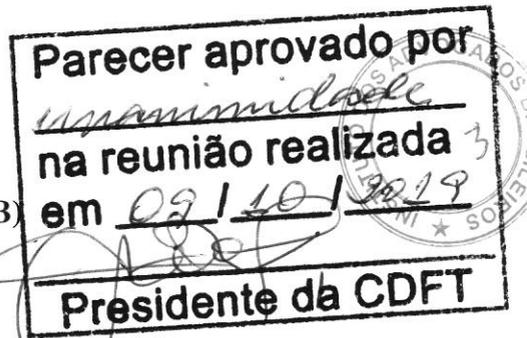




INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS (IAB)
Comissão de Direito Financeiro e Tributário



Indicação nº 054/2019

Autora: Presidente Dra. Rita Cortez

Presidente da Comissão: Prof. Dr. Adilson Rodrigues Pires

Relator: FÁBIO MARTINS DE ANDRADE

Instrução Normativa 1.571/2015 que trata da exigência da Receita Federal aos Bancos sobre informações acerca da movimentação financeira de escritórios de advocacia, como regulamentação do disposto na LC 105/2001, que autoriza a transferência do sigilo bancário como medida necessária para dar eficiência à fiscalização tributária. Não ocorrência de quebra de sigilo bancário e tampouco de sigilo profissional.

Parecer opinando:

- (a) pela atual legitimidade da IN 1.571/2015, que foi objeto de questionamento no MSC 0014731-70.2016.4.02.5101 e MSC 0015459-86.2017.4.02.5001, impetrados no RJ e no ES, respectivamente, com recentes decisões contrárias proferidas pelo E. TRF/2ª Região; e
- (b) pelo acompanhamento da interposição dos apelos extremos (recursos especial e extraordinário) para que se volte a analisar o cenário subjacente predominante no STF, especialmente à luz da previsão de julgamento do Tema 990, incluído na pauta de julgamento do dia 21.11.2019.

SUMÁRIO

1. Histórico – 2. A impetração dos mandados de segurança pela OAB – 3. Recentes decisões – 4. Comentários – 5. Possíveis alternativas – 6. Conclusão. 7. Opinião.

Honra-nos a Presidente do IAB, Dra. Rita Cortez, com a Indicação nº 054/2019, cujo trecho conclusivo bem resumiu a atual importância do tema: “*Tratando-se de matéria de extremo interesse da advocacia e tendo em vista que a decisão proferida pelo TRF/2 contraria tese defendida pela OAB, é a indicação da presidência no sentido de que a tese seja apreciada pela Comissão de Direito Financeiro e Tributário, alicerçando eventual manifestação do IAB sobre a hipótese, uma vez que o instituto tem sido intransigente nas suas manifestações em prol da garantia do DIREITO DE DEFESA E DAS PRERROGATIVAS da advocacia*”.



Distribuída a Indicação à Comissão de Direito Financeiro e Tributário, humildemente coube-me proceder à análise do tema em foco, o que passo a expor.

1. HISTÓRICO

Em 2001, a Lei Complementar nº 105 veio dispor sobre o sigilo das operações de instituições financeiras. Dentre os seus 13 artigos, destacam-se os artigos: 5º, que prevê a disciplina pelo Poder Executivo dos critérios segundo as quais as instituições financeiras informarão à Administração Tributária da União, as operações financeiras (enumeradas nos 15 incisos constantes do parágrafo 1º) pelos usuários de seus serviços, com a regulamentação pelo Decreto nº 4.489/2002; e 6º, o qual prescreve que: “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”; sendo que o parágrafo único explicita ainda que: “O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”. Tal dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724/2001, com a redação dada pelo Decreto nº 8.303/2014.

O art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 teve a sua constitucionalidade desafiada perante o E. Supremo Tribunal Federal, tendo sido decidido com repercussão geral. Nesse caso, a ementa assim dispõe:

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

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



finalidade precípua da tributação de realizar a igualdade em seu duplo compromisso, a autonomia individual e o autogoverno coletivo.

2. Do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira.

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

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

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

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

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

8. Recurso extraordinário a que se nega provimento".¹

Em alentado estudo doutrinário sobre variados aspectos relacionados ao acórdão em questão, a articulista iniciou a sua análise crítica com a seguinte ponderação: “Independentemente da posição adotada por cada um, os Ministros exauriram o tema discutido; esmiuçaram o debate, não se limitaram à ementa do acórdão, o que, infelizmente, é incomum neste Tribunal, esclareceram cada liame da matéria, inclusive a aplicação dos dispositivos constitucionais citados e a forma com que seriam (ou não) mitigados, justificaram a ‘razão de’, indicaram precedentes legítimos, tudo isso a fim de alcançar, definitivamente, uma posição sólida sobre o tema por parte do STF”. Depois

¹ STF – Plenário, RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, j. 24.02.2016, DJe 16.09.2016. Este caso transitou em julgado em 09.11.2016.



de elucidar os principais pontos abordados nos votos de cada um dos Ministros, um a um, a articulista concluiu o seu estudo recomendando cautela com a mitigação dos direitos fundamentais, sobretudo considerando-se a tenra idade de nossa redemocratização, *verbis*:

“Por aqui, ainda há necessidade de extrema cautela quanto à mitigação dos direitos fundamentais, já que muito se batalhou para alcançá-los, e estes sequer estão abalizados a ponto de ponderarmos revisões desnecessárias, principalmente quando o assunto em voga se refere à tributação.

Por essa razão, nada mais fidedigno que seja o próprio Judiciário quem decida sobre quebra do sigilo bancário (sempre que se vislumbre indícios de que determinadas atividades financeiras de contribuintes estão sendo utilizadas para viabilizar a criminalidade internacional, lavagem de dinheiro, narcotráfico, sonegação, corrupção, entre outros desta natureza).

Além do mais, a autorização judicial é a maior garantia constitucional, tanto para o Fisco e o Estado, contra o crime organizado e, especificamente, contra a sonegação, como para o bom contribuinte, contra o arbítrio fiscal e a concussão: realidades brasileiras.

O Judiciário detém a prerrogativa de quebrar sigilo, e, ainda assim, de forma limitada. É difícil conceber a ideia de que a Receita, órgão fiscalizador e arrecadador, tenha prerrogativa superior ao do Judiciário, assegurada na Carta da República”.²

Com o advento da Instrução Normativa RFB nº 1.571/2015, que dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações de interesse da SRFB, prevê no seu artigo 4º o amplo elenco das pessoas jurídicas, instituições financeiras e equiparadas, que ficam obrigadas a apresentar a e-Financeira, a ser transmitida ao ambiente do SPED. Tais entidades deverão informar no módulo de operações financeiras elenco de doze itens com as informações referentes a operações financeiras dos usuários de seus serviços, como segue: “I – saldo no último dia útil do ano de qualquer conta de depósito, inclusive de poupança, considerando quaisquer movimentações, tais como pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques, emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados ou resgates à vista ou a prazo, discriminando o total do rendimento mensal bruto pago ou creditado à conta, acumulados anualmente, mês a mês; II – saldo no último dia útil do ano de cada

² ELIAN, Muriel Muniz Hissa. O RE nº 691.314: Discussão sobre a constitucionalidade do art. 5º e 6º da LC 105/01 frente ao parâmetro do sigilo bancário (art. 5º, X e XII da CF/88). ORLANDO, Breno Ladeira Kingma e outros (Coord.). **Análise jurisprudencial de teses relevantes em direito tributário**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, p. 217-244, 2019, p. 234 e 243-244.



aplicação financeira, bem como os correspondentes somatórios mensais a crédito e a débito, considerando quaisquer movimentos, tais como os relativos a investimentos, resgates, alienações, cessões ou liquidações das referidas aplicações havidas, mês a mês, no decorrer do ano; III – rendimentos brutos, acumulados anualmente, mês a mês, por aplicações financeiras no decorrer do ano, individualizados por tipo de rendimento, incluídos os valores oriundos da venda ou resgate de ativos sob custódia e do resgate de fundos de investimento; IV – saldo, no último dia útil do ano ou no dia de encerramento, de provisões matemáticas de benefícios a conceder referente a cada plano de benefício de previdência complementar ou a cada plano de seguros de pessoas, discriminando, mês a mês, o total das respectivas movimentações, a crédito ou a débito, ocorridas no decorrer do ano, na forma estabelecida no inciso I do caput do art. 15; V – saldo, no último dia útil do ano ou no dia de encerramento, de cada Fapi, e as correspondentes movimentações, discriminadas mês a mês, a crédito e a débito, ocorridas no decorrer do ano, na forma estabelecida no inciso I do caput do art. 15; VI – valores de benefícios ou de capitais segurados, acumulados anualmente, mês a mês, pagos sob a forma de pagamento único, ou sob a forma de renda; VII – lançamentos de transferência entre contas do mesmo titular realizadas entre contas de depósitos à vista, ou entre contas de poupança, ou entre contas de depósitos à vista e de poupança; VIII – aquisições de moeda estrangeira; IX – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; X – transferências de moeda e de outros valores para o exterior, excluídas as operações de que trata o inciso VIII; XI – o total dos valores pagos até o último dia do ano, incluindo os valores dos lances que resultaram em contemplação, deduzido dos valores de créditos disponibilizados ao cotista e as correspondentes movimentações, ocorridas no decorrer do ano, discriminadas mês a mês, a crédito e a débito, na forma estabelecida no inciso I do caput do art. 15, por cota de consórcio; e XII – valor de créditos disponibilizados ao cotista, acumulados anualmente, mês a mês, por cota de consórcio, no decorrer do ano”.



2. A IMPETRAÇÃO DOS MANDADOS DE SEGURANÇA PELA OAB

A OAB/RJ impetrou Mandado de Segurança Coletivo – MSC, no qual pleiteou a concessão da segurança “*para reconhecer a ilegalidade e a inconstitucionalidade da IN 1.571/15 da Receita Federal do Brasil, impondo à Autoridade Coatora que se abstenha da aplicação da referida Instrução Normativa aos advogados e escritórios de advocacia inscritos nesta Seccional*” (cf. fl. 22 do MSC 0014731-70.2016.4.02.5101). Para tanto, fundamentou-se: na ofensa à privacidade, intimidade e ao sigilo de dados, constantes no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição da República; na reserva de jurisdição, “*princípio cujo qual determinados atos só podem ser praticados mediante decisão judicial*”; bem como o sigilo profissional, constante no art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.906/94, sustentando aqui que: “*Tais garantias são uma via de mão dupla: visa a proteção primeiro do cidadão e de sua defesa, bem como a do advogado, como forma de garantir que este possa sempre atuar na defesa dos direitos daquele, sem nenhum tipo de intervenção ou pressão externa. É uma garantia, antes de tudo, da sociedade*”.

Após manifestação da União (fls. 45/102), a medida liminar pleiteada foi INDEFERIDA (fls. 103/109), tendo sido posteriormente a segurança DENEGADA pela sentença (fls. 134/139). Irresignada, a OAB/RJ interpôs o recurso de apelação (fls. 144/173), a qual foi contestada (fls. 182/201), tendo o TRF/2 decidido pela ampliação indevida da IN, que teria transbordado o limite legal da LC 105/2001 e do art. 197 (fls. 221/232). Posteriormente, quando do julgamento de embargos de declaração opostos pela União, o TRF/2 decidiu pelo seu provimento, com efeitos modificativos, para desprover a apelação, revertendo o resultado do julgamento (fls. 272/287).

A OAB/ES impetrou MSC no qual pediu a concessão da segurança “*a) determinar à autoridade coatora o impedimento da quebra do sigilo bancário dos advogados e sociedades de advogados com registro na OAB/ES, salvo quando tratar-se de persecução criminal e mediante prévia autorização judicial, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por descumprimento; b) subsidiariamente, na remota possibilidade de haver o indeferimento do pedido de item anterior, determinar que as instituições bancárias e financeiras se abstenham de fornecer e que a autoridade coatora fique impedida de exigir ou utilizar as informações previstas nas INs RFB nºs 802/2007 e 1.571/2015, sem a instauração de processo*



administrativo fiscal prévio e contendo dados além dos previstos no art. 5º, § 2º, da LC 105/01, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por descumprimento”. Para tanto, fundamentou-se na violação dos artigos 5º, incisos X, XII, LIV, e 145, § 1º, ambos da Constituição da República; bem como a ilegalidade da remessa de ofício dos dados bancários dos advogados e sociedades de advogados sem processo administrativo fiscal, vez que o ato regulamentar teria extrapolado a sua matriz legal (arts. 5º e 6º da LC 105/01, que devem ser lidos conjuntamente).

Regularmente intimada, a União apresentou as suas informações pela legitimidade do ato normativo regulamentar (fls. 74-85). A medida liminar foi INDEFERIDA. Houve manifestação também da RFB (Evento 40). O MPF opinou pela denegação da segurança (Evento 50). Na sentença o pedido foi julgado IMPROCEDENTE, denegando a segurança pleiteada (Evento 51). Irresignada a Impetrante interpôs o recurso de apelação, tendo sido respondido pela União (Evento 85). O Parecer do MPF na segunda instância também foi opinando pelo improvimento do recurso de apelação (Evento 8/TRF2).

Do cotejo dos dois processos, percebe-se que o segundo ficou melhor “aparelhado” no tradicional dizer do Ministro Marco Aurélio, significando que consta melhor e mais profunda fundamentação no pedido e da defesa.

Além disso, há informação nos autos de que também a OAB/SP tentou o mesmo pleito, tendo sido denegada a segurança no TRF/3.

3. RECENTES DECISÕES

No MSC impetrado pela OAB/RJ, a ementa do acórdão recentemente proferido é a seguinte:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. OAB/RJ. LC 105/2001. IN 1.571/15 DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. DECISÃO DIVERSA DO PEDIDO. ADEQUAÇÃO. ERRO MATERIAL RECONHECIDO.

1 – Trata-se de embargos de declaração opostos por UNIÃO FEDERAL contra acórdão que julgou procedente recurso de Apelação da OAB-RJ para suspender os efeitos da IN 1.571/15, sob o argumento de que teria o acórdão incorrido em obscuridade e erro material, decidindo questão diversa do que foi pedido.



2 – Os embargos de declaração têm cabimento restrito às hipóteses previstas nos incisos I, II e III do art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015. Justificam-se, pois, em havendo no v. acórdão embargado, obscuridade, contradição ou omissão quanto a ponto sobre o qual deveria ter havido pronunciamento do órgão julgador, ou, ainda, erro material, contribuindo, dessa forma, ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.

3 – O pedido formulado pela Impetrante é no sentido de que a Administração Tributária não exija das Instituições Financeiras listadas no art. 4º da IN RFB nº 1.571/15 informações financeiras relativas a advogados e escritórios de advocacia sediados no Rio de Janeiro. A minha manifestação no julgamento foi no sentido de que não há qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade na obrigatoriedade de prestação de informações previstas na LC 105/2001, regulamentada pela IN RFB nº 1.571/15, desde que exigidas das entidades ali listadas, configurando-se ilegal a exigência de prestação de tais informações pela própria OAB/RJ, que não estaria obrigada a tal.

4 – Os fundamentos adotados durante o julgamento e transcritos em notas taquigráficas estão claros e os confirmo. No entanto, a conclusão está equivocada, porque, em nenhum momento, foi exigido da OAB/RJ a prestação de tais informações e a leitura minuciosa da IN RFB nº 1.571/15 não indica que tenha extrapolado os limites da LC que pretende regulamentar, com uma extensão indevida. Em verdade, pretende a OAB/RJ que **as Instituições Financeiras deixem de prestar as informações exigíveis e previstas em lei**, o que não se admite, pois tornaria a classe dos advogados distinta dos demais contribuintes, violando o princípio da isonomia previsto no art. 150, II, da CRFB/88.

5 – Não é demais reforçar que as informações que devem ser prestadas pelas instituições previstas na LC 105/2001 e na IN RFB nº 1.571/15 que regulamenta o seu art. 5º, não se caracterizam como violação ao sigilo profissional advogado-cliente, na medida em que se restringem à identificação dos titulares das operações e montantes globais mensalmente movimentados, na forma do que estabelece o §2º do art. 5º da LC 105/2001, estando expressamente resguardada a manutenção de sigilo das informações como estabelece o mesmo artigo em seu §5º.

6 – Na forma da fundamentação já apresentada em seção, e mantendo-me alinhado ao pedido formulado, acolho o erro material apontado, para negar provimento à apelação, acompanhando a Relatora.

7 – Embargos de declaração providos, atribuindo-lhes efeitos modificativos para negar provimento à apelação, acompanhando a Relatora”.³

Quanto ao segundo caso sob exame, a ementa do acórdão restou assim redigida:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LC N. 105/2001. AUSÊNCIA DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. MERA TRANSFERÊNCIA

³ TRF/2 – 7ª Turma Especializada, ED em AC no MSC 0014731-70.2016.4.02.5101, Rel. Des. Fed. Marcus Abraham, j. 04.09.2019, DJe 10.09.2019.



DO SIGILO, QUE PASSA A SER FISCAL. IN'S Nº 802/2007 E Nº 1.571/2015 DA RFB. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE ILEGALIDADE.

1. O STF enfrentou o tema acerca da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC 105/2001, no que se refere ao direito ao sigilo bancário do contribuinte, em confronto de direito à obtenção de informações junto à instituição financeira, para fiscalização e apuração de tributos, quando da apreciação do RE n. 601.314, em sede de repercussão geral, bem como nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859.

2. A Corte Suprema declarou a constitucionalidade da LC 105/2001 e da legislação tributária federal que a regulamenta, bem como reconheceu a prerrogativa de a administração tributária requisitar diretamente às instituições financeiras os dados bancários de seus correntistas para o fim de cobrar-lhes tributos. Prevaleram em favor da lei, ao menos, três fundamentos: a necessidade de instrumentos eficientes de fiscalização tributária, a estreita conexão entre o acesso à informação e a concretização da justiça fiscal, por meio da capacidade contributiva, e a evidente tendência internacional ao fim do sigilo bancário contra o Fisco e à troca de informações entre os vários países.

3. A Corte Suprema, diga-se, não declarou o fim do sigilo bancário. Reconheceu apenas a impossibilidade de o contribuinte se valer da alegação do direito ao sigilo bancário para obstar o Fisco de requisitar diretamente às instituições financeiras os dados bancários pertinentes de seus correntistas, para fins de exame, com o desiderato de cobrar-lhes tributos.

4. Permanece, no entanto, o dever de guarda e sigilo em relação aos dados obtidos, nos termos dos arts. 5º e 6º da LC 105/2001 e da legislação tributária que a regulamenta. Por isso, o STF esposou a compreensão de que o sigilo não seria, de fato, 'quebrado', mas 'transferido' ao Fisco, com o compromisso de mantê-lo.

5. A Administração Tributária, portanto, não dependerá de intervenção judicial para obter informações de operações bancárias dos contribuintes e está autorizada a usar esses dados para fiscalizá-los e cobrar-lhes tributos, desde que observado o disposto nos artigos 5º e 6º, da LC 105/2001 e a respectiva legislação tributária que os regulamenta.

6. Subsidiariamente, a apelante alega haver a ilegalidade e inconstitucionalidade da remessa de ofício de informações financeiras dos administrados, na forma estabelecida pelas IN's RFB nºs 802/2007 e 1.571/2015, vez que as instruções normativas apontadas autorizariam a permissão da disponibilização de informações bancárias do contribuinte de ofício, em flagrante violação ao sigilo bancário.

7. Diverso do que alega a apelante, as Instruções Normativas nº 802/2007 e nº 1.571/2015 da RFB não inovaram no ordenamento jurídico, tendo lastro, ao revés, no artigo 5º da LC nº 105/2001, e respectivo regulamento, Decreto nº 4.489/2002, que autorizam a possibilidade de as instituições financeiras informarem à administração tributária as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, observados os critérios estabelecidos na legislação tributária, sendo certo, como visto acima, que o próprio STF reconheceu a constitucionalidade por não haver quebra de sigilo bancário, e sim transferência de sigilo, que passa a ser fiscal.



8. O procedimento de fiscalização em si, para apuração de tributos, pela autoridade e agente fiscal, quando então haverá o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras dos contribuintes, é que dependerá de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, desde que tais elementos sejam considerados indispensáveis, conforme exige o art. 6º da LC 105/2001, e da respectiva regulamentação (Decreto n. 3.724/2001), razão pela qual não há a inconstitucionalidade ou a ilegalidade apontada pela apelante.

9. Apelo interposto pela *ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESPÍRITO SANTO* a que negar provimento”.⁴

O atual estágio dos casos é o seguinte:

- MSC 0014731-70.2016.4.02.5101 (RJ) – houve intimação em 10.09.2019 do acórdão em embargos de declaração, sendo que o prazo para a interposição de recursos especial e extraordinário terminaria, em princípio, no dia 21.10.2019.

- MSC 0015459-86.2017.4.02.5001 (ES) – pelo sistema a intimação do acórdão da Apelação Cível ocorreu em 24.09.2019, sendo que o prazo para a interposição de recursos especial e extraordinário terminaria, em princípio, no dia 06.11.2019.

Considerando que no momento não há muito o que fazer, uma alternativa possível seria no sentido de aguardarmos a interposição dos apelos extremos (recursos especial e extraordinário) para depois voltar a analisar as petições e contrarrazões, bem como a jurisprudência mais recente, em busca de maior fundamento e embasamento para eventual alinhamento ao pleito da OAB/RJ e/ou da OAB/ES pelo IAB.

4. COMENTÁRIOS

Do exame de todo o material referido na Indicação nº 54/2019 – LC 105/01, IN RFB 1.571/2015, RE 601.314, MSC 0014731-70.2016.4.02.5101 (OAB/RJ), MSC 0015459-86.2017.4.02.5001 (OAB/SC) e matéria do Conjur referida na qual se manifestam alguns PFNs, bem como alguns artigos e notícias recentes sobre temas assemelhados que sugiram durante a pesquisa – constato que não há no ato normativo a pecha de ilegitimidade (inconstitucionalidade e/ou ilegalidade) requerida tanto pela OAB/RJ como também pela OAB/ES.

⁴ TRF/2 – 3ª Turma Especializada, AC no MSC 0015459-86.2017.4.02.5001, Rel. Des. Fed. Theophilo Antonio Miguel Filho, j. 13.08.2019.



Ao contrário do que parece, em uma primeira leitura apressada, a lide não versa sobre questão constitucional, consistente na ponderação entre o direito à privacidade e intimidade (do qual o sigilo bancário é abarcado) x o dever fundamental de pagar tributos (com o necessário poder fiscalizatório do Fisco, na forma do art. 145, par. 1º, da CF). Inicialmente, a questão que se colocou foi a indignação da OAB/RJ e da OAB/ES (há outras que também impetraram MSC no mesmo sentido, como por exemplo, a OAB/SP) quanto à eventual “quebra” de sigilo bancário de escritórios de advocacias e advogados, principal e especialmente, na relação destes com seus clientes. Nesse sentido, a questão posta nas petições iniciais dos MSCs impetrados pela OAB/RJ e OAB/ES e parte das notícias veiculadas fazem crer que os advogados e/ou escritórios de advocacia teriam que fornecer informações e dados para a RFB, inclusive sobre seus clientes.

Contudo, a jurisprudência do STF já assentou (no RE 601.314) a legitimidade da chamada “transferência” do sigilo (inicialmente bancário e depois fiscal), quando o Fisco pode se valer de informações e dados fornecidos pelas instituições financeiras, decidindo pela legitimidade dos artigos 5º e 6º da LC 105/01. Além disso, NÃO consta na IN 1.571/2015 a hipótese de fornecimento de dados e informações de advogados e/ou escritórios de advocacia para a RFB, até porque o ato normativo versa sobre e-Financeira e se dirige às instituições financeiras e equiparadas.

Restou saber se a informação que as instituições financeiras prestam à RFB sobre advogados e/ou escritórios de advocacia, de alguma forma, poderia violar o direito à privacidade próprio (e em relação aos seus clientes), bem como o sigilo profissional em relação aos seus clientes.

Pela leitura do art. 5º da referida IN entendo que NÃO, para ambas as hipóteses, na medida em que as obrigações são, por exemplo, para informar sobre as operações financeiras dos usuários de seus serviços: “I – saldo no último dia útil do ano de qualquer conta de depósito, inclusive de poupança, considerando quaisquer movimentações, tais como pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques, emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados ou resgates à vista e a prazo, discriminando o total do rendimento mensal bruto pago ou creditado à conta, acumulados anualmente, mês a mês”, dentre outros. Aqui, se entendi corretamente, o



interesse do Fisco é no fluxo financeiro, e não na individualização de cada pagamento, muito menos quanto à sua origem.

Um argumento da OAB/RJ é no sentido de que os arts. 5º e 6º da LC 105/01 devem ser interpretados conjuntamente, ou seja, deve necessariamente haver processo administrativo instaurado para a troca de dados e informações. Não entendo assim, na medida em que é tendência mundial consolidada de que a troca de informações e dados entre diferentes fiscos e, no âmbito doméstico, diferentes entidades através da “transferência” do sigilo (e não quebra) veio para ficar.

A OAB/ES, por sua vez, busca estabelecer um *distinguishing* do caso concreto em relação ao precedente do RE 601.314, na medida em que entende que as questões são diferentes e a questão do precedente é menos abrangente do que a do caso concreto. Todavia, entendo que o racional aplicável seria o mesmo.

Entendo que os casos se subsumem ao precedente do STF sobre “transferência” de sigilo, sendo que não há qualquer violação no sentido de que o ato normativo disponha sobre eventual obrigação do advogado e/ou escritório de advocacia fornecer dados e informações de seus clientes, mas obrigação de instituição financeira de, via e-Financeira, informar dados sobre advogados e/ou escritórios, como qualquer outro contribuinte, considerados os montantes mensais, e não individualizados por cada pagamento, ou mesmo com abertura da origem (cliente).

Embora o precedente do STF possa ser objeto de fundamentadas críticas, o fato é que consta no Tema 225, com repercussão geral reconhecida. Daí porque, a partir de tal orientação jurisprudencial da Suprema Corte, dificilmente as duas ações coletivas ajuizadas pela OAB se consagrarão precedentes.

Muitos argumentos poderiam ser aqui neste estudo aduzidos. Não faltam elementos nesse sentido, sobretudo a partir das petições defensivas da PFN, da RFB, do MPF e dos acórdãos prolatados. A opção foi proposital no sentido de privilegiar as transcrições dos principais documentos e não repetir ou explorar os argumentos suscitados pela corrente até agora vencedora neste debate.



5. POSSÍVEIS ALTERNATIVAS

Em alguns momentos, inclusive recentes, tem-se visto flagrantes violações à proteção constitucional da privacidade e ao sigilo profissional do advogado em relação aos seus clientes. Exemplo disso, se verifica com as modificações perpetradas pela Lei nº 12.683/12 na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), Isso porque, a lei trouxe as pessoas sujeitas ao mecanismo de controle (art. 9º) em relação às obrigações de identificação dos clientes e manutenção de registros, além da comunicação às instituições financeiras (arts. 10 e 11), sob pena das sanções administrativas estabelecidas no art. 12, assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 13). O inciso XIV do art. 9º acrescenta, dentre as pessoas que praticam tais atividades, as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações que ali enumera. Em razão dessa flagrante violação ao dever de sigilo do advogado, a CNPL ajuizou a ADI 4.841, pleiteando a inconstitucionalidade da nova redação dada aos artigos 10 e 11 da Lei nº 9.613/98 perpetrada pela Lei nº 10.683/2012.⁵ Em 2015 foi admitida na condição de “amigo da Corte” a AASP. O caso está concluso ao Relator, Ministro Celso de Mello.

Como se não bastasse, em 2015, a MP 685 trouxe a obrigação de informar à Administração Tributária federal as operações e atos ou negócios jurídicos que acarretassem supressão, redução ou diferimento de tributo. Isso seria feito através da DPLAT (arts. 7º a 12), em completo alinhamento ao Projeto BEPS da OCDE (Ação 12, referente às regras de abertura mandatória dos planejamentos fiscais). Até aí, tudo bem. Contudo, na ocasião agregou-se o elemento criativo da sanha arrecadatória tupiniquim, consistente na previsão do art. 12: “O descumprimento do disposto no art. 7º ou a ocorrência de alguma das situações previstas no art. 11 caracteriza omissão dolosa do

⁵ Nesse sentido: ANDRADE, Fábio Martins de. *O dever de sigilo profissional do advogado x Lei 12.683/12. Última Instância* (Coluna). São Paulo, 23.08.2012. Disponível na internet: <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/57440/o+dever+de+sigilo+profissional+do+advogado+x+lei+12.68312.shtml>. Acesso em: 23.08.2012; ANDRADE, Fábio Martins de. *Advogados não estão submetidos a nova lei de lavagem. Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 26.08.2012. Disponível na internet: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-26/fabio-andrade-advogados-nao-submetidos-lei-lavagem>. Acesso em: 27.08.2012; ANDRADE, Fábio Martins de. *Lei de Lavagem é questionada pela CNPL. Jornal Gazeta de Notícias* (Coluna). Rio de Janeiro, 2ª Fase, Ano III, nº 670, 01 a 03.09.2012, p. 4 (Análise Financeira). Disponível na internet: <http://www.jgn.com.br/colunista.php?codigo=23275>. Acesso em: 01.09.2012; ANDRADE, Fábio Martins de. *Artigos jurídicos em escritos jornalísticos*. São Paulo: Alameda, 2016, p. 78-88.



sujeito passivo com intuito de sonegação ou fraude e os tributos devidos serão cobrados acrescidos de juros de mora e da multa prevista no § 1º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996”. Diante disso, o PSB ajuizou a ADI 5.366, na qual pleiteou, inclusive em sede liminar, de todos esses artigos.⁶ A insurgência doutrinária e acadêmica foi vigorosa, de modo que na conversão da referida MP na Lei nº 13.202/15 não constaram os artigos questionados. Em razão disso, a ação direta foi extinta sem julgamento do mérito.

Recentemente, em 2018, foi reconhecida a repercussão geral do Tema 990 (RE 1.055.941), no qual se discute, à luz dos arts. 5º, incisos X e XII, 145, § 1º, e 129, inciso VI, todos da Constituição da República, a possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela RFB no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário. Tal RG tem a suspensão nacional decretada, mas ainda não teve o seu mérito decidido pelo Pleno do STF.

Eis o teor de sua ementa:

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. COMPARTILHAMENTO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA FINS PENAIS, DOS DADOS BANCÁRIOS E FISCAIS DO CONTRIBUINTE, OBTIDOS PELO FISCO NO LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE SEU DEVER DE FISCALIZAR, SEM A INTERMEDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. TRANSFERÊNCIA DE INFORMAÇÕES EM FACE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DO SIGILO DE DADOS. ART. 5º, INCISOS X E XII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. QUESTÃO EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL”.⁷

⁶ Para aprofundamento: ANDRADE, Fábio Martins de. *Considerações preliminares sobre a DPLAT. Direito Tributário Internacional: Homenagem ao Professor Alberto Xavier*. ROCHA, Sérgio André; TORRES, Heleno (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 141-166.

⁷ STF – Plenário, RE 1.055.941-RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.04.2018, DJe 30.04.2018.



Aqui, até onde depreendi, não se questiona a relação instituições financeiras > fisco, mas fisco > Ministério Público.⁸ Donde, aqui a situação posta *sub judice* parece se diferenciar daquela inicialmente colocada, a qual poderá levar ao mesmo resultado, ou não. A questão jurídica foi incluída na pauta de 21.11.2019.

E não é só. Recentemente o STF, através de decisões monocráticas, tem encontrado eco na pendência de nova análise do tema. Nesse sentido, cabe mencionar decisões monocráticas do Ministro Dias Toffoli⁹ e do Ministro Gilmar Mendes.¹⁰

Ademais, há que se considerar nesse caldeirão como um importante ingrediente a mais a também recente publicação da Lei nº 13.689, ocorrida em 05.09.2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Dentre eles, constam por exemplo: “exigir informação ou cumprimento de obrigação, inclusive o dever de fazer ou de não fazer, sem expresse amparo legal” (art. 33); “decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte e, ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida, deixar de corrigi-la” (art. 36); dentre outros.

Diante do advento da lei, a Associação Nacional dos Auditores Fiscais de Tributos dos Municípios e DF – ANAFISCO ajuizou a ADI nº 6.234, em 26.09.2019, na qual pleiteia a inconstitucionalidade dos artigos 27, 29 e 31 da Lei nº 13.689/2019, vez que inibiria o poder de tributação da administração pública por meio dos seus

⁸ Nesse sentido o Relator foi claro na ocasião: “Não obstante esse raciocínio [consistente no conhecido precedente do RE 601.314], destaco que o julgamento dos precedentes nos quais se assentou a constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001, ao passo que apenas tangenciou, ao longo dos debates, a possibilidade do compartilhamento das informações globais obtidas pelo Fisco para fins penais, não tratou efetivamente do tema, sobressaindo, portanto, a necessidade de o Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre a matéria, seja para reafirmar o entendimento já existente, a exemplo dos julgados citados, ou não” (STF – Plenário, RE 1.055.941-RG, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 12.04.2018, DJe 30.04.2018).

⁹ “2) determino, com base no poder geral de cautela, a suspensão do processamento de todos os inquéritos e procedimentos de investigação criminal (PIC’s), atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais, em trâmite no território nacional, que foram instaurados à míngua de supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, COAF, BACEN), que vão além da identificação dos titulares das operações bancárias e dos montantes globais, consoante decidido pela Corte (v.g. ADI’s nºs 2.386, 2.390, 2.397 e 2.859, Plenário, todas de **minhas relatoria**, julg. 24/2/16, DJe 21/10/16)” (STF - RE 1.055.941, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, j. 16.07.2019).

¹⁰ “Ante o exposto, julgo procedente a presente reclamação para determinar, tão somente em relação ao reclamante, a suspensão do andamento do PIC (...), em trâmite no MPRJ, bem como do Habeas Corpus (...), em trâmite no TJRJ, até o julgamento final, pelo STF, do tema 990 da repercussão geral, pautado para 21 de novembro de 2019, nos termos decididos pelo Ministro Dias Toffoli, no Recurso Extraordinário 1.055.941/SP” (STF – Rcl. 36.679, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 30.09.2019, DJe 03.10.2019).



servidores em razão do alto grau de subjetividade no possível enquadramento das condutas, com suposta violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Nesse caso, em 03.10.2019, foi requerido ingresso como *amicus curiae* pela Educafro, pendente de aceitação pelo Relator.

Além disso, em 28.09.2019, a AMB ajuizou a ADI nº 6.236, na qual pleiteia a inconstitucionalidade dos artigos 9º, parágrafo único, I a III, 10, 19, 20, 27, e seu parágrafo único, 30, 32, 33, 36, 37 e 43, todos da Lei nº 13.869/2019, sob pena de violação a diversos dispositivos constitucionais analiticamente examinados em cada um dos dispositivos acima ao longo do texto da petição inicial. Em 30.09.2019, a ANAMATRA pediu ingresso no feito como *amicus curiae*, defendendo, principalmente, a inconstitucionalidade dos artigos 10 e 36 acima referidos. Concomitante a isso, o CFOAB também requereu o seu ingresso, na qualidade de “amigo da Corte”, ocasião em que prometeu trazer um contraponto, no sentido da constitucionalidade das normas constantes naqueles dispositivos inicialmente inquinados pela AMB na petição inicial. Educafro também aqui pediu ingresso como “amigo da Corte”.

O Relator para os dois casos é o Ministro Celso de Mello, sendo que constam pendentes hoje os diversos pedidos de ingresso na qualidade de “amigos da Corte”, bem como a manifestação de outros órgãos necessários ao julgamento, como a AGU e a PGR. São casos recentemente protocolados perante o STF. Possivelmente outros interessados se candidatarão a atuar como “amigos da Corte”.

Por fim, caberiam ainda considerações a respeito do tema relacionando a proteção de dados pessoais veiculada pela LGPD (Lei nº 13.709/2018), pela qual se disciplina a proteção dos dados pessoais a partir dos seguintes fundamentos: I – o respeito à privacidade; II – a autodeterminação informativa; III – a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV – a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; além de outros.

6. CONCLUSÃO

Diante de tudo isso, a conclusão é no sentido da legitimidade do ato normativo (IN 1.571/2015), na medida em que se contém na esfera de regulamentação da LC



105/01 e do Decreto nº 4.489/02. Em razão do precedente com repercussão geral reconhecida (Tema 225 – RE 601.314), decidido pelo STF, no sentido de que é legítima a “transferência” do sigilo, que passa de bancário a fiscal, a IN RFB 1.571/2015 encontra-se albergada, até porque se dirige às instituições financeiras e equiparadas, quando do preenchimento do e-Financeira, e se limitam à abertura dos valores que transitam pelas contas de advogados e escritórios de advocacia, considerados mês a mês, mas sem a abertura quanto à origem (cliente) e tampouco em relação a cada pagamento. Nesse sentido, nada a fazer no momento.

Contudo, considerando (1) o atual estágio processual dos casos, que aguardam a interposição dos apelos extremos (recursos especial e extraordinário), (2) as frequentes tentativas do Fisco de avançar indevidamente na esfera de proteção da intimidade dos contribuintes (e, conseqüentemente, na relação protegida do sigilo advogado-cliente), (3) o reconhecimento expresso do Tema 990 da repercussão geral (RE 1.055.941) e a sua inclusão na pauta do dia 21.11.2019, (4) as recentes decisões monocráticas dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, (5) a recente publicação da Lei nº 13.689, de 05.09.2019 (Lei de Abuso de Autoridade), com limitações expressas a alguns excessos trivialmente conhecidos, (6) o ajuizamento da ADI 6.234 pela ANAFISCO, com o pedido de inconstitucionalidade dos artigos 27, 29 e 31 da Lei nº 13.689/2019, (7) o ajuizamento da ADI 6.236 pela AMB, na qual pleiteia a inconstitucionalidade dos artigos 9º, parágrafo único, I a III, 10, 19, 20, 27, e seu parágrafo único, 30, 32, 33, 36, 37 e 43, todos da Lei nº 13.869/2019, (8) o pedido de ingresso nesta ação direta pela CFOAB, (9) e o advento da LGPD (Lei nº 13.709/2018), entendemos que a estratégia recomendável seria aguardar a interposição dos apelos extremos (recursos especial e extraordinário) para eventualmente atuar nos Tribunais Superiores com a finalidade de buscar o provimento favorável em cada esfera própria. Isso permitirá maior esclarecimento quanto ao cenário subjacente predominante na jurisprudência do STF, notadamente com a sua manutenção ou modificação, na medida em que constam diversos elementos capaz de influenciá-la e com previsão concreta de atualização nas próximas semanas e meses.



7. OPINIÃO

Pelo exposto, a opinião, a ser ratificada pela Comissão, é a seguinte:

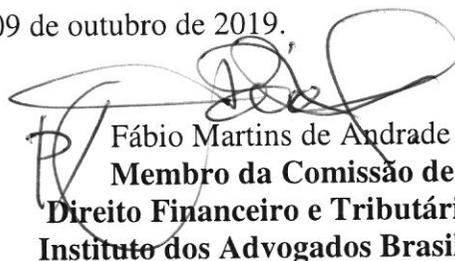
(a) pela atual legitimidade da IN 1.571/2015, que foi objeto de questionamento no MSC 0014731-70.2016.4.02.5101 e MSC 0015459-86.2017.4.02.5001, impetrados no RJ e no ES, respectivamente, com recentes decisões contrárias proferidas pelo E. TRF/2ª Região;

e em razão do atual estágio dessas ações

(b) pelo acompanhamento da interposição dos apelos extremos (recursos especial e extraordinário) para que se volte a analisar o cenário subjacente predominante no STF, especialmente à luz da previsão de julgamento do Tema 990, incluído na pauta de julgamento do dia 21.11.2019.

É o Parecer, sempre respeitadas as opiniões divergentes.

Rio de Janeiro, 09 de outubro de 2019.


Fábio Martins de Andrade
**Membro da Comissão de
Direito Financeiro e Tributário do
Instituto dos Advogados Brasileiros**