

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0001375-96.2014.404.0000/SC

RELATOR : Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA
AGRAVANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)
PROCURADOR : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional
AGRAVADO : LIA CARMEN DE CARVALHO POLONI
ADVOGADO : Samuel Gaertner Eberhardt e outro

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. FINS TRIBUTÁRIOS. POSSIBILIDADE. TRIBUTAÇÃO COM BASE NO ART. 42 DA LEI 9.430/96. PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* NÃO AFASTADA.

1. Não se desconhece a decisão do eg. STF proferida no julgamento do RE nº 389808/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO. Todavia, enquanto não houver o exame definitivo acerca da constitucionalidade da quebra de sigilo bancário por todos os Ministros do STF, especialmente nas ADIs nºs 2386-1, 2397-7, 2406-0 e 2446-9, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, a LC 105/2001 goza da presunção de constitucionalidade, não subsistindo motivo para declarar nulo o lançamento.

2. Ademais, este Regional já se posicionou sobre o tema no julgamento da arguição de inconstitucionalidade na AMS nº 2005.72.01.000181-9/SC que, consoante o disposto nos arts. 97 da CF/88 e 480/482 do CPC, vincula os componentes deste Colegiado até decisão definitiva da Suprema Corte.

3. Legítima a apuração dos tributos com base nos valores creditados em conta bancária, na forma do art. 42 da Lei 9.430/96, se, oportunizada a comprovação da origem dos recursos, não houve atendimento. Registre-se, por oportuno, que vem sendo admitida a presunção *juris tantum* da omissão de receitas, com fundamento no art. 42 da Lei nº 9.430/96, quando o titular da conta bancária creditada não apresenta elementos suficientes para justificar a natureza e origem dos recursos, não sendo óbice ao lançamento o disposto na súmula 182 do TFR.

4. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2a. Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, determinando o regular prosseguimento do feito, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 02 de setembro de 2014.

Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona
Relator

Documento eletrônico assinado por **Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **6942913v2** e, se solicitado, do código **CRCB3CE336A**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Otávio Roberto Pamplona

Data e Hora: 02/09/2014 18:39

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0001375-96.2014.404.0000/SC

RELATOR : Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

AGRAVANTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

PROCURADOR : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional

AGRAVADO : LIA CARMEN DE CARVALHO POLONI

ADVOGADO : Samuel Gaertner Eberhardt e outro

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão singular que acolheu a exceção de pré-executividade, manejado pela parte executada, para declarar extinta a execução fiscal, no tocante à CDA 91.1.10.000017-09.

Eis o teor da decisão impugnada (fls. 103/107):

(...) Portanto, incabível a disponibilização e análise dos documentos pelas instituições financeiras ao fisco, eis que inevitavelmente quebrado o sigilo das informações da excipiente, o que eiva de vícios o procedimento administrativo instaurado em seu desfavor, sendo que só pode haver tal quebra em hipóteses excepcionabilíssimas, nas quais não se enquadra o caso dos autos.

(...)

Portanto, tratando-se de procedimento administrativo que visou a aplicação de sanção tributária, o qual utilizou-se de dados protegidos por sigilo, inevitavelmente falece legalidade à conduta praticada pelo Fisco Federal.

*Diante de todo o exposto, com fulcro no art. 269, I do CPC, **JULGO PROCEDENTE** esta exceção de pré-executividade e, via de consequência, **JULGO EXTINTA** a correspondente execução fiscal, em relação ao crédito da **CDA nº 91.1.10.000017-09 relativo ao processo administrativo nº 10909.006946/2008-75**, devendo prosseguir a ação executiva apenas em relação à CDA nº 91.6.06.003255-70.*

Arcará a parte Exeqüente com os honorários advocatícios que, atento ao § 4º do art. 20 do CPC, fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A parte agravante (União Federal) defende em síntese: *a)* a legalidade da utilização de dados bancários do executado; *b)* a compatibilidade do acesso direto da

administração tributária aos dados financeiros do contribuinte com o art. 5º, X, XII, da CF/88; requer o provimento do agravo, para que seja reformada a decisão recorrida, a fim de manter o lançamento de ofício do crédito estampado na CDA 91.1.10.000017-09

Na contraminuta, a agravada alega que não consta a certidão de intimação da decisão agravada, razão porque o recurso não poderia ser conhecido.

Vieram os autos para julgamento

É o relatório.

VOTO

Ab initio, rejeito, de plano, a alegação de que o instrumento estaria mal instruído por ausência da certidão de intimação da decisão agravada, como dito na contraminuta. Isto porque a intimação da Procuradoria da Fazenda Nacional (PFN) ocorre mediante carga nos autos, fato que está devidamente certificado na fl. 136/verso (carga de autos).

Insta, ainda, consignar que a desistência para fins de parcelamento, noticiada pela fazenda, na inicial, não afeta o julgamento deste agravo, pois esta se deu na forma parcial

Analiso o mérito do agravo.

Algumas considerações preliminares merecem uma breve abordagem.

Faço menção, inicialmente, à petição protocolada pela executada logo após ter obtido êxito na exceção de pré-executividade (fls. 110/111), a qual importou na extinção do crédito estampado na CDA 91.1.10.000017-09. A peticionante, tendo em conta o fato de ter sofrido condenação na esfera criminal (AP n.º 5000114-57.2010.404.7208/SC), requereu a desistência da exceção de pré-executividade, com relação à parcela dos débitos que foi objeto de parcelamento. Isso para assegurar a suspensão da pretensão punitiva estatal e eventual extinção da punibilidade, uma vez quitado o débito, evitando-se assim as indesejáveis consequências de uma condenação definitiva no âmbito penal.

De resto, no tocante ao débito não parcelado (acréscimo patrimonial a descoberto), em relação ao qual a denúncia do MPF não foi recebida, a petição informa, em relação à outra CDA que instrui a execução (n.º 91606003255-70), a intenção de discutir sua exigibilidade em momento oportuno.

Deve então ser observada a parcial desistência da impugnação, nos moldes referidos.

Passo a enfrentar a tese da Procuradoria da Fazenda Nacional, visando a afastar a fundamentação empregada pelo juízo singular no sentido da nulidade da constituição do crédito estampado na CDA 91.1.10.000017-09, em razão de suposta ilegalidade no procedimento de apuração dos débitos consubstanciada na obtenção, por meio de instituições financeiras, de informações protegidas por sigilo bancário, sem que verificada a autorização judicial para tanto.

Do Sigilo Bancário

A sentença proferida nestes autos foi em sentido contrário ao já decidido por esta Corte no Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AMS 2005.72.01.000181-9, de minha Relatoria, *verbis*:

A 2ª Turma deste Tribunal, em julgamento no qual restei vencido, entendeu que o sigilo bancário pode ser quebrado no momento em que, diante do conflito com outro direito protegido também pela Constituição Federal, mereça menos importância. Destacou que o critério de aferimento dessa relação é o princípio da proporcionalidade. Destacou, ainda, que quem deve analisar o conflito entre os valores constitucionais e aplicar o princípio da proporcionalidade é o Poder Judiciário, sendo vedado, portanto, o acesso direto às informações pela autoridade administrativa.

Como as estruturas semântica e textual dos §§ 2º e 3º do art. 11 da Lei 9.311/96, dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 e do art. 1º da Lei 10.174/2001, na parte que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei 9.311/96, foram construídas sobre o pressuposto nuclear da desnecessidade da autorização judicial, entendeu aquele colegiado que esses dispositivos são inconstitucionais, razão pela qual suscitou o presente incidente.

Ou seja, de acordo com o órgão fracionário, o sigilo bancário, no que diz respeito a sua quebra para fins tributários, estaria resguardado pelo princípio da reserva de jurisdição.

Os dispositivos da Lei n.º 9.311, de 14 de outubro de 1996, tidos como inconstitucionais, possuem o seguinte teor:

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

(...)

§ 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 n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores. (Redação dada pela Lei n.º 10.174, de 2001)"

Já os dispositivos da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, têm a seguinte redação:

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.

A questão do sigilo bancário e a sua respectiva quebra pelas autoridades fiscais, independentemente de ordem judicial, é matéria extremamente polêmica, quer em nível doutrinário, quer em nível jurisprudencial, existente antes mesmo da edição da Lei Complementar nº 105/2001.

A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra que inexistente, no âmbito daquela Corte, unanimidade entre os seus Ministros a respeito da matéria. Não há, por outro lado, qualquer decisão colegiada que tenha apontado a inconstitucionalidade das disposições legais que autorizam a quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais.

Especificamente em relação à Lei Complementar nº 105/2001, existem cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade, questionando exatamente as disposições dessa lei que autorizam a quebra do sigilo bancário por parte das autoridades fiscais (ADINs nºs 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406), nas quais não foram concedidas medidas liminares suspendendo as disposições impugnadas. Referidas ações, que foram todas apensadas (cf. despachos nelas exarados e publicados, todos, no Diário da Justiça da União de 02 de outubro de 2001), têm como relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito (o relator originário era o Ministro Sepúlveda Pertence). Fosse entendimento pacífico na

Corte Excelsa a impossibilidade da quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais, com certeza liminares teriam sido concedidas.

Tal fato confirma a assertiva de que inexistente consenso entre os Ministros da Excelsa Corte atinente a essa matéria. Em sendo assim, não vejo motivos para não manter o entendimento que tenho no sentido de que é possível às autoridades fiscais à quebra do sigilo bancário, em havendo razões para tanto.

Com efeito, a garantia ao sigilo bancário não decorre de forma expressa e direta do texto constitucional. A doutrina e a jurisprudência que a defendem, entendem que ela dimana do direito à vida privada das pessoas, sendo uma decorrência, portanto, do inciso X do artigo 5º da Constituição Federal. No entanto, admitindo-se como uma manifestação do direito à privacidade, é de se lembrar que os direitos dos homens atualmente não são mais tidos como direitos absolutos, mas relativos, permitindo-se a sua flexibilização quando interesses outros, mais relevantes, estiverem em jogo.

Ada Pellegrini Grinover, autora consagrada, assinala que os direitos dos homens, na concepção moderna da doutrina constitucional, não podem ter caráter absoluto, em razão do princípio da convivência das liberdades, pelo que não se admite que qualquer delas seja exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias, sendo certo que as grandes linhas evolutivas dos direitos fundamentais, após o liberalismo, acentuaram a transformação dos direitos individuais em direitos do homem inseridos na sociedade. De tal sorte que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas no enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado social de direito, tanto os direitos como as suas limitações (GRINOVER, Ada Pellegrini. As provas ilícitas na Constituição. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 45-46; ainda sobre o caráter relativo dos direitos fundamentais, vide: SCHÄFER, Jairo Gilberto. Direitos fundamentais - proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, Porto Alegre, p. 62/67)

Assim, cabe verificar se a Lei nº 9.311/96 e a Lei Complementar nº 105/2001, ao regular o sigilo bancário, lesaram a tutela do direito à privacidade conferida pela Constituição, num juízo de razoabilidade ou proporcionalidade.

Entendo que não. Com efeito, a Lei Complementar nº 105/2001, ao permitir a quebra do sigilo bancário por parte das autoridades fiscais, estabeleceu algumas condições para tanto. O artigo 6º estabelece que a quebra do sigilo, por parte da fiscalização, pressupõe, sempre, processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. Ainda, a autorização para a quebra não é feita por qualquer servidor, mas por autoridade competente. No caso da Receita Federal, é o seu Delegado, autoridade máxima do órgão no local. Ainda, é de rigor a necessidade - a lei fala em indispensabilidade - da medida. Impôs, ainda, o dever de sigilo às autoridades que, na ação fiscal, tenham acesso aos dados. Inclusive, definiu um tipo penal para a inobservância desse sigilo (art. 10), estatuindo, ademais, a responsabilidade pessoal e direta do servidor que devassá-lo, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da Administração.

Como se vê, o legislador tratou de cercar a quebra do sigilo bancário de uma série de garantias, de modo a se preservar a privacidade do cidadão, ou mesmo das empresas, submetidas à ação fiscal. A rigor, há apenas a transferência da obrigação de sigilo, que passa da instituição bancária à autoridade fiscal.

Apreciando a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, com precisão, assim se manifesta Lênio Luiz Streck:

"De notar que, recentemente foi promulgada a Lei Complementar n. 105/2000, que trata da quebra do sigilo fiscal, questão que tem gerado discussões acerca da possível

violação do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Tudo está a indicar que a citada LC não viola o aludido inciso XII do art. 5º da Constituição Federal. Desse modo, respeitando opiniões em contrário, tenho que a LC 105 não colide com a Constituição. A toda evidência, não se poderá invocar o inciso XII do art. 5º, que nem de longe trata do sigilo fiscal ou bancário. Ou seja, onde está escrito sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas não se pode ler "inviolabilidade de sigilo fiscal". Tal dispositivo protege comunicação de dados e demais comunicações que sejam feitas por via telefônica (meio utilizado pela Internet), questão, aliás, que já foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal (RE nº 219.790/PE), ou seja, o inciso XII proíbe a interceptação da comunicação de dados e não dos resultados. Restaria o argumento de que a LC 105 viola o inciso X do art. 5º, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Também aqui não se vislumbra inconstitucionalidade da LC 105. Note-se, por exemplo, que existem várias leis que regulam as devidas exceções (Código Penal no que tange à honra, mediante a retorsão imediata, o direito de resposta, etc). Ora, entender que a LC 105 não poderia tratar da quebra do sigilo fiscal em determinadas circunstâncias, cuidadosamente especificadas na LC e no Decreto regulamentador, é dar ao inciso X do art. 5º um sentido absoluto e definitivo em-si-mesmo, afastando, portanto, qualquer possibilidade de regulação em leis esparsas. Observe-se que o próprio inciso X do art. 5º estipula a possibilidade de indenização para o caso de ocorrer dano. Ou seja, se fosse possível enquadrar o sigilo fiscal na moldura do aludido inciso, estar-se-ia até mesmo impedindo que este pudesse ser quebrado por ordem judicial. O sigilo seria, assim, absoluto...A latere, há quem esgrima o argumento da reserva de jurisdição, isto é, a alegação de que a quebra do sigilo fiscal deveria seguir a mesma regra do sigilo das comunicações telefônicas, mediante ordem judicial. Na verdade, esse argumento não encontra fundamento constitucional, porque o sigilo fiscal não recebeu proteção constitucional, o que não deixa de guardar coerência com a idéia de Estado-Social-Fiscal que exsurge da CF/88. Por outro lado, o sistema financeiro nacional, que tem capítulo específico na CF/88, em nenhum momento trata da proteção do sigilo fiscal. Ao contrário, o legislador constituinte afirmou que o "sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar". De qualquer modo, importa referir, na linha adotada na presente obra, que a discussão acerca da citada Lei e do Decreto que a regulamenta implica discutir, antes de mais nada, o tipo de Estado em que vivemos e nos novos paradigmas do Direito inerentes ao Estado Democrático de Direito. Nesse exato sentido, assume importância fundamental a noção de Estado Fiscal, cujas necessidades financeiras são nitidamente cobertas por impostos. Nesse sentido, a Constituição brasileira contempla explicitamente os objetivos de reduzir a pobreza e as desigualdades (não importa aqui, discutir se o governo se empenha ou não nesse sentido, pois a questão institucional posta é manifestamente transcendente a governos). Na perspectiva de Estado Social (que inegavelmente se encontra presente no conjunto de preceitos e princípios da CF/88), o imposto, enquanto dever fundamental, não deve ser encarado, conforme Casalta Nabais, nem como um mero poder para o Estado, nem como um mero sacrifício para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida em comunidade organizada em Estado Fiscal. Um tipo de Estado que tem na subsidiariedade da sua própria ação (econômico-social) e no primado da auto-responsabilidade dos cidadãos pelo seu sustento o seu verdadeiro suporte. Daí que não se pode falar num (pretens) direito fundamental (de caráter liberal-individualista) a não pagar impostos. Ao contrário, há um dever fundamental de pagar tributos (cfe. José Casalta Nabais, in O dever fundamental de pagar impostos. Coimbra, Almedina, 1998). Muito embora inegável essa perspectiva de Estado Social-Fiscal, o nível de sonegação de tributos é escandaloso, beirando ao surrealismo. Diversas legislações objetiva(ram combater essa sangria. O êxito é quase zero. Urgia que o Estado buscasse novas fórmulas para combater a sonegação. É, pois, obrigação precípua do Estado. Nesse sentido, Baptista Machado (Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador) vai afirmar que hoje deve dizer-se que o princípio do Estado de Direito não exige apenas a

garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige também a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato (e não se diga que os sonegadores de impostos, pessoas físicas e jurídicas, não se constituem em poderes sociais de fato, que obstaculizam, escandalosamente, a realização dos direitos previstos na CF/88). Assim, poderá afirmar-se, ainda com o pensador português, que a idéia de Estado de Direito se demite da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos. Daí que a nova Lei é absolutamente compatível com o núcleo político fundamental da Constituição, que aponta para a realização das promessas da modernidade. Na prática, o que está ocorrendo é um prognóstico precipitado por parte de setores da comunidade jurídica, através de pré-visões que apontam para uma violação dos direitos a intimidade, a privacidade, etc. nesse sentido, é preciso entender que, na Alemanha, p. ex., o Tribunal Constitucional tem afirmado que "uma medida legal não é logo inconstitucional porque se baseia num falso prognóstico" (apud Denninger, Erlhard). Também nesse sentido, Stern, in Staats Rechts, Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, diz que "somente nos casos de más avaliações patentes (as leis) podem ser corrigidas judicialmente". Dito de outro modo, a nova Lei deve ser interpretada levando em conta o conjunto principiológico da CF/88, mormente naquilo que diz respeito à idéia de Estado-Fiscal e à idéia de que o sistema financeiro deve servir de elemento estruturante da promoção do desenvolvimento do País e a servir aos interesses da coletividade. A noção de Constituição que deve ser levada em conta não é a do Estado-Liberal, pródigo em tratar das liberdades negativas e, sim, de atividades propositivas que devem ser tomadas pelo Estado em defesa da comunidade. São, enfim, os novos paradigmas do Direito que devem servir de topos conformador da atividade legiferante-estatal. Ou seja, há um dever fundamental de pagar impostos, e o Estado tem a obrigação de perseguir esse desiderato que lhe é próprio. E a CF/88 aponta nesse sentido. Onde o constituinte quis excepcionar, fê-lo explicitamente, até porque não há o direito (no sentido de liberdade negativa) de sonegar" (STRECK, Lênio Luiz. As intercepções telefônicas e os direitos fundamentais. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, nota 116, p. 131-133)

Às ponderações do ilustre jurista pátrio, agrego excerto do parecer do nobre representante do Ministério Público Federal, Dr. Carlos Antônio Fernandes de Oliveira, exarado nos autos do Mandado de Segurança n. 2003.72.00.011892-4, que apreciei quando atuava junto à 5ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Santa Catarina, que, sob o enfoque do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de bens, plenamente aplicáveis à espécie, acentuou:

"(...) Antes de qualquer discussão, cumpre asseverar que o direito ao sigilo das informações bancárias não se encontra, expressamente, amparado pelo texto constitucional. Em nenhum de seus dispositivos, e a Constituição de 1988 é bastante prolixa, a norma constitucional brasileira se refere à garantia ao sigilo bancário como um direito individual dos cidadãos. O 'status' constitucional desta garantia tem amparo em entendimento doutrinário e jurisprudencial que defende o sigilo bancário como decorrente do direito à privacidade e à intimidade, previstos no art. 5º, incisos X e XII da CRFB. Daí o amparo constitucional desta garantia. Ainda que bastante questionável o alcance dado ao artigo 5º, incisos X e XII da CRFB, se reconhecida a condição de garantia constitucional ao sigilo bancário, deve-se perquirir se tal direito, em confronto com o princípio da moralidade fiscal e vários outros preceitos que norteiam o Estado Constitucional brasileiro, sob o prisma do princípio da ponderação, não deve ser restringido.

Ao que parece, estão em colisão determinadas máximas que norteiam a atuação do Estado. De um lado, o direito ao sigilo bancário dos cidadãos, a garantia de não terem sua intimidade e privacidade vilipendiados, de outro, o dever do Poder Público em obedecer aos preceitos da moralidade administrativa, de construir uma sociedade digna e justa, com desenvolvimento, bem estar e oportunidades para todos, como disposto no artigo 3º da CRFB. A resolução da presente colisão de interesse passa, certamente, pelo

estudo acerca do princípio da ponderação.

Diferentemente da solução de antinomias entre regras jurídicas, que se resolve no plano da validade, a colisão entre princípios jurídicos se resolve no plano do valor. Segundo a teoria desenvolvida pelo jurista alemão Robert Alexy, em sua obra 'La teoria de los derechos fundamentales', quando dois ou mais princípios reconhecidos pelo ordenamento normativo se encontram em conflito, deve-se apurar qual deles prevalece no caso específico, naquela situação concreta. Numa 'relação de precedência condicionada', deve-se apurar, pelas circunstâncias e condições do caso concreto, qual princípio tem maior peso, valor, devendo preceder aos demais.

No presente caso, pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e da necessária adequação da atividade administrativa à satisfação do interesse público, numa relação de procedência condicionada, faz-se imperioso concluir que deve prevalecer o princípio da moralidade administrativa, uma vez que não se pode aceitar que a norma constitucional sirva de refúgio à prática da sonegação, contrária aos objetivos do Estado e de efeitos deletérios à sociedade como um todo. A supremacia do interesse público, em última análise, veda a proteção pelo texto constitucional da atividade da evasão fiscal. (...)"

Acrescento, ainda, que se apresenta desarrazoado, sempre que houver a necessidade de acesso à vida financeira das empresas por parte da fiscalização tributária, seja a administração instada a provocar o Judiciário para tanto, tendo que ajuizar uma ação, de procedimento ordinário, postulando essa quebra. O adequado, a meu sentir, é permitir-se, como autorizam a Lei nº 9.311/96 e a Lei Complementar nº 105/2001, que a autoridade fiscal, através de procedimento administrativo próprio, proceda à quebra do sigilo. Sentindo-se o contribuinte prejudicado, por se apresentar a ação da autoridade arbitrária, pode, então, provocar a tutela jurisdicional. É de se presumir a legitimidade da ação das autoridades constituídas, devendo o contrário ser provado.

Desse modo, tenho que é viável a quebra do sigilo bancário pela administração fazendária, não havendo qualquer mácula de inconstitucionalidade nos §§ 2º e 3º do art. 11 da Lei 9.311/96, nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 e no art. 1º da Lei 10.174/2001, na parte que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei 9.311/96.

O julgado restou assim ementado:

INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFOS 2º e 3º DO ARTS. 11 DA LEI 9.311/96, ARTS. 5º e 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001 E ART. 1º DA LEI 10.174/2001, NA PARTE QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO PARÁGRAFO 3º DO ART. 11 DA LEI 9.311/96. SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA PARA FINS DE INSTRUÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL. PRINCÍPIO DA RESERVA DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. REJEIÇÃO DO INCIDENTE.

1. Os arts. 11, §§ 2º e 3º, da Lei nº 9.311/96, e 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, ao regularem a quebra do sigilo bancário para fins tributários, não lesaram a tutela do direito à privacidade conferida pela Constituição de 1988.

2. As normas que versam sobre sigilo bancário devem ser interpretadas levando em conta o conjunto principiológico da Constituição, e dessa diretriz sobressaem duas premissas básicas que devem nortear o intérprete: é obrigação precípua do Poder Público combater a sonegação, de modo a propiciar o custeio das necessidades financeiras do Estado, e o sistema financeiro deve servir de elemento estruturante da promoção do desenvolvimento do País e dos interesses da coletividade. Lições na doutrina.

3. O legislador preservou a privacidade do cidadão, instituindo mecanismo cercado de garantias, que apenas transfere a obrigação de sigilo da instituição bancária para a autoridade fiscal. Não é razoável que, sempre que houver a necessidade de acesso à vida financeira das pessoas físicas ou jurídicas por parte da fiscalização tributária, seja

a Administração instada a provocar o Judiciário para tanto. Sentindo-se o contribuinte prejudicado com a quebra de seu sigilo, por se apresentar a ação da autoridade arbitrária, pode, então, provocar a tutela jurisdicional. É de se presumir a legitimidade da ação das autoridades constituídas, devendo o contrário ser provado.

4. Não há vício de inconstitucionalidade nos §§ 2º e 3º do art. 11 da Lei 9.311/96, nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e no art. 1º da Lei 10.174/2001, na parte que deu nova redação ao § 3º do art. 11 da Lei 9.311/96. (TRF 4ª região, Corte Especial, INCIDENTE DE ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA AMS Nº 2005.72.01.000181-9/ Publicado em 17/12/2007)'

A arguição de inconstitucionalidade referida alhures vincula os membros do Tribunal, consoante o disposto nos arts. 97 da CF/88 e 480/482 do CPC, até decisão definitiva da Suprema Corte.

Destaco, ainda, recente decisão da 8ª Turma deste Regional, pela qual se depreende que a decisão do STF no RE 389808-PR, invocada pelo apelante, não está consolidada no âmbito daquele Sodalício, *verbis*:

'PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SIGILO BANCÁRIO. LEI COMPLEMENTAR 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSOLIDAÇÃO JURISPRUDENCIAL EM SENTIDO CONTRÁRIO. ORDEM DENEGADA. 1. A decisão proferida pelo STF no RE nº 389808-PR (rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 15-12-2010), afastando a possibilidade de o fisco proceder à quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, não reflete a orientação jurisprudencial dos atuais componentes do Pretório Excelso, que, em apertada votação, acompanham o entendimento em sentido contrário, capitaneado pelo eminente Min. JOAQUIM BARBOSA, por ocasião do julgamento da AC 33 MC/PR (Inf. 610 do STF), conforme salientaram os Ministros DIAS TOFFOLI, CÁRMEN LÚCIA, AYRES BRITTO E ELLEN GRACIE ao ficarem vencidos no precedente mencionado na impetração. 2. Desse modo, enquanto não houver um exame definitivo dessa quaestio juris por todos os Ministros do STF, especialmente nas ADIs nºs 2386-1, 2397-7, 2406-0 e 2446-9, atribuídas ao Min. DIAS TOFFOLI em 26-10-2009, a LC 105/2001 goza da presunção de constitucionalidade, não havendo qualquer mácula nas ações penais instauradas a partir da obtenção de dados bancários diretamente pela autoridade tributária. 3. Ordem denegada. (TRF4, 'HABEAS CORPUS' Nº 0000966-28.2011.404.0000, 8ª Turma, Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ, POR UNANIMIDADE, D.E. 04/03/2011)'

Assim, no caso em tela, o lançamento não pode ser desconstituído pelo tão só fato de ter sido efetuado com base em dados bancários obtidos mediante requisição do Fisco à instituição financeira sem prévia autorização judicial.

Com isso, merece reparo a decisão singular, reconhecendo-se a regularidade na constiuição dos débitos estampados na CDA n.º 91.1.10.000017-09, para que a execução prossiga regularmente, observada, além disso, a desistência parcial da exceção manifestada às fls. 110/111.

Ante o exposto, voto por **dar provimento** ao agravo de instrumento.

Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona
Relator