judiciária inserto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal para sustentar que a dispensa da intervenção judiciária prévia deslegitimaria o acesso a informações relativas a operações financeiras. A alegação afigura-se absurda. De início, somente seria legítimo presumir ser menos gravoso o acesso a informações relativas a operações financeiras mediante prévia autorização judicial se fosse correta a presunção de ilegitimidade da atuação da administração tributária. Tal pressuposição afigura-se rigorosamente contrária à presunção de legitimidade de que são dotados os atos administrativos – por cuidar-se de lição básica do direito administrativo, vide, por todos, MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1993, 18ª ed., p. 141.

Se tal argumento fosse válido, seria sempre possível sustentar que a prévia manifestação judicial seria menos gravosa do que todo e qualquer exercício do poder de polícia pelo Estado, o que implicaria a eliminação definitiva da auto-executoriedade dos atos administrativos e lançaria séria dúvida sobre a eficiência de manter-se uma estrutura administrativa de fiscalização tributária (então plena e desejavelmente suscetível de substituição pelo Poder Judiciário). Cuida-se de uma claríssima inversão da ordem apta a assegurar o exercício de suas prerrogativas constitucionais pela Administração Pública e de uma falácia. A inversão consiste na circunstância de que a presunção de legitimidade dispensa o recurso prévio a uma convalidação judicial dos atos administrativos – presumivelmente legítimos -, transferindo antes ao particular recalcitrante o ônus de impugná-los em juízo. A falácia, por sua vez, reside na circunstância de que a revisão judicial – inclusive aquela levada a efeito, em caráter cautelar, imediatamente após a edição e, em geral, antes da produção dos efeitos próprios do ato administrativo – jamais se encontrou vedada pela normação impugnada, restando intacto o direito inserto no art. 5º, XXXV, da Carta Magna.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A esse respeito, são precisas as lições de Hely Lopes Meirelles, que explicita todos os pontos invocados e evidencia os custos adicionais para a Administração tributária de recorrer a todo o momento à convalidação judicial de seus atos como condição de sua eficácia própria, verbis:

“A auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

Os autores mais modernos não se cansam de apontar esse atributo nos atos administrativos que o possuem. Entretanto, as nossas Administrações se mostram tímidas na sua utilização e a nossa Justiça, nem sempre atualizada com o Direito Público, em pronunciamentos felizmente raros, tem pretendido condicionar a execução de atos tipicamente auto-executórios a prévia apreciação judicial. Mas, em contraposição a esses julgados esporádicos e errôneos, firma-se cada vez mais a jurisprudência da boa doutrina, reconhecendo à Administração – especialmente quanto aos atos de polícia – o poder de executar direta e imediatamente seus atos imperativos, independentemente de pedido cominatório ou mandado judicial.

Realmente, não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo momento encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública.

O que se faz necessário – como bem adverte Bielsa – é distinguir os atos próprios do poder administrativo, na execução dos quais é irrecusável a auto-executoriedade, dos que lhe são impróprios e, por isso mesmo, dependentes da intervenção de outro poder, como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos. Mas as prestações tipicamente administrativas, principalmente as decorrentes da utilização do poder de polícia, podem ser exigidas e executadas imediata e diretamente pela Administração, sem necessidade de mandado judicial.

Tal o que acontece com as interdições de atividades ilegais, como os embargos e demolições de obras clandestinas, com a inutilização de gêneros impróprios para o consumo e outros atos de polícia administrativa. Claro está, porém, que a execução de tais determinações deve ser precedida de notificação e acompanhada do respectivo auto circunstanciado, em que se comprove a legalidade da atuação do Poder Público e se possibilitem, a posteriori, as medidas judiciais que o particular reputar convenientes à defesa de seus direitos e de seu patrimônio.

Ao particular que se sentir ameaçado ou lesado pela execução do ato administrativo é que caberá pedir proteção judicial para obstar à atividade da Administração contrária aos seus interesses, ou para haver da Fazenda Pública os eventuais prejuízos que tenha injustamente suportado.” (MEIRELLES, op. cit., pp. 143-145).

Crítica semelhante é veiculada pela Secretaria da Receita Federal, nos seguintes termos:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

“48.Deve-se ter presente que a circunstância de a lei complementar não exigir prévia autorização judicial não significa violação de qualquer direito ou garantia individual. Primeiro, porque o sigilo das informações transferidas ao fisco é preservado em toda a sua integridade. A ele se obriga a administração tributária e seus agentes, sob pena de responsabilidade criminal e administrativa. Segundo, porque qualquer violação aos limites legalmente impostos às requisições do fisco ou qualquer abuso verificado na utilização das informações bancárias recebidas pelo fisco poderá e deverá ser sempre controlado pelo Poder Judiciário, mediante provocação do interessado, consoante disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição. Assim, não parece razoável imaginar a necessidade de um processo judicial de exibição de documentos ou apresentação de informações, envolvendo citação, defesa e recursos, para que a administração tributária federal possa obter cada documento e informação, necessários à apuração de cada fato que possivelmente venha a dar origem a um processo administrativo-fiscal,” (§ 48 da manifestação anexa).

A necessidade do acesso por parte da Administração tributária a informações relativas a operações financeiras decorre assim do imperativo normativo de preservar a presunção de legitimidade e a auto-executoriedade dos atos administrativos, do imperativo factual de fazer frente a “relações massificadas de crédito” e da atuação da receita, ao contrário do Ministério Público, junto a um universo imensurável de operações em tese aptas a originar fatos geradores do tributo (tal como afirmaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, nos já referidos julgamentos da ADIn nº 1.790 e do MS nº 21.729-4/DF).

Assim, o meio é necessário, porque a alternativa indicada reduz a eficiência da atuação administrativa (isto é, não é igualmente eficaz) e nem se afigura necessariamente menos gravosa que o devido processo administrativo – que, além de presumivelmente legítimo, oferece, tal como acima explicitado acerca do complexo normativo que o conformou, garantias suficientes aos direitos e posições jurídicas de terceiros. Com efeito, o meio é necessário, pois somente se dotada da auto-executoriedade que lhe confere o texto constitucional poderá a administração e fiscalização tributária maximizar o princípio da eficiência e realizar, em toda a sua plenitude, os imperativos decorrentes do § 1º do art. 145 da Constituição Federal.

Por fim, impõe-se considerar a proporcionalidade em sentido estrito. Nessa esfera, impende cotejar os custos ou gravames para o atingido com os benefícios para a realização dos valores constitucionais contrapostos, com o escopo de determinar-se a existência de uma relação racional e justificada entre esses e aqueles. Nessa passagem, parece inegável a proporcionalidade das normas impugnadas. As considerações precedentes indicaram que a informação dotada de “transcendência econômica ou tributária” nenhuma relação mantém com a intimidade ou a privacidade de pessoa alguma, evidenciaram o caráter material, temporal e finalisticamente limitado do acesso a informações, denotaram as cautelas organizacionais e procedimentais destinadas a preservar – agora sob a forma de sigilo fiscal – o caráter reservado das informações bem como a evitar o uso indevido dessas mesmas informações e disciplinaram de modo estrito e exaustivo as condições de acesso e os instrumentos e mecanismos de responsabilização pela guarda dessas informações.

O multicitado complexo normativo de organização e procedimento cuidou de minimizar qualquer

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

remota possibilidade de ofensa a interesses ou posições jurídicas individuais. Com isso, parece necessário reconhecer que será mínima, se houver, a imposição de gravames aos indivíduos em decorrência da adoção das normas impugnadas.

Por outro lado, o significado e a contribuição de tais normas para a eficiência da fiscalização tributária, o combate à sonegação e às demais atividades ilícitas, a arrecadação tributária, a justiça tributária, a realização dos imperativos constitucionais de observar-se a capacidade contributiva do contribuinte e o caráter pessoal dos tributos, por meio da precisa identificação da renda, do patrimônio e das atividades dos contribuintes, e, em última análise, às prestações sociais do Estado fiscal é, do ponto vista econômico, absolutamente extraordinário (como demonstra o documento anexado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que expõe a gigantesca desproporção entre rendimentos e valores movimentados) e inigualável em volume, celeridade e eficiência, ao passo que, do ponto de vista moral, jurídico e institucional, o benefício propiciado pela medida é rigorosamente inestimável. Nessa medida, é inconstestável a proporcionalidade em sentido estrito da medida, que somente se haveria de por em dúvida em uma intolerável submissão da noção última de prevalência do interesse público.

8. DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS À CONCESSÃO DE LIMINAR

As razões acima expostas acerca de cada impugnação explicitaram a absoluta ausência de plausibilidade jurídica das alegações, afastando o atendimento ao requisito consubstanciado no fumus boni iuris e inviabilizando a concessão da medida cautelar pleiteada. Do mesmo modo, encontra-se ausente o periculum in mora indispensável à concessão da medida cautelar.

No que toca ao pedido de liminar, mais uma vez se evidencia o déficit de fundamentação da presente Ação. Em especial, quanto à alegação de periculum in mora, a Requerente limita-se a afirmar que os dispositivos impugnados provocam uma suposta “gravíssima lesão aos direitos individuais assegurados na Constituição da República”, sem demonstrar em que medida essa alegação genérica evidenciaria a presença desse requisito para a concessão da cautelar.

Em hipótese bastante similar à dos autos, este Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo a relevância da matéria, entendeu não estar caracterizado o periculum in mora, a ensejar a concessão da liminar requerida. Cuidava-se do julgamento da ADIn 1.488, no qual se examinava a denominada lei da interceptação telefônica. Esta Corte, por unanimidade, acompanhou voto do Eminente Relator, Ministro Néri da Silveira, no seguinte sentido:

“Dá-se porém, que não se demonstrou a ocorrência de periculum in mora a justificar, desde logo, se suspenda a vigência do parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 9296, de 1996. A matéria, por certo, está merecer amplo debate, em face da necessidade de se definirem os limites conceituais do que efetivamente se tenha por definitivo como “comunicação de dados”, qual está posta esta fórmula no art. 5º, XII, da Constituição, inclusive, à vista do progresso acelerado das conquistas da informática e da constituição de redes de transmissão de dados ou de acesso a informações em bancos de dados, nos dias em curso.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[…] Não vejo, assim a inconveniência sequer prossiga em vigor essa norma legislativa, até o julgamento final da presente ação, esclarecendo, ademais, que as informações dos requeridos já se encontram nos autos." (DJ 26.11.99, p. 83)

Igualmente, na presente Ação, conforme já demonstrado, não há uma posição definitiva deste Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, razão pela qual é plenamente aplicável o entendimento acima referido neste processo. Pela mesmo motivo, não se verifica a conveniência de concessão da liminar.

Como se não bastasse, não se pode perder de vista que a legislação vergastada bem impõe limites à verificação das operações financeiras dos contribuintes, competindo aos que a ela tiverem acesso resguardar o seu sigilo, inclusive sob pena de responsabilização. Outrossim, em nenhum momento, afastou-se a possibilidade de acesso imediato ao Poder Judiciário, para aqueles que se sentirem lesados por qualquer abuso porventura causado pela administração tributária.

Especialmente, no concernente ao art. 5º da Lei Complementar, cumpre registrar da ausência da regulamentação necessária para a sua efetiva aplicação pela Administração Pública, o que reforça, ainda mais, a ausência do perigo da demora a ensejar a concessão da liminar.

Manifesta, portanto, a absoluta falta dos pressupostos para a concessão da liminar.

9. CONCLUSÃO

As razões ora expostas evidenciam inexistir os requisitos de plausibilidade jurídica da impugnação e do periculum in mora necessários à concessão da medida cautelar pretendida. Do mesmo modo, não se vislumbram razões para o deferimento definitivo dos pedidos cujo exame a Advocacia-Geral da União reserva-se ainda o direito de, oportunamente, levar a efeito.

Em virtude da relevância e da complexidade da matéria em questão, bem como do flagrante interesse público envolvido, seria oportuna, de logo e antes da apreciação do pedido de liminar, a solicitação da manifestação do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República.

Não poderia, contudo, concluir essa manifestação sem registrar a generosa colaboração do Dr. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, ilustre Consultor da União. Em verdade, subscrevo essa peça na mera condição de co-partícipe e Coordenador do Núcleo de Acompanhamento de Feitos Judiciais de Interesse da União, suas Autarquias e Fundações perante o Supremo Tribunal Federal, asseverando a ampla e direta participação dos Drs. Ana Cláudia Manso S. O. Rodrigues, George Rodrigo Bandeira Galindo, Cleso José da Fonseca Filho e Edine Rodrigues de Moura em sua elaboração – integrantes, todos eles, do referido Núcleo.

Eram esses, Senhor Advogado-Geral da União, os elementos e considerações tomados por oportunos para consubstanciar as informações presidenciais preliminares a encaminhar, por Mensagem, ao Colendo Supremo Tribunal Federal, uma vez aprovados por Vossa Excelência.

Brasília, 05 de fevereiro de 2001.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

André Serrão Borges de Sampaio

Consultor da União

Date Created
05/02/2001

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.