

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

LEONARDO LINS E SILVA

**A FLEXIBILIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO E A EFETIVIDADE DO SISTEMA
PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL – SPED**

**Dissertação de Mestrado
apresentada à banca examinadora do
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade Católica de
Pernambuco como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em
Direito, sob a orientação do
Professor Doutor Hélio Silvío Ourem
Campos.**

Recife

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

A Flexibilização do Sigilo Bancário e a Efetividade do Sistema Público de Escrituração Digital – Sped

Leonardo Lins e Silva

Dissertação de Mestrado apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Hélio Silvío Ourem Campos.

Banca Examinadora

Prof. Doutor Hélio Silvío Ourém Campos – UNICAP

Orientador e Membro da Banca

Prof. Doutor Geilson Salomão Leite – UEPB

Membro da Banca – Professor Titular Externo

Prof. Doutor João Hélio de Farias Moraes Coutinho

Membro da Banca – Professor Titular interno

RESUMO

O Sistema Público de Escrituração Digital – Sped é a nova ferramenta à disposição das empresas para o cumprimento de suas obrigações acessórias, tudo em um ambiente exclusivamente digital. Trata-se do novo paradigma das obrigações acessórias, marca do abandono dos suportes físicos pela adoção de suportes digitais, corolário da necessária adaptação às inovações tecnológicas, ao mundo *web*. Com a implementação do projeto Sped e em seguida de seus vários módulos, firmou-se o dever de cumprimento das exigências empresariais estritamente pela via digital. O Sped, portanto, representa o que há de mais moderno no âmbito da escrituração empresarial, consistindo em importante instrumento no combate à sonegação fiscal, redução de custos, simplificação das obrigações acessórias, entre outros benefícios. É essencial, portanto, o estudo do Sped como tema central e, na perspectiva deste, dos deveres instrumentais ou obrigações acessórias tributárias, dos certificados digitais e da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), e da flexibilização do sigilo bancário no Brasil. Com relação à metodologia aplicada na pesquisa, pode-se classificar como sendo do tipo qualitativa, aplicada e explicativa, sendo os métodos utilizados o bibliográfico, o documental e o estudo de caso. Esse último consistente na análise do inteiro teor de acórdão, votos e notas taquigráficas do julgamento em conjunto das ações diretas de inconstitucionalidade de nº: 2.390; 2.386; 2.397; e 2859, e do Recurso Extraordinário nº 601.314 - São Paulo, com repercussão geral reconhecida, onde fora declarada a constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e respectivos decretos de nº 4489/2002 e 3724/2001. O julgamento pode ser classificado como sendo o *leading in case* do sigilo bancário no Brasil, e seu estudo decorreu da necessidade de se analisar os impactos dessa decisão no Sped. Com isso, o resultado a que se chegou foi que o acesso às informações financeiras dos contribuintes pelas administrações tributárias, independentemente de autorização judicial, para além de ser uma medida alinhada com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, é imprescindível para garantir maior efetividade na fiscalização e arrecadação de tributos, reduzir os custos e o tempo com o cumprimento de obrigações acessórias, inibir a prática de crime de sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, evasão de divisas e organização criminosa, bem como afirmar a efetividade do Sped no Brasil.

Palavras-Chave: flexibilização do sigilo bancário; Sistema Público de Escrituração Digital – Sped; obrigações acessórias.

ABSTRACT

The Public Digital Bookkeeping System - SPED is the new tool available to companies to fulfill their ancillary obligations, all in an exclusively digital environment. This is the new paradigm of ancillary obligations, a sign of the abandonment of physical media by the adoption of digital media, a corollary of the necessary adaptation to technological innovations, to the web world. With the implementation of the SPED project and then of its various modules, it was established the duty to fulfill the business requirements strictly by the digital route. SPED, therefore, represents the most modern in the field of business bookkeeping, consisting of an important instrument in the fight against tax evasion, cost reduction, simplification of ancillary obligations, among other benefits. It is essential, therefore, the study of SPED as the central theme and in the perspective of this, the Instrumental Duties or Accessory Tax Obligations, Digital Certificates and the Brazilian Public Key Infrastructure (ICP-Brasil), and Flexibilization of Banking Secrecy in Brazil. With regard to the methodology applied in the research can be classified as being of the qualitative, applied and explanatory type, being the methods used the bibliographic, the documentary and the case study. The latter consisting of the analysis of the entire content of judgment, votes and shorthand notes of the joint judgment of the Direct Unconstitutionality Actions of No. 2,390; 2,386; 2,397; And Extraordinary Appeal No. 601,314 - São Paulo, with general acknowledged repercussion, where the constitutionality of Articles 5 and 6 of Complementary Law 105/2001 and respective Decrees of No. 4489/2002 and 3724/2001 were declared. The judgment can be classified as being the leading in case of bank secrecy in Brazil and its study arose from the need to analyze the impacts of this decision in SPED. Thus, the result was that access to taxpayers' financial information, regardless of judicial authorization, is not only a measure aligned with the international commitments assumed by Brazil, it is essential to ensure greater effectiveness in the inspection And collection of taxes, reduce costs and time with compliance with ancillary obligations, inhibit the practice of crime of tax evasion, money laundering, evasion of foreign exchange and criminal organization, as well as affirm the effectiveness of SPED in Brazil.

Keywords: flexibilization of banking secrecy; Public Digital Bookkeeping System – Sped; accessory obligations.

ÍNDICE DE ANEXOS:

ANEXO A – Sigilo Bancário e Sua Oponibilidade para o Fisco

ANEXO B - Nota Executiva

Assunto: Julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 – acesso a dados bancários pelo fisco.

ANEXO C – Decisões do Conselho de Arrecadação de Recursos Federais - CARF

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
1.1. TEMA E DELIMITAÇÃO.....	8
1.2. JUSTIFICATIVA	8
1.3. OBJETIVOS GERAIS	10
1.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	10
1.5. PROBLEMATIZAÇÃO	10
1.6. METODOLOGIA.....	11
1.7. ESTRUTURA	11
CAPÍTULO 2	15
DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS.....	15
2.1. Obrigação Jurídica e Obrigação Tributária	15
2.2. Obrigação Tributária Principal e Acessória	17
2.3. Natureza Jurídica da Obrigação Acessória Tributária	21
2.4. Espécies de Obrigações Acessórias Tributárias.....	23
CAPÍTULO 3	28
O SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL – SPED e A E-FINANCEIRA.....	28
3.1. Legislação da Escrituração Empresarial – Código Civil Brasileiro.....	28
3.2. Linhas Gerais sobre a Escrituração Empresarial.....	30
3.3. Escrituração das Empresas e o Sistema Público de Escrituração Digital.....	33
3.3.1. Sped contábil	35
3.3.2. Sped fiscal.....	38
3.3.3. Nota fiscal eletrônica.....	40
3.3.4. e-Financeira.....	46
CAPÍTULO 4	50
CERTIFICADOS DIGITAIS E ICP-BRASIL	50
4.1. Considerações Iniciais	50
4.2. O Documento Eletrônico	52
4.2.1. Autenticidade	53
4.2.2. Privacidade	62
4.2.4. Integridade dos Dados	63
4.2.5. Autorização e não Repúdio	64
4.3. A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil	66
CAPÍTULO 5	71
A FLEXIBILIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL.....	71
5.1. Da Legislação Pertinente.....	71
5.2. Da Decisão Paradigma (<i>Leading in case</i>) Estabelecida sobre Sigilo Bancário no Brasil	80

5.2.1. Do Julgamento em Conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2859.....	82
5.2.1. Do Julgamento do Recurso Extraordinário de nº 601.314 – São Paulo	99
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
REFERÊNCIAS:.....	119

1. INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como título *A Flexibilização do Sigilo Bancário e a Efetividade do Sistema Público de Escrituração Digital – Sped* e busca sobretudo levar à academia e à sociedade em geral um maior entendimento sobre os temas: escrituração empresarial e acesso direto às informações sobre movimentações financeiras pelas administrações tributárias.

1.1. TEMA E DELIMITAÇÃO

Em sendo os principais temas abordados a escrituração empresarial e o acesso direto às informações sobre movimentações financeiras pelas administrações tributárias, coube dentro deste último a análise do julgamento em conjunto das ADINs nº: 2.390; 2.386; 2.397; 2859; e RE nº 601.314 – SP (Repercussão Geral), e, em relação àquele, o estudo do Sped e seus principais módulos, a Escrituração Contábil Digital - ECD, a Escrituração Digital Fiscal- EDF, a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e e a e-Financeira.

1.2. JUSTIFICATIVA

O Sped fora o tema escolhido em razão de sua relevância na atualidade, sobretudo para o meio **empresarial**. O sistema é uma espécie de repositório das obrigações acessórias, através de seus diversos módulos, recebe, armazena e envia diversas informações e documentos em meio eletrônico.

O Sped está para a escrituração empresarial assim como o Processo Judicial Eletrônico – PJE está para os processos judiciais, ou seja, tem como escopo informatizar o processo de escrituração, ao passo em que o PJE, os processos judiciais.

Tem marco legal o Decreto nº 6022/2007, e segundo o diploma: o Sped unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração comercial e fiscal dos empresários e das sociedades empresárias, mediante fluxo único e computadorizado.

Portanto, o Sped é um banco de dados públicos destinado ao armazenamento e tratamento de informações econômico-fiscais geradas pela atividade dos agentes econômicos, estando, a partir da adoção do Sped, a empresa incumbida de fornecer ao fisco, em meio digital, informações contábeis e fiscais detalhadas acerca de suas atividades empresariais.

O Sped revolucionou o formato das obrigações acessórias, prevendo que a escrita contábil e fiscal fosse realizada estritamente em ambiente digital, acompanhando, portanto, as exigências do mundo *web* e do mundo globalizado.

A despeito disso é que a presente dissertação resolveu abordar em conjunto com o tema Sped a questão do acesso direto às informações sobre movimentações financeiras no Brasil, pois, no mundo globalizado, os dados que circulam pelo Sped não se restringem a alimentar o dito sistema, em verdade, interessam às diversas administrações tributárias, tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo.

Seguindo esse raciocínio, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, nos autos das ADINs nº: 2.390; 2.386; 2.397; 2859; e RE nº 601.314 – São Paulo – com repercussão geral reconhecida, que *“o acesso às informações financeiras dos contribuintes pelas administrações tributárias, na forma da Lei Complementar 105/2001, prescindido de autorização judicial, não configuraria quebra, mas sim transferência de sigilo entre instituições que possuem o dever de zelar pelo segredo das informações sigilosas”*.

Vale ressaltar que não somente se reconheceu a inexistência de violação ao sigilo de dados, mas também que o acesso direto às informações sobre movimentações financeiras constitui medida necessária, em razão de ter o Brasil assumido diversos compromissos internacionais.

Assim, impedir o acesso direto, além de constituir medida que vai de encontro com os compromissos assumidos pelo Brasil em nível internacional, o equipara a uma minoria de países (segundo levantamento da OCDE, ANEXO I) que não permitem o acesso direto às informações sobre movimentações financeiras, do que são exemplos: Andorra, Bahrein, Ilhas Cayman, Ilhas Maurício, Ilhas Virgens, Líbano, Libéria, Macau, Tonga e outras 9 jurisdições.

Em sentido inverso, países como Portugal, Alemanha, Espanha, Austrália, Dinamarca, Finlândia, Itália, Estados Unidos, Noruega e outras 61 jurisdições permitem o acesso direto, ou seja, há uma evidente oposição à dita restrição.

1.3. OBJETIVOS GERAIS

Estudar o Sped e, na perspectiva de um mundo globalizado, o acesso direto às informações sobre movimentações financeiras no Brasil.

1.4. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Realizar um estudo sobre as obrigações **acessórias e**, em específico, sobre a escrituração empresarial, apontando para sua evolução até a implantação do Sped e seus módulos;

Compreender o funcionamento dos certificados digitais, da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil e como tais ferramentas contribuem para efetividade do Sped;

Analisar o inteiro teor dos acórdãos, votos e notas taquigráficas do julgamento em conjunto das ADINs nº: 2.390; 2.386; 2.397; 2859; e RE nº 601.314 – São Paulo – com repercussão geral reconhecida e suas implicações no Sped.

1.5. PROBLEMATIZAÇÃO

Dado o estudo do Sped e do acesso direto às informações sobre movimentações financeiras pelo fisco, e já havendo um paralelo no Brasil, em razão da decisão por maioria do Supremo Tribunal Federal, que, nos autos das ADINs nº 2390, 2386, 2397 e 2859 e do RE nº 601.314 – SP (Repercussão Geral), entendeu que *“o acesso às informações financeiras dos contribuintes pelas administrações tributárias, na forma da Lei Complementar 105/2001, prescindido de autorização judicial, não configuraria quebra, mas sim transferência de sigilo entre instituições que possuem o dever de zelar pelo segredo das informações sigilosas”*.

Desse modo, perante o cotejo das teses fixadas no julgamento paradigma, deparou-se o autor com a necessidade de apurar os efeitos que surtira a decisão sobre o Sped, sobretudo com relação à e-Financeira.

Diante desse cenário, levantou-se como problematização para um estudo aprofundando do acesso **direto** às informações sobre movimentações financeiras e seus efeitos sobre o Sped o seguinte questionamento: *A flexibilização do sigilo*

bancário adotada pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal garantiu a efetividade do Sistema Público de Escrituração Digital?

1.6. METODOLOGIA

Para realização da dissertação, foram adotados os seguintes métodos de pesquisa: bibliográfico, o documental e o estudo de caso.

O bibliográfico consistente no uso de livros, artigos científicos de revistas especializadas, dados do mundo *web*, do documental atinente à vasta legislação apontada ao longo do trabalho e do estudo de caso com relação à análise do *leading in case* já mencionado.

Para tanto, o autor requereu aos Ministros Relatores, nos autos da ADI nº 2390 e do RE nº 601.314, a disponibilização do inteiro teor do acórdãos, votos e notas taquigráficas, no que foi atendido, o que viabilizou uma análise pormenorizada das questões decididas, garantindo assim os resultados esperados.

1.7. ESTRUTURA

A pesquisa tem como ponto de partida o estudo das obrigações acessórias e, mais adiante, da escrituração empresarial, com foco no Sped e seus principais módulos (ECD, EFD, NF-e e e-Financeira).

No Capítulo 2 (dois) há uma abordagem a respeito das obrigações acessórias tributárias, demonstra-se a diferença entre as obrigações jurídicas e as obrigações tributárias, entre as obrigações tributárias principais e acessórias, discute-se a dicotomia “obrigação acessória tributária x deveres instrumentais” ao tempo em que se apresentam algumas espécies de obrigações tributárias acessórias.

Logo no capítulo seguinte (Cap. 3), foram introduzidas, junto com as noções iniciais sobre a escrituração empresarial, lições sobre Sped e seus principais módulos, o ECD, o EDF, a NF-e e a e-Financeira.

A ECD tem como objetivo promover a substituição da escrituração em papel pela escrituração transmitida via arquivo, ou seja, corresponde à obrigação de transmitir, em versão digital, alguns livros da contabilidade, como o Diário e auxiliares, Razão e auxiliares, e Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos. A EDF substituiu a Declaração

de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), a partir do ano-calendário 2014, com entrega prevista para o último dia útil do mês de julho do ano posterior ao do período da escrituração no ambiente do Sistema Público de Escrituração **Digital. A** NF-e substituiu a antiga Nota Fiscal, emitida em papel. **E** a **Financeira é composta pelo conjunto** de arquivos digitais referentes a cadastro, abertura, fechamento e auxiliares, e pelo módulo de operações financeiras.

Noutro apartado, Capítulo 4 (quatro), é abordado outro assunto estritamente ligado ao Sped, caso dos certificados digitais e da ICP-Brasil.

Vale ressaltar que toda escrituração empresarial e documentos eletrônicos que circulam pelo Sped devem ser assinados digitalmente, através de certificado digital credenciado pela ICP-Brasil, portanto, trata-se de outro elemento que contribui para efetividade do Sped.

Por derradeiro, no Capítulo 5 (cinco), explora-se a mudança de paradigma estabelecida pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento em conjunto das ADINs nº 2390, 2386, 2397 e 2859 e do RE nº 601.314 – SP, quando firmou-se a tese de que *“o acesso às informações financeiras dos contribuintes pelas administrações tributárias, na forma da Lei Complementar 105/2001, prescindido de autorização judicial, não configuraria quebra, mas sim transferência de sigilo entre instituições que possuem o dever de zelar pelo segredo das informações sigilosas”*

A partir dessa tese fixada é que surgiram as indagações sobre a efetividade do Sped, isso considerando as duas formas de acesso direto às informações sobre operações financeiras, o acesso sistêmico e o acesso incidental, previstos na Lei Complementar 105/2001.

O acesso sistêmico, previsto no art. 5º, da supramencionada lei complementar, estabelece que “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”.

IN 1571/2015 – e-Financeira

Art. 7º As entidades de que trata o art. 4º estão obrigadas à apresentação das informações relativas às operações financeiras mencionadas nos incisos I, II e VIII a XI do caput do art. 5º, quando o montante global movimentado ou o saldo, em cada mês, por tipo de operação financeira, for superior a:

I - R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoas físicas; e

II - R\$ 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas.

O acesso incidental, enunciado no caput do art. 6º da LC 105/2001, dispõe o seguinte: “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”.

Donde se pode concluir que a flexibilização do sigilo garantiu o acesso sistêmico às informações financeiras (a que alude o art. 5º da LC 105/2001 combinado com o art. 7º da IN 1571/2015), viabilizando, inclusive, o acesso incidental, na medida em que permite o cruzamento dos dados relativos às operações financeiras informadas pelos bancos com outros, a exemplo da declaração de Imposto de Renda dos contribuintes.

Portanto, não fosse a flexibilização do sigilo bancário, restariam prejudicados tanto o acesso sistêmico quanto o acesso incidental, previstos nos arts. 5º e 6º da LC nº 105/2001 e art. 7º da IN 1571/2015 (norma que instituiu a e-Financeira).

Outra observação consiste em saber que a União (por meio da Secretaria da Receita Federal do Brasil) é a única (exclusiva) destinatária dos dados sigilosos transmitidos via acesso sistêmico, o que não implica na inacessibilidade dos estados, Distrito Federal e municípios aos referidos dados.

Para tanto, coexiste a possibilidade de assistência mútua e permuta de informações entre as administrações tributárias, a teor do que dispõe o art. 199 do CTN, *in verbis*:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Ou seja, pode a União (pela SRFB), de posse das informações sobre movimentações financeiras, compartilhar ou permutar os dados sigilosos recebidos com os estados, Distrito Federal e municípios, e assim estes poderão efetivar o acesso incidental, a que se refere o art. 6º da LC nº 105/2001.

Entretanto, cabe registrar que a decisão em comento restringiu o acesso incidental aos estados, Distrito Federal e municípios, até que estes editem seus próprios decretos regulamentadores, assim como fez a União (ao editar o Decreto nº 3724/2001, regulamentando o art. 6º da LC 105/2001).

Logo, o Sped por ora somente se aplica à União, a uma, porque a e-Financeira apenas repassará as informações do módulo de operações financeiras à SRFB, e, a duas, em razão de estar o acesso incidental condicionado à regulamentação no âmbito dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Ante as constatações, os resultados obtidos foram no sentido de que a flexibilização do sigilo bancário garantiu a efetividade do Sped, com a ressalva quanto aos estados, DF e municípios, resta ainda a necessidade de regulamentação do acesso incidental. Mais, que o Sped é imprescindível no combate à sonegação fiscal e delitos correlatos, como a evasão de divisas, a lavagem de dinheiro e a organização criminosa. E, somado a isso, garante uma fiscalização mais eficaz, pois simplifica o cumprimento das obrigações acessórias, facilitando, portanto, a auditoria dos tributos, provocando um potencial aumento na arrecadação e, via de consequência, maiores investimentos em áreas prioritárias, como saúde e educação, decorrente da vinculação constitucional dos impostos.

Mais e ao cabo, essa era a trilogia mais provável para nosso País, na medida em que se firmaram diversos compromissos internacionais no sentido de garantir o acesso às informações sobre movimentações financeiras, independentemente da chancela estatal de um juiz.

Aliás, os impactos negativos de uma conduta diversa poderiam ser danosos à imagem do Brasil, pois os países que ainda exigem a autorização judicial para garantir o acesso direto às informações sobre movimentações financeiras são minoria, e, no mais das vezes, lhes falta interesse em combater crimes financeiros, caso dos “paraísos fiscais”.

CAPÍTULO 2

DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS

2.1. Obrigação Jurídica e Obrigação Tributária

Dado que um dos objetivos principais da pesquisa é estudar o Sistema Público de Escrituração - Sped, novo formato por meio do qual as obrigações acessórias tributárias devem ser prestadas, premente se faz o estudo desse tipo de obrigação.

Desse modo, como ponto de partida para o estudo das obrigações acessórias tributárias - OATs, convém distingui-las das obrigações jurídicas - OJs, o que é possível, a priori, a partir da premissa de que estas (OJs) decorrem da vontade das partes, enquanto aquelas (OATs), da lei.

Todavia, a distinção não é tão simples como parece. **A** princípio, é preciso esclarecer que a obrigação jurídica (OJ) constitui gênero, do qual a obrigação tributária (OT) é espécie, enquanto que a obrigação acessória tributária (OAT), assim como a principal (OPT), são espécies, das quais a obrigação tributária é gênero.

Obrigação tributária é espécie do gênero obrigação jurídica, não se assentando, no dizer de Washington Coelho, em diferenciações quanto aos essentialia da obrigação civil, porque tanto uma, quanto a outra, alicerçam-se num tripé: causa, sujeito e objeto. Entretanto, obrigação tributária tem suas peculiaridades que lhe asseguram autonomia. Tem como causa, invariavelmente, a lei e não a convergência de vontades, essencial na obrigação de natureza civil.

Em face do exposto pode-se definir a obrigação tributária como uma relação jurídica que decorre da lei descritiva do fato pela qual o sujeito ativo (União, Estados, DF ou Município) impõe ao sujeito passivo (contribuinte ou responsável tributário) uma prestação consistente em pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, §1º, do CTN), ou prática ou abstenção de ato no interesse da arrecadação ou da fiscalização tributária (art. 113, §2º, do CTN). (Harada, 2015, p. 554)

Somado a essas considerações, pode-se dizer que a obrigação tributária (OT) é espécie do gênero obrigação jurídica (OJ), em razão destas possuírem identidade de elementos: causa, sujeito e objeto.

Entretanto, na seara tributária, há a necessidade de prescrição legal por parte dos entes competentes para que os sujeitos passivos (contribuinte ou

responsável tributário) fiquem obrigados a realizar o pagamento do tributo ou ao cumprimento das obrigações acessórias.

Nessa linha de raciocínio, Maricato reforça ainda que:

[...] há quem entenda haver uma diferença total entre as obrigações tributárias e as de direito privado e há, no outro extremo, aqueles que propugnam por uma completa identidade entre ambas. Do entremeio destes polos doutrinários, isto é, do seu intervalo epistemológico, extraímos a corrente defendida por Alcides Jorge Costa, o qual sustenta a tese de que “existe uma identidade estrutural entre a obrigação tributária e a de direito privado e que as diferenças entre ambas resultam das funções que têm. Entendemos que o elemento distintivo entre ambas obrigações é que o objeto da obrigação tributária é a prestação de cunho tributário sobre a qual há o vínculo jurídico entre o sujeito ativo (Fazenda Pública) e o sujeito passivo (contribuinte). Tal prestação, em face de seu objeto, divide a obrigação tributária em principal (dar o tributo) e acessória (fazer, não fazer ou tolerar algo de natureza instrumental tributária).

Neste mesmo sentido, segue a lição de Luciano Amaro: “É pelo objeto que a obrigação revela sua natureza tributária”.

Reitere-se, portanto, que existe uma identidade estrutural entre as obrigações de direito privado e as tributárias. Definamos, então, obrigação tributária como a vinculação jurídica entre sujeito ativo e passivo de uma relação jurídica centralizada em um objeto prestacional de natureza tributária, geradora de sujeição relativa a um dever contraposto ao direito de exigir.

Saliente-se que o gravame de involuntariedade na definição se refere ao caráter ex lege do nascimento da obrigação tributária. Assim, prescinde de qualquer manifestação volitiva do sujeito passivo o surgimento da obrigação tributária, ao contrário do que ocorre maciçamente em relação às obrigações de direito privado. Contra argumenta-se que a origem de todas as obrigações é a lei. Não é errônea tal assertiva. Todavia, há que se diferenciar fonte imediata de fonte mediata. Desta forma, todas as obrigações têm como fonte mediata a lei, porém, nas relações tributárias, o fato gerador (hipótese e incidência) descrito em lei não é suficiente e necessário bastante para que surja a referida obrigação tributária, pois necessita da linguagem competente.

Paulo de Barros Carvalho entende que, ao torna-se concreto o fato previsto no descritor da regra de incidência (pela linguagem competente), surge a relação jurídica de conteúdo patrimonial, a saber, a obrigação tributária. E que não há diferença entre o conceito obrigação tributária e obrigação tributária principal e, portanto, opta ele por chamar a obrigação principal apenas de obrigação tributária.

Portanto, podemos conceituar a obrigação tributária, enquanto relação de cunho patrimonial, como um nexu lógico que se instala na consequente da norma individual e concreta, com a constituição do fato jurídico tributário, introduzindo no ordenamento jurídico a relação que envolve um sujeito ativo, titular do direito subjetivo de exigir a prestação, e um sujeito passivo, cometido do dever de cumpri-la. (Maricato, 2009, p. 54/55)

Defende-se, portanto, uma identidade estrutural entre as obrigações tributárias e de direito privado, sendo as diferenças entre ambas resultantes das respectivas funções, ou mesmo do seu objeto. E, no que concerne às obrigações tributárias, predomina o caráter *ex lege*, ou seja, prescinde de manifestação de vontade do sujeito passivo, o contribuinte ou responsável tributário, diversamente do que ocorre com as obrigações jurídicas comuns, que demandam esse tipo de manifestação.

2.2. Obrigação Tributária Principal e Acessória

Estabelece o artigo 113, caput e seus respectivos §§ (parágrafos), do Código Tributário Nacional - CTN, ser a obrigação dividida em principal ou acessória, sendo aquela decorrente da ocorrência do fato gerador, cujo objeto é o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária, e esta última decorrente da legislação tributária, tendo como objeto as prestações positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

As obrigações tributárias principais consistem, em geral, em verdadeiras obrigações (de dar ou entregar) de pagar tributos ou penalidades decorrentes das mais variadas situações (como, p. ex., a de não cumprimento das obrigações acessórias impostas ao contribuinte), ao passo em que as acessórias constituem um verdadeiro dever de prestar ou deixar de prestar algo (fazer ou não fazer).

Nessa linha de raciocínio, vide interpretação do Professor Hélio Silvío Ourem Campos:

[...] Há a acessória e a principal (art. 113, CTN). É principal tudo aquilo que implica em pagamento de dinheiro (obrigação de dar). É o caso do tributo (art. 3º, CTN) e da multa. É acessória tudo aquilo que viabiliza o cumprimento da principal, quer consista em prestações positivas (fazer) ou negativas (não fazer). São deveres instrumentais, ou seja, atos que instrumentalizam a arrecadação do Estado. Exemplos: declarar imposto de renda, possuir CPF (pessoa física) ou CGC (pessoa jurídica), emitir nota fiscal, não importar para além da cota permitida. Discute-se, também, se a obrigação acessória inadimplida simplesmente converte-se em obrigação principal (penalidade pecuniária), conforme o que predica o art. 113, §3º, CTN, ou se, de fato, ocorre uma novação objetiva. Pessoalmente, sou partidário da segunda posição. Afinal, se a obrigação acessória foi descumprida, e, por isto, vem a se pagar uma penalidade, não significa dizer que ela não continue descumprida. Apenas surge uma nova obrigação, que não se confunde com a inadimplida, mas que deve ser prestada como uma pena decorrente do ato ilícito. (HELIO SILVIO OUREM CAMPOS, 2015-?)

Com efeito, é importante haver a consciência de que o fisco não tem condições de realizar a cobrança dos tributos (isto é, daqueles que dependem de prestação de informações pelo contribuinte) sem que tenha acesso às operações financeiras do contribuinte (pessoa física ou jurídica), sendo esta uma das razões para a existência da obrigação de cunho acessório. Assim, é que o Estado as instituiu, e entre elas estão: o dever de escriturar livros, de apresentar declarações, emitir notas fiscais, entre outras, que nada mais são do que a prestação, pelo próprio contribuinte, de informações ao fisco sobre as movimentações financeiras que realizou.

A constituição do crédito tributário por meio do lançamento por homologação, no qual o particular é quem declara as operações que realizou, apura o *quantum* de tributo devido e realiza o pagamento, restando ao fisco tão somente a missão de homologar ou não todo o procedimento feito. É um exemplo clássico de prestação das obrigações acessórias.

Prosseguindo, e ainda sobre as obrigações acessórias, Paulo de Barros Carvalho entende que a expressão seria mais bem designada pelo termo “deveres instrumentais ou formais”, pois, segundo ele, as obrigações acessórias tributárias se tratam de:

(...) deveres com o intuito de mostrar, de pronto, que não têm essência obrigacional, isto é, seu objeto carece patrimonialidade. E instrumentais ou formais porque, tomado em conjunto, é o instrumento de que dispõe o Estado- Administração para o acompanhamento e consecução de seus desígnios tributários. (Carvalho, 2013, p. 291)

Da leitura do trecho acima destacado, conclui-se que as obrigações, em sentido estrito, têm como essência a patrimonialidade, requisito este inexistente nas de cunho acessório, o que importa na sua constituição apenas como sendo deveres instrumentais postos à disposição do fisco como meio de garantir a arrecadação e fiscalização dos tributos.

Ainda, sobre a impropriedade da terminologia adotada pelo Código Tributário Nacional, entende Andreia Fogaço Maricato que:

[...] o Código Tributário Nacional denomina os vínculos jurídicos que não apresentam cunho patrimonial de obrigações acessórias. Entretanto,

segundo o entendimento acima exposto, entendemos ser imprópria tal terminologia, pois, como imposições de um fazer ou de um não fazer, não podem caracterizar uma obrigação, já que são despidas de cunho patrimonial, motivo pelo qual não podem ser chamadas de “obrigações”, em sentido estrito, de acordo com as lições de teoria geral do direito, já vistas. Por serem verdadeiros deveres, não são tais obrigações acessórias, porque a Administração Tributária fará uso do cumprimento dos deveres impostos aos contribuintes para aferir se houve ou não a concreção da hipótese de incidência da norma de tributação. No caso da comprovação da não ocorrência do fato jurídico tributário e não instauração do vínculo obrigacional (obrigação tributária principal), diversos deveres foram cumpridos (entrega de documentos, preenchimentos de guias, declarações, etc.), mas nenhuma relação jurídica de cunho patrimonial se instaurou. Portanto, as impropriamente denominadas obrigações acessórias são vínculos jurídicos que não apresentam cunho patrimonial e têm caráter instrumental, cujo objetivo é assegurar a efetividade da arrecadação e fiscalização de tributos.

Robson Maia Lins esclarece que a questão da acessoriedade faz sentido se for estudada no plano geral e abstrato: “ora, no plano das normas jurídicas individuais e concretas, não hesitamos em concordar com a doutrina majoritária no sentido de que é possível o cumprimento de todos os deveres instrumentais sem que haja o nascimento do tributo, no nível individual e concreto.

O autor não toma o termo “acessoriedade” no sentido de “dependente”, não indo além do sentido de acessoriedade em nível geral e abstrato.

É importante acrescentar que a eventual desproporção entre as regras de Matrizes de Incidência Tributária, ou a simples previsão de competência constitucional para se instituir o tributo, permite investigar a relação de adequação e necessidade entre a Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT) e os deveres instrumentais previstos.

É por essa razão que, mesmo as pessoas jurídicas imunes ou isentadas em relação a determinado tributo, são obrigadas ao cumprimento de vários deveres instrumentais. Mas todos eles somente podem ser instituídos para se aferir requisitos normativos que, se descumpridos, terão o condão de suspender a imunidade ou isenção, do que decorre, em nível geral e abstrato, ter-se a condição de incidência da Regra matriz de incidência tributária. Vê-se, pois, que a acessoriedade permite a aferição de proporcionalidade entre as condutas de fazer, não fazer ou suportar do sujeito passivo possível, além da possível incidência da RMITs.

Seguindo este entendimento, adotamos a terminologia “deveres instrumentais” para as chamadas “obrigações acessórias” eleita pelo direito positivo e que conduz a interpretação de serem tais deveres adicionais à obrigação tributária, pois, conforme já analisado, as obrigações acessórias não são, nem obrigações, nem acessórias (dependentes). Constituem-se, sim, em dever, porque, como veremos no próximo capítulo, dependem da lei e são instrumentais por terem a função de operacionalizar a regra matriz de incidência tributária, servindo como instrumento da atividade de arrecadação e fiscalização dos tributos. (Maricato, 2009, p. 60/62)

Como se vê, sustenta a autora que as obrigações acessórias tributárias não podem ser caracterizadas como sendo obrigações em sentido estrito, posto que despidas de patrimonialidade, requisito essencial segundo a teoria geral do Direito.

Mais, afirma que se constitui sim como dever porque dependem da lei e são instrumentais por terem a função de operacionalizar a regra matriz de incidência tributária - RMIT, servindo como instrumento da atividade de arrecadação e fiscalização dos tributos.

Sobre a RMIT:

A regra matriz de incidência tributária, descrita pioneiramente pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, expõe os critérios necessários à incidência do tributo.

Esboça apenas a estrutura minimal do tributo, isto é, o plano sintático da norma jurídica, que, para cumprir sua função de regular as condutas intersubjetivas (plano pragmático), requer que as estruturas sejam preenchidas com conteúdo de significação (plano semântico).

No altiplano geral e abstrato, a regra matriz institui o tributo, porém, para que a conduta intersubjetiva seja jurisdicizada, é imperioso que o ser humano produza a linguagem individualizadora e concretizadora, o que somente é possível realizada a incidência.

A regra matriz após sofrer a incidência, produz a obrigação tributária e também o crédito tributário. Saímos do mundo geral e abstrato e ingressamos no individual e concreto.

Só há obrigação e crédito tributário após a incidência da regra matriz.

A regra matriz de incidência tributária é uma forma utilizada para simplificar os enunciados e para melhor entender os tributos, possibilitando entender as questões jurídicas e mostrar os limites constitucionais que o legislador e o aplicador da norma devem respeitar. Por se tratar de uma norma jurídica, esta definida como juízo hipotético condicional que construímos a partir da leitura dos textos, é composta por uma hipótese e por um consequente. "A hipótese prevê um fato de conteúdo econômico, enquanto o consequente estatui um vínculo obrigacional entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, na condição de sujeito ativo, e uma pessoa física ou jurídica, particular ou pública, como sujeito passivo, de tal sorte que o primeiro ficará investido do direito público subjetivo de exigir, do segundo, o pagamento de determinada quantia em dinheiro. Em contrapartida, o sujeito passivo será cometido do dever jurídico (ou dever subjetivo) de prestar aquele objeto. (Maricato, 2009, p. 111/112)

Em outras palavras, a RMIT consiste numa norma criada pela doutrina, cujo objeto é definir características básicas, que precisam estar presentes no texto normativo que cria tributos, sendo, a partir de sua análise, possível verificar a legalidade ou não do tributo.

Entretanto, para operacionalização da RMIT, é imprescindível o apoio dos deveres instrumentais (obrigações acessórias), cuja função é viabilizar à Administração o controle do nascimento ou não da RMIT.

O objetivo principal de tais deveres é instrumentalizar a atividade de arrecadação e a fiscalização dos tributos. São regras constituídas com a finalidade de controlar a ocorrência de fazer com que os contribuintes suportem e ajudem na fiscalização, para apurar o eventual nascimento de obrigação tributária material ou demonstrar o seu não nascimento, como nos casos de imunidade. Portanto são medidas necessárias ao controle da ação de tributar e são dirigidas diretamente à conduta do contribuintes ou quem a lei determinar, impondo-lhe deveres de tomar certas medidas destinadas a possibilitar à Administração controlar o nascimento ou não da regra matriz de incidência tributária.

Assim, todo contribuinte, na posição de sujeito passivo da relação jurídica tributária (ou quem a lei determinar), beneficiado, por exemplo, por um imunidade, isenção, anistia e até mesmo nos casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não está desobrigado ao cumprimento dos deveres instrumentais. Os referidos deveres apresentam existência própria, mesmo sem o nascimento da obrigação tributária. Em outras palavras, os deveres instrumentais não estão dispensados, pelo contrário, são obrigatórios, pois, é por intermédio deles que os entes políticos mantêm o controle sobre se a imunidade está sendo gozada e por quem de direito.

Logo, determinado sujeito passivo imune continua tendo a obrigação de prestar os deveres instrumentais, vez que esta é a ferramenta do Estado na operacionalização da Regra Matriz de Incidência Tributária ou na averiguação de seu surgimento. Em caso de não cumprimento, a imunidade poderá ser suspensão, assim como a isenção e anistia poderão ser revogadas. (Maricato, 2009, p. 110/111)

Do narrado, infere-se mais uma vez a prescindibilidade da patrimonialidade da obrigação acessória tributária, pois, mesmo sendo o caso de contribuinte imune, isento ou anistiado, permanecem os deveres instrumentais correspondentes.

Isso porque é a partir do cumprimento desses deveres que poderá ser verificado pelos entes políticos se os contribuintes ou quem a lei determinar mantêm o controle sobre se, p. ex., a imunidade está sendo gozada e por quem de direito.

Seguindo esse viés, resta elaborada a premissa de que “as obrigações acessórias tributárias são, em verdade, deveres instrumentais”. Deveres, na medida em que não podem ser consideradas como obrigação em sentido estrito, pois esta tem como essência a patrimonialidade, o que não é a realidade das obrigações acessórias tributárias em nosso sistema, e instrumentais, pois se tratam da ferramenta posta à disposição do Estado na operacionalização da Regra Matriz de Incidência Tributária ou na averiguação de seu surgimento

2.3. Natureza Jurídica da Obrigação Acessória Tributária

Sobre a natureza jurídica da obrigação acessória tributária, mais uma vez a discussão gira em torno de ser esta uma obrigação ou não, dada a ausência de conteúdo econômico. Como já visto em linhas anteriores, essa é razão pela qual Paulo de Barros Carvalho as intitulou como deveres instrumentais, contudo, há outras questões controvertidas envolvendo o termo obrigações acessórias.

Uma delas é que, para alguns autores, a obrigação acessória tributária não seria “obrigação” por lhe faltar o requisito da transitoriedade, o que se diz porque esta existe até que se extinga com o pagamento ou outra forma de extinção legalmente prevista, o que não ocorre no caso das acessórias, pois se tratam de deveres contínuos do sujeito passivo, configurando estados de sujeição permanentes.

Outro ponto refere-se ao termo acessórias, entendendo alguns autores que as ditas obrigações não seriam acessórias em razão de poderem existir sem que haja uma obrigação tributária principal, enquanto outros entendem que inexistente impropriedade no termo adotado, devendo o intérprete, neste caso, desvincular-se de concepções civilistas, entendendo o termo de forma específica, de acordo com o direito tributário positivo.

Para ilustrar, vide a opinião de alguns autores citados por Ellen Cristina Chaves:

Paulo de Barros Carvalho defende que os por ele determinados deveres instrumentais nem sempre são acessórios, pois nem sempre há uma obrigação principal a ser cumprida; por exemplo em um procedimento de fiscalização para apurar a ocorrência de um evento tributário, um sujeito passivo pode ser compelido a prestar diversas informações, realizar comprovações e esclarecimento, mas, ao final, o Fisco concluir que não se deu o evento que cogitava e, portanto, houve a concretização de diversos deveres administrativos por parte do sujeito passivo, mas sem a existência de uma obrigação tributária patrimonial.

Por outro lado, há substancial doutrina que aceita o termo acessória, pois o mesmo deve ser entendido dentro do contexto do direito positivo tributário, desvinculado das concepções civilistas.

Regina Helena Costa entende que o termo em questão foi corretamente empregado pelo legislador, pois no âmbito do direito tributário, não traduz conceito afeito à disciplina das obrigações na esfera civil, segundo a qual “o acessório segue o principal”. A obrigação tributária tem existência autônoma, subsistindo ainda que ausente a obrigação principal, como nos casos de imunidade e isenção; no entanto, a acessoriedade dessa obrigação, nos termos do Código Tributário Nacional, surge do fato de que o liame assim qualificado é estatuído para propiciar a efetiva fiscalização e arrecadação do tributo, objeto da obrigação principal, ainda que a situação fática específica não revela a exigência daquele. Portanto, a mera possibilidade de existência de obrigação principal legitima a imposição de obrigações acessórias, sendo

esse o sentido da acessoriedade no contexto dos vínculos obrigacionais tributários.

Hugo de Brito Machado ensina que a acessoriedade das obrigações tributárias não pode ser entendida no sentido de “ligação a determinada obrigação outra, da qual dependa”. Por isso mesmo, a obrigação tributária subsiste, ainda quando a obrigação principal à qual se liga, ou parece ligar-se imediatamente, é inexistente em face da imunidade, não incidência ou isenção tributária. O caráter da acessoriedade há de ser entendido no sentido próprio que tem a obrigação no campo do direito tributário, ou seja, uma acessoriedade em relação à obrigatoriedade de pagar tributo vista globalmente, e não em relação à obrigação de pagar determinado tributo, exigível em razão de determinado e específico fato tipo, que realiza uma hipótese de incidência em determinada situação isolada. Acessoriedade no sentido de ser uma obrigação instrumento de outra; que só existe para instrumentalizar a outra; que não teria sentido de existir sem a outra; pois, por exemplo, não haveria sentido de obrigar algum comerciante a manter escrituração de todas as suas compras, e de todas as vendas, em livros especificamente destinados para este fim, e a emitir notas fiscais, nem a manter registros contábeis de todos os fatos relativos aos seus patrimônios, se não existissem tributos incidentes sobre a produção e circulação de mercadorias, bem sobre a renda de tais pessoas. (Carvalho; Costa; Machado; apud Chaves, 2010, p. 62/64)

Da leitura, parece ser mais adequada a adoção da segunda corrente, que admite o termo acessória, dissociando-se das concepções civilistas. Tal entendimento é fruto de que, nas hipóteses de isenção, imunidade e **anistia** não haverá qualquer conteúdo econômico nas relações jurídicas travadas, mas ainda **assim** persistirá a obrigação acessória tributária, o que faz concluir que esta não leva à mesma sorte das instituídas pelo Direito Civil, onde “o acessório segue o principal”.

2.4. Espécies de Obrigações Acessórias Tributárias

Analisados os principais pontos acerca das obrigações tributárias acessórias, convém demonstrar alguns exemplos destas, na conjuntura das pessoas jurídicas, principais destinatárias dos deveres instrumentais de cunho fiscal.

[...] quanto às pessoas jurídicas, há diversas declarações previstas em âmbito federal, tais como: Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF; Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais – Dacon; Declaração Especial de Informações Relativas ao Controle do Papel Imune – Dif-Papel Imune; Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias – Dimob; Declaração de Informações Sobre Movimentação Financeira – Dimof; Declaração do Imposto Retido na Fonte – DIRF; Guia de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social – GFIP; dentre outras. (Chaves, 2010, p. 145)

Do trecho acima transcrito, percebe-se que existe uma extensa lista de obrigações acessórias destinadas aos contribuintes do tipo pessoa jurídica, contudo, as obrigações variam de acordo com a atividade exercida pela empresa, ou seja, nem todas deverão prestar a Dif-Papel Imune, pois nem todas as empresas são beneficiárias da imunidade existente sobre o papel, logo, não precisam emitir esse tipo de declaração. O mesmo se diga da Dimob e da Dimof, efetivamente, não há que se falar em prestação de declarações sobre atividades imobiliárias quando o contribuinte não exerce esse tipo de atividade, bem como não tem incluído entre seus escopos (objetivos da sociedade empresária) nada dessa natureza. Do mesmo modo, somente quem detém acesso às movimentações financeiras dos contribuintes (instituições financeiras, em regra) é que pode emitir a Dimof.

Por outro lado, algumas declarações têm maior abrangência, como é o caso da DCFT, nesta devem estar registradas todas as operações envolvendo impostos e contribuições federais, como, p. ex., IRPJ, CSLL, PIS e COFINS, IPI, IOF etc. Ou seja, cuida-se de um universo bem mais extenso, o que leva à conclusão de que a pessoa jurídica necessariamente será contribuinte de algum desses impostos ou contribuições se, por consequência, terá que emitir a DCFT.

Para ilustrar, vide alguns dados acerca das declarações supramencionadas:

A Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF é uma das mais importantes declarações das pessoas jurídicas em âmbito federal, por meio da qual as pessoas jurídicas de direito privado em geral e as equiparadas, as imunes e as isentas, as autarquias e fundações da administração pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios e os órgãos públicos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dos Estados e do Distrito Federal e dos poderes Executivo e Legislativo dos Municípios, desde que se constituam em unidades gestoras de orçamento, devem apresentar à Receita Federal informações sobre os seguintes impostos e contribuições federais, desde que por ela devidos: IRPJ; IRRF; IPI; IOF; CSLL; PIS/Pasep; Cofins; Cide-Combustível; Cide-Remessa. A apresentação era mensal ou semestral, de acordo com a IN SRF nº 482, de 21/12/2004, posteriormente alterada pela IN SRF nº 532, de 30/03/2005; no entanto, segundo a IN RFB nº 974, de 27/11/2009, que disciplina os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2010, as empresas devem apresentar apenas a DCTF mensal, sendo extinta a DCTF semestral.

O Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais – Dacon foi previsto pela Instrução Normativa SRF nº 387, de 20 de janeiro de 2004, em substituição ao Demonstrativo de Apuração da Contribuição para o PIS/Pasep não cumulativo (DAPIS) previsto na IN SRF nº 365, de 29/10/2003, ora revogada, e que não produziu efeitos. Estão obrigadas à entrega do Dacon, as pessoas jurídicas de direito privado e as que lhe são equiparadas

pela legislação do Imposto de Renda, submetidas à apuração da Contribuição para o PIS/Pasep e da contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins, nos regimes cumulativo e não-cumulativo, inclusive aquelas que apuram a contribuição para o PIS/Pasep com base na folha de salários. Ainda, nos termos da Instrução Normativa RFN nº 940, de 19 de maio de 2009, as pessoas jurídicas obrigadas ou optantes pela entrega mensal da Declaração de Débito e Créditos de Tributos Federais (DCFT) devem apresentar a Dacon Mensal e as pessoas jurídicas não obrigadas ou não optantes pela entrega da Dacon mensal devem apresentar Dacon semestral.

A Declaração Especial de Informações Relativas ao Papel Imune – DIF-Papel Imune constitui claro exemplo de que as obrigações tributárias acessórias não dependem da existência de uma obrigação tributária principal. Com efeito, a DIF-Papel Imune é exigida dos fabricantes, distribuidores, importadores, empresas jornalísticas, editoras e gráficas que realizam operações com papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos; devendo ser apresentada até o último dia útil dos meses de fevereiro e agosto, em relação aos semestres civis imediatamente anteriores, em meio digital. Dessa forma, embora os livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão sejam imunes aos impostos, existe a obrigação tributária acessória consistente na entrega da DIF-Papel Imune pelas pessoas jurídicas aqui mencionadas.

A Declaração de Informações sobre atividades imobiliárias – Dimob, por sua vez, é exemplo de obrigação exigida de pessoas que dispõem de informações a respeito de bens imóveis envolvendo terceiros. Com efeito, a Dimob é exigida de pessoas que comercializam imóveis por ela construídos, loteados ou incorporados; que realizam a intermediação de aquisição, alienação ou aluguel de imóveis; que realizam sublocação de imóveis; ou que foram constituídas para construção, administração, locação ou alienação do patrimônio próprio, de seus condôminos ou sócios. A Dimob deve ser entregue até o último dia útil do mês de fevereiro do ano subsequente às operações e pagamentos realizados pelas pessoas jurídicas obrigadas e deve informar sobre: (i) as operações de construção, incorporação e loteamento e intermediação de aquisições/alienações, no ano em que foram contratadas; (ii) os pagamentos efetuados no ano, discriminados mensalmente, decorrentes de locação, sublocação e intermediação de locação, independentemente do ano em que essa operação foi contratada.

A Declaração de Informações Sobre Movimentações Financeiras – Dimof também é exemplo de obrigação exigida de pessoas jurídicas que dispõem de informações a respeito de terceiros, pois por meio dessa declaração, as instituições financeiras e entidades a ela equiparadas são obrigadas a prestar semestralmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil, informações relativas às operações financeiras discriminadas na Instrução Normativa RFB nº 811, de 28 de janeiro de 2008, efetuadas pelos usuários de seus serviços.

A Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte – Dirf é a declaração feita pela fonte pagadora, destinada a informar à Receita Federal o valor do imposto de renda retido na fonte, dos rendimentos pagos ou creditados para seus beneficiários. Dessa forma, as pessoas físicas ou jurídicas que são obrigadas a efetuar a retenção devem apresentar a Dirf à Secretaria da Receita Federal do Brasil, anualmente, da qual devem constar os valores dos rendimentos tributáveis pagos ou creditados, por si ou na qualidade de representante de terceiro, bem como os valores dos respectivos impostos sobre a renda ou contribuições retidos na fonte.

A Guia de recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP passou a ser exigida desde a competência de janeiro de 1999, de todas as pessoas físicas ou jurídicas sujeitas ao recolhimento do FGTS, conforme

estabelece a Lei nº 8.036/90 e legislação posterior, bem como sujeitas às contribuições e/ou informações à Previdência Social, conforme disposto nas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91 e legislação posterior. Devem constar da GFIP dados da empresa e dos trabalhadores, fatos geradores de contribuições previdenciárias e valores devidos ao INSS, bem como as remunerações dos trabalhadores e valor a ser recolhido ao FGTS; no entanto, a empresa está obrigada à entrega da GFIP ainda que não haja recolhimento para o FGTS, caso em esta GFIP será declaratória, contendo todas as informações cadastrais e financeiras de interesse da Previdência Social. A GFIP deve ser entregue/recolhida até o dia 7 (sete) do mês seguinte àquele em que a remuneração foi paga, creditada ou se tornou devida ao trabalhador e/ou tenha ocorrido outro fato gerador de contribuição à Previdência Social. (Chaves, 2010, p. 145/149)

Ainda sobre as obrigações acessórias tributárias, cabe o registro de que o Simples Nacional (Lei Complementar 123/2006) instituiu um sistema simplificado de cumprimento dessas obrigações, disposto no artigo 25 e seguintes da dita lei.

Pelo regramento, a microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que deverá ser disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária observados prazo e modelo aprovados pelo CGSN e observado o disposto no § 15-A do art. 18 (Fonte legal: art. 25 da LC 123/2006).

Mais, a lei do Simples implica no recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições: I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ; II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo; III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do §1º deste artigo; V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo; VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta lei complementar; VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS; VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS. (Fonte legal: art. 13 e incisos, da LC 123/2006).

Por derradeiro, a microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional deverá adotar para os registros e controles das operações e prestações por ela realizadas, observado o disposto no art. 61-A1: I - Livro Caixa, no qual deverá estar escriturada toda a sua movimentação financeira e bancária; II - Livro Registro de Inventário, no qual deverão constar registrados os estoques existentes no término de cada ano-calendário, quando contribuinte do ICMS; III - Livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado à escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação efetuados a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS; IV - Livro Registro dos Serviços Prestados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços prestados sujeitos ao ISS, quando contribuinte do ISS; V - Livro Registro de Serviços Tomados, destinado ao registro dos documentos fiscais relativos aos serviços tomados sujeitos ao ISS; VI - Livro de Registro de Entrada e Saída de Selo de Controle, caso exigível pela legislação do IPI.

Vistas as espécies de obrigações acessórias tributárias acima, ou melhor, os deveres instrumentais expostos, consistentes nas diversas declarações e no regime simplificado das obrigações acessórias adotado pelo Simples Nacional, convém, em tópico apartado, tratar do Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, o qual, visando adaptar a escrituração das empresas à nova realidade digital, instituiu um novo formato (utilizando suportes digitais), por meio do qual as obrigações acessórias serão prestadas.

¹ Art. 61-A. A RFB, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão instituir obrigações tributárias acessórias ou estabelecer exigências adicionais e unilaterais, relativamente à prestação de informações e apresentação de declarações referentes aos tributos apurados na forma do Simples Nacional, além das estipuladas ou previstas nesta Resolução e atendidas por meio do Portal do Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 26, §§ 4º e 15) (Incluído(a) pelo(a) Resolução CGSN nº 115, de 04 de setembro de 2014)

CAPÍTULO 3

O SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL – SPED E A E-FINANCEIRA

3.1. Legislação da Escrituração Empresarial – Código Civil Brasileiro

As normas referentes à escrituração estão dispostas no art. 1.179 e seguintes, do Código Civil Brasileiro.

O caput desse artigo prevê que o empresário e a sociedade empresária estão obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Por sua vez, o §2º, do art. 1.179, do CC, excepciona o empresário rural e o pequeno empresário das exigências previstas no caput deste artigo.

Isso porque, além da previsão contida no art. 970, do CC, de tratamento favorecido a essas classes, cuida-se também de princípio constitucional (art. 170, IX, CF/88), o qual prevê que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, além de outros princípios, o seguinte: tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Entretanto, com relação a esse pequeno empresário que fora dispensado da elaboração da escrituração contábil, deve-se identificar, nos limites da legislação, quem é beneficiário dessa dispensa, para que o conceito não seja interpretado de forma ampla e imprecisa.

Desta feita, a identificação precisa do pequeno empresário desobrigado da escrituração contábil é obtida a partir da leitura combinada dos seguintes dispositivos:

art. 9702, do §2 do art. 1.1793, ambos do Código Civil, do §1º do art. 18-A4 e do art. 685 da Lei Complementar 123/2006.

Logo, atualmente, está dispensado da elaboração da escrita contábil o empresário individual (MEI) que tenha auferido receita-bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista no art. 18-A, da lei LC 123/2016. Afora isso, há uma série de exigências legais no que concerne à escrituração, dentre as quais, merecem destaque:

A necessidade **de** que sejam escriturados os livros exigidos por lei, sendo indispensável o livro Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica (Fonte legal: art. 1.180, CC);

O dever de autenticação no Registro Público de Empresas Mercantis dos livros obrigatórios e, se for o caso, as fichas, antes de postos em uso (Fonte legal: art. 1.181, CC);

A reserva de responsabilidade sobre a escrituração das empresas aos contabilistas legalmente habilitados (Fonte legal: art. 1.182, CC);

A realização da escrita em idioma e moeda corrente nacionais e em forma contábil, por ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco, nem entrelinhas, borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens (Fonte legal: art. 1.183, CC);

O lançamento no livro Diário, com individuação, clareza e caracterização do documento respectivo, dia a dia, por escrita direta ou reprodução, todas as operações relativas ao exercício da empresa (Fonte legal: art. 1.184, CC);

² Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

³ § 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o [art. 970](#).

⁴ § 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito

⁵ Art. 68. Considera-se pequeno empresário, para efeito de aplicação do disposto nos arts. 970 e 1.179 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), o empresário individual caracterizado como microempresa na forma desta Lei Complementar que aufera receita bruta anual até o limite previsto no § 1º do art. 18-A.

Nenhuma autoridade, juiz ou tribunal, sob qualquer pretexto, poderá fazer ou ordenar diligência para verificar se o empresário ou a sociedade empresária observam, ou não, em seus livros e fichas, as formalidades prescritas em lei (Fonte legal: art. 1.190, CC – Exceção aos casos previstos em lei);

Pode haver autorização judicial para exibição integral dos livros e papéis de escrituração quando necessária para resolver questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência (Fonte legal: art. 1.191, CC), podendo, em caso de recusa, ser apreendidos judicialmente (Fonte legal: art. 1.192, CC);

As restrições supramencionadas não se aplicam às autoridades fazendárias, no exercício da fiscalização do pagamento de impostos, nos termos estritos das respectivas leis especiais. (Fonte legal: art. 1.193, CC);

O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e mais papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados (Fonte legal: art. 1.194, CC).

E, por derradeiro, todas as normas elencadas aplicam-se às sucursais, filiais ou agências, no Brasil, do empresário ou sociedade com sede em país estrangeiro (Fonte legal: art. 1.195, CC).

1.8. 3.2. Linhas Gerais sobre a Escrituração Empresarial

Como se observou, os empresários e sociedades empresárias estão obrigados a manter a escrituração de suas empresas em dia, para tanto, devem autenticar os livros numa junta comercial e contratar os serviços de um contador, que ficará responsável pela escrita empresarial. No mais, importa registrar que esta se reveste de uma série de requisitos, dentre os quais: a necessidade de uso de livros, quando feita a mão, ou fichas, no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica, bem como deve ser autenticada junto ao Registro Público de Empresas Mercantis. Ainda, deve ser feita em português, os valores devem ser registrados em moeda nacional, em forma contábil, uniforme, com a escrituração disposta em ordem cronológica de dia, mês e ano, sem intervalos em branco nem entrelinhas, ou mesmo borrões, rasuras, emendas ou transportes para as margens.

Com efeito, a escrituração é essencial para o bom desenvolvimento das atividades empresariais, é a partir dela que podemos extrair informações sobre a real situação da vida financeira das empresas, seu faturamento, folha de funcionários, despesas com insumos, empréstimos eventualmente contraídos, provisões, etc. Enfim, quase tudo da vida empresarial, do desempenho da atividade, de seu passado, de seu estado atual e de suas possibilidades – ou necessidade – futuras.

Mais que uma obrigação legal, a escrituração é instrumento essencial para o bom desenvolvimento da atividade negocial. Frederico Herrmann Junior destaca que contabilidade se ocupa do patrimônio aziendal, do ponto de vista estático e dinâmico, servido a escrituração como instrumento de demonstração das variações patrimoniais, dando a conhecer os efeitos da administração sobre o capital-valor e sobre os elementos materiais do patrimônio aziendal. Eis por que Fayol a definiu como órgão visual das empresas, permitindo saber, a qualquer instante, onde se está e para onde se vai, fornecendo informações sobre a situação econômica da empresa.

A contabilidade empresarial tem importância vital para o direito. Desconhecida por muitos, mesmo em traços mínimos, a contabilidade diz quase tudo da vida empresarial, do desempenho da atividade, de seu passado, de seu estado atual e de suas possibilidades – ou necessidade – futuras. (Mamede, 2015, p. 137)

Efetivamente, se um investidor pretende comprar uma empresa, observar a escrituração desta é imprescindível, pois a vida empresarial está ali descrita, e, por consequência, uma transação envolvendo aquisição desse bem somente será respaldada por um mínimo de segurança, a partir da análise da escrituração da empresa.

O exame da escrituração de uma empresa diz muito sobre a sua atividade: ali encontram-se informações sobre fornecedores, forma habitual pela qual contrata (preço, prazo etc.), custos, insumos etc. Um concorrente habilidoso, de posse das informações contábeis, pode simplesmente aprender a forma pela qual a empresa é conduzida e mitigar-lhe a vantagem de mercado. A atividade empresarial, em contextos de livre concorrência, assemelha-se em muito a um jogo, no qual preservar o sigilo das próprias informações é vital. Isso fica claro, por exemplo, na oferta de preço, privada ou pública (licitações); igualmente, nas negociações com clientes ou com fornecedores, não raro baseadas em blefes, voltados para garantir o melhor negócio. Reconhecendo essa realidade, o legislador que, nos art. 1.179 e seguintes do Código Civil, obrigou os empresários e sociedades empresárias a manter escrituração regular, guardando-a e conservando-a, bem como a documentação respectiva, além da correspondência da empresa, garante, nos artigos 1.190 e seguintes do mesmo Código, o sigilo das informações escriturais. (Mamede, 2015, p. 148)

Por dizer muito sobre a vida da empresa, é que a escrituração deve ser mantida em sigilo, a bem de serem protegidas informações que poderiam beneficiar

os concorrentes. Contudo, o referido sigilo não é absoluto, podendo, nas questões relativas a sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão à conta de outrem, ou em caso de falência, ser determinada a apresentação dos livros empresariais pela autoridade judicial.

Deve-se destacar também que as restrições ao exame da escrituração não se aplicam às autoridades fazendárias quando no exercício da fiscalização do pagamento de tributos.

A fiscalização desempenha papel importante, à medida que nem todos estão dispostos a contribuir voluntariamente para o erário, fazendo-o apenas por temor da atuação dos agentes fiscalizadores. Essa atuação inclui lavrar termos, notificações, intimações e outras peças fiscais, efetuando ou revendo, de ofício, quando for o caso, o lançamento do crédito tributário.

Reconhecendo tais aspectos específicos, o artigo 1.193 do Código Civil deixa claro que as restrições ao exame da escrituração, em parte ou por inteiro, na forma acima estudada, não se aplicam às autoridades fazendárias quando no exercício da fiscalização do pagamento de impostos, nos termos estritos das leis especiais. (Mamede, 2015, p. 152)

Observa-se, portanto, que a escrituração se constitui como o retrato, a representação numérica da atividade empresarial, servindo como instrumento de comprovação dos atos e fatos jurídicos, mormente os tributários, que serão apurados pelo fisco com base nas informações dispostas na escrituração da empresa. Todavia, não serve a escrituração apenas como forma de efetivar o lançamento dos tributos, a partir da verificação da ocorrência dos fatos jurídicos tributários, em várias hipóteses, pode servir como meio de prova que milita a favor do empresário.

A escrituração regular dos livros comerciais, atendendo-se aos requisitos extrínsecos e intrínsecos, milita a favor da empresa, como se afere em inúmeras circunstâncias. Nesse sentido, cito a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 356.416/RJ, sob a relatoria do Ministro José Delgado, confirmou o entendimento de que, “verificados pelo magistrado os requisitos formais de validade das notas fiscais e a adequada escrituração das mercadorias nos livros próprios, nada mais justo que se primar pela boa-fé da autora, consagrada na teoria da aparência”. Há um outro precedente, de iguais Turma e relator – o Recurso Especial 281.267/SC, no qual um empresário processou a Caixa Econômica Federal, pois, ao implodir da agência Miramar, causou danos ao estabelecimento do autor, cujo título era Casa Miscelânea. O judiciário deferiu-lhe a indenização da loja, incluindo mercadorias, vitrines e instalações, mas indeferiu o pedido de lucros cessantes, afirmando que “a ausência de escrita regular milita contra a pretensão dos autores”; transcreve-se o perito, afirmando que “a não existência de escrituração contábil e de inventário das mercadorias, bem assim o controle de estoque, impossibilita a determinação dos lucros cessantes”. Quando do exame do Recurso Especial 397.992/RS, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator o Ministro Luiz Fux, examinou demanda na qual a fiscalização tributária

contatara que a receita bruta auferida pela empresa guardava maiores proporções do que a que fora declarada na respectiva escrituração. Diante desse quadro, afirmaram ser permitido ao Fisco proceder ao arbitramento do lucro, já que a contabilidade afigura-se imprestável ao propósito da apuração do lucro real; ademais, aplicando o art. 403 do Regulamento do Imposto de Renda, presumiu que o lucro arbitrado fora distribuído em favor dos sócios, na proporção de sua participação no capital social. Não é um exemplo isolado. A mesma Primeira Turma, ao examinar o Recurso Especial 384.528/SC, afirmou que, “comprovada a irregularidade na escrituração contábil da pessoa jurídica, sujeito passivo da obrigação tributária, pode a Fazenda Pública, nos termos expressos do art. 33, §4º, da Lei 8.212/91 [Lei da Seguridade Social], valer-se da aferição indireta dos valores devidos”. O feito foi relatado pela Ministro José Delgado, realçando que, no caso, a empresa não emitira algumas notas fiscais, nem contabilizou as vendas que realizara, não fazendo consta no Livro Diário, deixando claro que os documentos contábeis era “imprestáveis a uma correta aferição, por lhe faltar fidedignidade”. (Mamede, 2015, p. 147)

Em razão desse valor probante, e ainda para dar efetividade ao trabalho do fisco, é que o Código Civil estabeleceu o dever de guarda e conservação de toda a escrituração elaborada e documentação respectiva, até que ocorra a prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.

Sintetizando, esses são alguns pontos essenciais para compreensão dos principais elementos sobre a escrituração comercial, que vem passando por significativas mudanças com a evasão dos suportes físicos para os suportes digitais, tendo o Sistema Público de Escrituração Digital como protagonista.

1.9. 3.3. Escrituração das Empresas e o Sistema Público de Escrituração Digital

O Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, instituído pelo Decreto nº 6022/2007, é um instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração comercial e fiscal dos empresários e das sociedades empresariais, mediante fluxo único e computadorizado. Em outras palavras, o Sped é um banco de dados público destinado ao armazenamento e tratamento de informações econômico-fiscais geradas pela atividade dos agentes econômicos, estando, a partir da adoção do Sped, a empresa incumbida de fornecer ao fisco, em meio digital, informações contábeis e fiscais detalhadas acerca de suas atividades empresariais.

A ideia do sistema, portanto, é a de que os livros contábeis e respectivos documentos, a exemplo das notas fiscais, sejam emitidos em forma eletrônica (Mamede, 2015, p. 153).

Assim, é importante registrar que o Sped tem como objetivos⁶: (1) Promover a integração dos fiscos, mediante a padronização e compartilhamento das informações contábeis e fiscais, respeitadas as restrições legais; (2) racionalizar e uniformizar as obrigações acessórias para os contribuintes, com o estabelecimento de transmissão única de distintas obrigações acessórias de diferentes órgãos fiscalizadores; (3) tornar mais célere a identificação de ilícitos tributários, com a melhoria do controle dos processos, a rapidez no acesso às informações e a fiscalização mais efetiva das operações com o cruzamento de dados e auditoria eletrônica.⁷

Mais, possui como premissas⁸: (1) propiciar melhor ambiente de negócios para as empresas no País; (2) eliminar a concorrência desleal com o aumento da competitividade entre as empresas; (3) o documento oficial é o documento eletrônico com validade jurídica para todos os fins; (4) utilizar a Certificação Digital padrão ICP Brasil; (5) promover o compartilhamento de informações; (6) criar na legislação comercial e fiscal a figura jurídica da Escrituração Digital e da Nota Fiscal Eletrônica; (7) manutenção da responsabilidade legal pela guarda dos arquivos eletrônicos da Escrituração Digital pelo contribuinte; (8) redução de custos para o contribuinte; (9) mínima interferência no ambiente do contribuinte; (10) disponibilizar aplicativos para emissão e transmissão da Escrituração Digital e da NF-e para uso opcional pelo contribuinte.

Ademais, segundo exposto também no Portal Sped, inserido sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil, o novo sistema trará os seguintes benefícios⁹: redução de custos com a dispensa de emissão e armazenamento de documentos em papel; eliminação do papel; redução de custos com a racionalização e simplificação das obrigações acessórias; uniformização das informações que o contribuinte presta às diversas unidades; redução do envolvimento involuntário em práticas fraudulentas; redução do tempo despendido com a presença de auditores fiscais nas instalações

⁶ Disponível em < <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/967> > acesso em dezembro

⁸ Disponível em < <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/969> > acesso em dezembro

⁹ Disponível em < <http://sped.rfb.gov.br/pagina/show/965> > acesso em dezembro

do contribuinte; simplificação e agilização dos procedimentos sujeitos ao controle da administração tributária (comércio exterior, regimes especiais e trânsito entre unidades da federação); fortalecimento do controle e da fiscalização por meio de intercâmbio de informações entre as administrações tributárias; rapidez no acesso às informações; aumento da produtividade do auditor através da eliminação dos passos para coleta dos arquivos; possibilidade de troca de informações entre os próprios contribuintes a partir de um leiaute padrão; redução de custos administrativos; melhoria da qualidade da informação; possibilidade de cruzamento entre os dados contábeis e os fiscais; disponibilidade de cópias autênticas e válidas da escrituração para usos distintos e concomitantes; redução do “custo Brasil”; aperfeiçoamento do combate à sonegação; preservação do meio ambiente pela redução do consumo de papel.

Feitas essas considerações acerca do Sped, deve-se consignar que esse novo sistema contempla três grandes projetos, e um em específico de suma importância, a saber:

- a) Escrituração Contábil Digital ou Sped Contábil;
- b) Escrituração Fiscal Digital ou Sped Contábil;
- c) NF – eletrônica, em substituição às notas fiscais em papel de mercadorias e bens;
- d) E-Financeira;

Em que pese a existência de outros projetos em andamento, como visto alhures, o presente estudo será delimitado a tratar especificamente destes.

Apenas para ilustrar, convém transcrever o rol dos projetos que compõem o universo de atuação do Sped, a saber: CT-e, ECD, ECF, EFD ICMS IPI, EFD Contribuições, EFD-Reinf, e-Financeira, e-Social, NF-e, NFS-e, MDF-e, NFC-e.

3.3.1. Sped contábil

A Escrituração Contábil Digital (ECD) é parte integrante do projeto Sped e tem por objetivo a substituição da escrituração em papel pela escrituração transmitida

via arquivo, ou seja, corresponde à obrigação de transmitir, em versão digital, os seguintes livros:

- I - Livro Diário e seus auxiliares, se houver;
- II - Livro Razão e seus auxiliares, se houver;
- III - Livro Balancetes Diários, Balanços e fichas de lançamento comprobatórias dos assentamentos neles transcritos.

Esse projeto visa basicamente à substituição dos livros supramencionados por documentos que serão escriturados de maneira digital, tal como regulado pelo Decreto nº 6.022/2007. Nesse sistema, os encarregados pela contabilidade da pessoa jurídica gerarão um arquivo digital, em formato pré-definido, que é submetido ao Programa Validador e Assinado – PVA. Uma vez feitas as validações exigidas, o arquivo é transmitido ao ambiente Sped, por meio do Receitanet, e, ao final da transmissão, o sistema gera o recibo de entrega.

Ainda, há de se ressaltar a importância do certificador digital emitido por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil):

[...] os livros contábeis e os documentos deverão ser assinados digitalmente, utilizando-se de certificado de segurança mínima tipo A3, emitido por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras (ICP-Brasil), a fim de garantir a autoria, a autenticidade, a integridade e validade jurídica do documento digital. (Neder, 2010, p. 80)

Tal exigência vale para todo o sistema Sped, não somente para a ECD, e o assunto será mais bem explorado no tópico que irá tratar dos documentos eletrônicos como meio de prova.

Quanto aos obrigados a adotar a ECD, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014, são, respectivamente:

- I - as pessoas jurídicas sujeitas à tributação do Imposto sobre a Renda com base no lucro real;
- II - as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido, que distribuírem, a título de lucros, sem incidência do Imposto sobre a Renda Retido na

Fonte (IRRF), parcela dos lucros ou dividendos superior ao valor da base de cálculo do Imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita;

III - as pessoas jurídicas imunes e isentas que, em relação aos fatos ocorridos no ano calendário, tenham sido obrigadas à apresentação da Escrituração Fiscal Digital das Contribuições, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.252, de 1º de março de 2012.

IV – as Sociedades em Conta de Participação (SCP), como livros auxiliares do sócio ostensivo.

Entretanto, a referida obrigatoriedade, não se aplica:

I - às pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte (Simples Nacional), de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

II - aos órgãos públicos, às autarquias e às fundações públicas;

III - às pessoas jurídicas inativas de que trata a Instrução Normativa RFB nº 1.536, de 22 de dezembro de 2014.

No mais, fica facultada a entrega da ECD às demais pessoas jurídicas e, quanto às declarações relativas a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) exigidas das pessoas jurídicas que tenham apresentado a ECD, em relação ao mesmo período, serão simplificadas, com vistas a eliminar eventuais redundâncias de informação.

Por derradeiro, importa registrar que, com relação aos fatos contábeis ocorridos no ano de 2013, as sociedades empresárias sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real ficam obrigadas a adotar a ECD, e as pessoas jurídicas do segmento de construção civil, por sua vez, dispensadas de apresentar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) e obrigadas a escriturar o livro Registro de Inventário, devendo apresentá-lo na ECD, como um livro auxiliar.

Quanto ao prazo, A ECD será transmitida anualmente ao Sped, até às 23h59min59s (vinte e três horas, cinquenta e nove minutos e cinquenta e nove segundos), horário de Brasília, do último dia útil do mês de maio do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração.

Sendo que, nos casos de extinção, cisão parcial, cisão total, fusão ou incorporação, a ECD deverá ser entregue pelas pessoas jurídicas extintas, cindidas, fusionadas, incorporadas e incorporadoras até o último dia útil do mês subsequente ao do **evento**.

3.3.2. Sped fiscal

A Escrituração Contábil Fiscal (ECF) substitui a Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ), a partir do ano-calendário 2014, com entrega prevista para o último dia útil do mês de junho do ano posterior ao do período da escrituração no ambiente do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped). Portanto, a DIPJ está extinta a partir do ano-calendário 2014.

O Sped Fiscal, como também é chamada a ECF, é constituído pelo conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federais e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como de registro de apuração de impostos referente às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, enfim, tudo relacionado à apuração de tributos.

Para Rubya Floriani dos Anjos (2010, p. 64), “o Sped Fiscal será o ‘lançamento’ por homologação no futuro próximo. E o processo passa a ser tão dinâmico que o contribuinte deverá ficar atento às informações que enviar às fazendas”.

Diz-se isso porque já se firmou a cultura de que o contribuinte é quem deve enviar as informações ao fisco e, com base no que informou, recolher o tributo devido, pois a recepção dos arquivos pelo fisco configurará a constituição do crédito tributário, o que é bastante para que o tributo seja devido, podendo quaisquer erros ensejar na lavratura imediata de autos de infração ou no encaminhamento do débito para dívida ativa.

Prosseguindo, quanto à obrigatoriedade da ECF, deve-se registrar que esta é extensiva a todas as pessoas jurídicas, inclusive imunes e isentas, sejam elas tributadas pelo lucro real, lucro arbitrado ou lucro presumido, exceto:

I - as pessoas jurídicas optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas

de Pequeno Porte (Simples Nacional), de que trata a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

II - os órgãos públicos, as autarquias e as fundações públicas;

III - as pessoas jurídicas inativas de que trata a Instrução Normativa RFB nº 1.536, de 22 de dezembro de 2014.

Sendo que, a dita obrigatoriedade de entrega da **ECF não** se aplica à incorporadora, nos casos em que as pessoas jurídicas, incorporadora e incorporada, estejam sob o mesmo controle societário desde o ano-calendário anterior ao do evento.

Deve-se consignar que a pessoa jurídica inativa a que se refere o inciso III, acima transcrito, é aquela que não tenha efetuado qualquer atividade operacional, não operacional, patrimonial ou financeira, inclusive aplicação no mercado financeiro ou de capitais, durante todo o ano-calendário. Estas deverão apresentar a Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica (DSPJ) - Inativa.

Há que se ressaltar que, caso a pessoa jurídica tenha sociedades em conta de participação (SCP), cada SCP deverá preencher e transmitir sua própria ECF, utilizando o CNPJ da pessoa jurídica que é sócia ostensiva e o CNPJ/Código de cada SCP.

Em tempo, uma das inovações da ECF corresponde, para as empresas obrigadas a entrega da Escrituração Contábil Digital (ECD), à utilização dos saldos e contas da ECD para preenchimento inicial da ECF. Ademais, a ECF também recuperará os saldos finais das **ECFs anteriores**, a partir do ano-calendário 2015. Na ECF haverá o preenchimento e controle, por meio de validações, das partes A e B do Livro Eletrônico de Apuração do Lucro Real (e-Lalur) e do Livro Eletrônico de Apuração da Base de Cálculo da CSLL (e-Lacs). Todos os saldos informados nesses livros também serão controlados e, no caso da parte B, haverá o batimento de saldos de um ano para outro. Finalmente, a ECF apresentará as fichas de informações econômicas e de informações gerais em novo formato de preenchimento para as empresas.

Quanto ao prazo, a ECF deve ser transmitida anualmente ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) até às 23h59min59s (vinte e três horas, cinquenta e nove minutos e cinquenta e nove segundos), horário de Brasília, do último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira. E, nos

casos de extinção, cisão parcial, cisão total, fusão ou incorporação, ocorridos de janeiro a maio do ano-calendário, o prazo de que trata o § 2º será até o último dia útil do mês de junho do referido ano, mesmo prazo da ECF para situações normais relativas ao ano-calendário anterior.

Por último e quanto à forma, deve ser assinada digitalmente mediante utilização de certificado digital válido credenciado pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-**Brasil**).

3.3.3. Nota fiscal eletrônica

Com a intenção de promover efetividade ao comando inserto no inciso XXII, do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe sobre a atuação integrada das administrações públicas da União, dos estados, do Distrito Federal e municípios, inclusive por meio do compartilhamento de cadastro e informações fiscais, é que foi criada a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, no intuito de promover essa dita integração, bem como garantir uma padronização e melhor qualidade das informações, entre outras medidas.

Para tanto, fora realizado, nos dias 15 a 17 de julho de 2004, em Salvador, o 1º Encontro Nacional de Administradores Tributários ENAT, reunindo os titulares das administrações tributárias federal, estaduais, do Distrito Federal e dos municípios de capitais.

Esse encontro teve por escopo buscar soluções conjuntas das três esferas de governo que promovessem maior integração administrativa, padronização e melhor qualidade das informações; racionalização de custos e da carga de trabalho operacional no atendimento; maior eficácia da fiscalização; maior possibilidade de realização de ações fiscais coordenadas e integradas; maior possibilidade de intercâmbio de informações fiscais entre as diversas esferas governamentais; cruzamento de dados em larga escala com dados padronizados e uniformização de procedimentos.

No ENAT foram aprovados dois protocolos de cooperação técnica nas áreas do cadastramento (Projeto do Cadastro Sincronizado) e Nota Fiscal Eletrônica.

Visando alinhar as diretrizes do projeto, iniciado pelo ENAT, com o fórum de discussão dos coordenadores e administradores tributários estaduais (ENCAT), foi realizada uma reunião técnica do ENAT/ENCAT, em São Paulo-SP, em 27 de abril de

2005, para a unificação dos diferentes projetos em andamento no âmbito das administrações tributárias.

No final de agosto/2005, no evento do II ENAT- Encontro Nacional de Administradores Tributários, em São Paulo, os secretários de Fazenda dos estados e DF, o secretário da Receita Federal e os representantes das Secretarias de Finanças dos municípios das capitais assinaram o Protocolo ENAT 03/2005, visando o desenvolvimento e a implantação da Nota Fiscal Eletrônica, consolidando de forma definitiva a coordenação técnica e o desenvolvimento do projeto sob a responsabilidade do Encat (Encontro Nacional dos Coordenadores e Administradores Tributários Estaduais) com a participação, da agora denominada, Receita Federal do Brasil (RFB). A partir de novembro de 2005, a Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) passou a integrar o projeto.

Para Ramos Filho, a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) pode ser definida como (2010, p. 138):

[...] um documento de existência exclusivamente digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar uma operação de circulação de mercadorias ou prestação de serviços, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura do emitente e a Autorização de Uso, fornecida pela administração tributária do domicílio do contribuinte.

Tamanho é a importância desse instrumento que fora criado um portal web exclusivo para a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, nele constando informações sobre: estratégia de contingência; histórico; descrição do processo; benefícios; justificativas para a execução; e objetivos do projeto.

No referido portal, descreve-se a operação da NF-e da seguinte forma:

De maneira simplificada, a empresa emissora de NF-e gerará um arquivo eletrônico contendo as informações fiscais da operação comercial, o qual deverá ser assinado digitalmente, de maneira a garantir a integridade dos dados e a autoria do emissor. Este arquivo eletrônico, que corresponderá à Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), será então transmitido pela Internet para a Secretaria da Fazenda de jurisdição do contribuinte que fará uma pré-validação do arquivo e devolverá um protocolo de recebimento (Autorização de Uso), sem o qual não poderá haver o trânsito da mercadoria.

A NF-e também será transmitida para a Receita Federal, que será repositório nacional de todas as NF-e emitidas (Ambiente Nacional) e, no caso de operação interestadual, para a Secretaria de Fazenda de destino da operação e Suframa, no caso de mercadorias destinadas às áreas incentivadas. As

Secretarias de Fazenda e a RFB (Ambiente Nacional), disponibilizarão consulta, através Internet, para o destinatário e outros legítimos interessados, que detenham a chave de acesso do documento eletrônico.

Para acompanhar o trânsito da mercadoria será impressa uma representação gráfica simplificada da Nota Fiscal Eletrônica, intitulado DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), em papel comum, em única via, que conterà impressa, em destaque, a chave de acesso para consulta da NF-e na Internet e um código de barras bi-dimensional que facilitará a captura e a confirmação de informações da NF-e pelas unidades fiscais.

O DANFE não é uma nota fiscal, nem substitui uma nota fiscal, servindo apenas como instrumento auxiliar para consulta da NF-e, pois contém a chave de acesso da NF-e, que permite ao detentor desse documento confirmar a efetiva existência da NF-e através do Ambiente Nacional (RFB) ou site da SEFAZ na Internet.

O contribuinte destinatário, não emissor de NF-e, poderá escriturar os dados contidos no DANFE para a escrituração da NF-e, sendo que sua validade ficará vinculada à efetiva existência da NF-e nos arquivos das administrações tributárias envolvidas no processo, comprovada através da emissão da Autorização de Uso. O contribuinte emissor da NF-e, realizará a escrituração a partir das NF-e emitidas e recebidas. (Portal da NF-e, 2017)¹⁰

Em outras palavras, explica Ramos Filho (2010, p. 140):

A empresa emissora de NF-e gerará um arquivo eletrônico contendo as informações fiscais da operação comercial, o qual deverá ser assinado digitalmente, de maneira a garantir a integridade dos dados e autoria do emissor.

Este arquivo eletrônico, que corresponderá à Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), será então transmitido, pela Internet, para a Secretaria de Fazenda Estadual de Jurisdição do contribuinte emissor.

A Secretaria de Fazenda Estadual fará uma pré-validação do arquivo e devolverá uma Autorização de Uso, sem a qual não poderá haver o trânsito da mercadoria.

Após o recebimento da NF-e, a Secretaria de Fazenda Estadual disponibilizará consulta, por meio da Internet, para o destinatário e outros legítimos interessados, que detenham a chave de acesso do documento eletrônico.

Este mesmo arquivo da NF-e será ainda transmitido através da Secretaria de Fazenda Estadual, para:

a Receita Federal, que será o repositório nacional de todas as NF-e emitidas;

no caso de uma operação interestadual, a Secretaria de Fazenda de destino da mercadoria; e

¹⁰ Disponível em:

<<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/sobreNFe.aspx?tipoConteudo=HaV+iXy7HdM>> acesso em janeiro

quando aplicável, os órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta que tenham atribuição legal de regulação, normatização, controle e fiscalização, como, por exemplo, a SUFRAMA (superintendência da Zona Franca de Manaus).

Por sua vez, Saulo José de Barros Campos expõe que:

A Nota Fiscal eletrônica (NF-e) é um documento de existência apenas digital, emitido e armazenado eletronicamente, com o intuito de documentar, para fins fiscais, uma operação de circulação de mercadorias ou uma prestação de serviços, ocorrida entre as partes, com recepção, pelo Fisco, do documento eletrônico, antes da ocorrência do fato gerador. Sua validade jurídica é garantida pela assinatura digital do remetente e da Autorização de Uso fornecida pela administração tributária do domicílio do contribuinte. O arquivo da NF-e eletrônico utiliza o formato XML, descrito de modo sucinto no Quadro 7. A NF-e detalha qualitativa e quantitativamente todos os itens de produto ou serviço contidos no documento. As informações requeridas podem atender a órgãos reguladores e de segurança pública. (CAMPOS, 2012, p. 56)

Finalmente, é possível estabelecer que a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) persiste com as mesmas funções de sua antecedente (cujo suporte era físico, papel), consistente na reportagem sobre a circulação de mercadorias ou prestação de serviços em documento hábil.

Desse modo, pode-se dizer que a NF-e realiza **as** ditas operações exclusivamente em ambiente eletrônico, nela sendo descritas as informações fiscais da operação comercial realizada, que serão assinadas através de Certificado Digital da ICP-Brasil e enviadas à Secretaria da Fazenda do respectivo emitente e à Secretaria da Receita Federal do Brasil (repositório nacional da NF-e), **podendo**, ainda, ser transmitida à Secretaria de Fazenda de destino da mercadoria (quando houver circulação interestadual de mercadorias), bem como aos órgãos e entidades da administração pública que tenham atribuição legal de regulação, normatização, controle e fiscalização.

Recebido o arquivo correspondente à NF-e, a Secretaria de Fazenda do emitente pré-validará o documento, devolvendo ao emissor uma autorização de uso, necessária ao transporte da mercadoria.

Para tanto (transportar a mercadoria), deve ser impressa uma representação gráfica simplificada da Nota Fiscal Eletrônica, o DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica), em papel comum, em única via, que conterà impressa, em destaque, a chave de acesso para consulta da NF-e na internet e um

código de barras bidimensional que facilitará a captura e a confirmação de informações da NF-e pelas unidades fiscais.

Sobre o documento auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica:

Um dos requisitos fundamentais para que o documento eletrônico possa ser utilizado como prova da ocorrência do evento por ele documentado é a “portabilidade”, que se refere à possibilidade de se transportar o registro eletrônico do acontecimento para um suporte material diverso do primitivo, assegurando sua integridade e fidelidade ao registro original.

Assim, para acompanhar o trânsito da mercadoria será impressa uma representação gráfica simplificada da NF-e, denominada DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica).

O DANFE tem, dentre outras funções, as seguintes: (a) acompanhar a mercadoria em trânsito, fornecendo informações básicas sobre a operação em curso (emitente, destinatário, valores etc.); (b) auxiliar na escrituração das operações documentadas por NF-e, no caso do destinatário não ser contribuinte credenciado a emitir NF-e; (c) colher a firma do destinatário/tomador para comprovação de entrega de mercadorias ou prestação de serviços.

O DANFE deve ser impresso pelo vendedor das mercadorias antes da circulação destas e somente poderá ser utilizado para transitar com as mesmas após a concessão da autorização de uso da respectiva NF-e.

Tal documento será impresso em via única, geralmente em papel comum.

O DANFE conterà impressos, em destaque, a chave de acesso e o código de barras linear tomando-se por referência o padrão CODE-128C, para facilitar e agilizar a consulta da NF-e na Internet e a respectiva confirmação de informações pelas unidades fiscais e contribuintes destinatários.

A legislação poderá prevêr casos em que seja permitida a impressão de mais de uma via do DANFE, como contingência utilizando formulários de segurança, por exemplo.

Ressalte-se que o DANFE não é nota fiscal, nem mesmo a substitui, servindo apenas como instrumento auxiliar para consulta da NF-e, pois contém a chave de acesso da NF-e, que permite ao detentor desse documento confirmar, através da página da Secretaria da Receita Federal do Brasil, a efetiva existência de uma NF-e que tenha tido seu uso regularmente autorizado. (RAMOS FILHO, 2010, p. 141/142)

Das colocações acima, e voltando-nos para a prática forense, percebemos que as confusões são recorrentes quanto ao termo utilizado para exigir-se o DANFE. Isso porque, quando da passagem dos transportadores pelos postos fiscais, muitas das vezes se exige a nota fiscal, quando, em verdade, se está a falar do DANFE, que é o papel que o transportador leva consigo, com uma chave de acesso em destaque, para, na eventualidade de uma fiscalização, comprovar que a NF-e foi regularmente

emitida, bem como se as mercadorias que traz consigo são respectivamente aquelas a que se refere a NF-e. Do contrário, é provável que as mercadorias fiquem retidas até efetiva regularização, ou seja, com a emissão da respectiva nota fiscal e impressão do DANFE correspondente para averiguar a fidelidade das informações fiscais acerca da operação comercial que está sendo realizada.

Entendido na teoria como funciona a NF-e, convém registrar os benefícios que este projeto pretende ofertar tanto para a administração tributária quanto para a sociedade e contribuintes em geral:

O Projeto NF-e instituirá mudanças significativas no processo de emissão e gestão das informações fiscais, trazendo grandes benefícios para os contribuintes e as administrações tributárias, conforme descrito a seguir:

Benefícios para as Administrações Tributárias:

Aumento na confiabilidade da Nota Fiscal;

Melhoria no processo de controle fiscal, possibilitando um melhor intercâmbio e compartilhamento de informações entre os fiscos;

Redução de custos no processo de controle das notas fiscais capturadas pela fiscalização de mercadorias em trânsito;

Diminuição da sonegação e aumento da arrecadação;

Suporte aos projetos de escrituração eletrônica contábil e fiscal da Secretaria da RFB (Sistema Público de Escrituração Digital Sped).

Benefícios para a Sociedade:

Redução do consumo de papel, com impacto positivo no meio ambiente;

Incentivo ao comércio eletrônico e ao uso de novas tecnologias;

Padronização dos relacionamentos eletrônicos entre empresas;

Surgimento de oportunidades de negócios e empregos na prestação de serviços ligados à Nota Fiscal Eletrônica.

Benefícios para o Contribuinte Comprador (Receptor da NF-e):

Eliminação de digitação de notas fiscais na recepção de mercadorias;

Planejamento de logística de entrega pela recepção antecipada da informação da NF-e;

Redução de erros de escrituração devido a erros de digitação de notas fiscais;

Incentivo ao uso de relacionamentos eletrônicos com fornecedores (B2B);

Benefícios para o Contribuinte Vendedor (Emissor de NF-e):

Redução de custos de impressão;
Redução de custos de aquisição de papel;
Redução de custos de envio do documento fiscal;
Redução de custos de armazenagem de documentos fiscais;
Simplificação de obrigações acessórias, como dispensa de AIDF;
Redução de tempo de parada de caminhões em Postos Fiscais de Fronteira;
Incentivo a uso de relacionamentos eletrônicos com clientes (B2B); (PORTAL DA NF-e, 2017)¹¹

Percebe-se, portanto, que um dos principais benefícios, extensivo a todas as categorias supramencionadas, diz respeito à economia do papel, o que é de extrema importância para um país sustentável do ponto de vista ambiental. Além disso, há a simplificação dos deveres instrumentais, evitando rabiscos, erros humanos, dotando, por consequência, o documento de maior confiabilidade.

Não obstante, facilita em grande medida o trabalho do fisco, dentre outras possibilidades, garante ao agente fiscalizador a possibilidade de verificar, de posse da chave de acesso à NF-e contida no DANFE, se foi regularmente emitida a nota fiscal eletrônica, e ainda se as mercadorias em trânsito correspondem com as discriminadas no documento fiscal.

3.3.4. e-Financeira

A e-Financeira é uma obrigação acessória, e igualmente outro módulo do Sped, que reúne diversas informações relativas a operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

A obrigação é constituída por um conjunto de arquivos a serem entregues em leiautes específicos, por meio do ambiente do Sped, utilizando certificado digital válido, emitido por entidade credenciada pela ICP-Brasil, e os arquivos obrigatoriamente assinados digitalmente pelo representante legal da entidade

¹¹ Disponível em:
<<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/sobreNFe.aspx?tipoConteudo=HaV+iXy7HdM=>> acesso em janeiro

declarante ou procurador constituído nos termos da Instrução Normativa (IN) RFB nº 1.571, de 02 de julho de 2015.

No mais, a e-Financeira deverá ser entregue pelas pessoas jurídicas autorizadas a estruturar ou comercializar planos de benefícios de previdência complementar; autorizadas a instituir e administrar Fundos de Aposentadoria Programada Individual (Fapi); ou que tenham como atividade principal ou acessória a captação, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, incluídas as operações de consórcio, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia de valor de propriedade de terceiros.

A obrigação de entregar a e-Financeira se estende, ainda, às sociedades seguradoras autorizadas a estruturar ou comercializar planos de seguros de pessoas, as quais devem informar as operações decorrentes de planos com constituição de provisão matemática de benefícios a conceder ou da compra de renda imediata por meio de pagamento único.

Esse acesso às informações pelo fisco não é algo inédito, desde a instituição da CPMF e, posteriormente, com a extinção da CPMF, e instituição da Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof), era possível obter informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes.

Não obstante, para atender às regras do FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act), tendo em vista a aprovação do Acordo de Cooperação Intergovernamental, conhecido como IGA, firmado entre o governo brasileiro e o norte-americano, é que foi instituída a e-Financeira, devendo ser transmitida via Sped.

Com a Instrução Normativa 1.571, de julho de 2015, a Receita Federal do Brasil disciplinou uma nova obrigação acessória, denominada e-Financeira, que trouxe a obrigatoriedade aos bancos, seguradoras, corretoras de valores, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, administradores de consórcios e entidades de previdência complementar de reportarem as informações relativas às operações financeiras de seus clientes, sejam pessoas físicas ou jurídicas.

Essa nova obrigação acessória também tem o condão de atender as regras do Fatca (Foreign Account Tax Compliance Act), tendo em vista a aprovação do Acordo de Cooperação Intergovernamental, conhecido como IGA, firmado entre o governo brasileiro e o norte-americano, e deverá ser transmitida ao ambiente do Sistema Público de Escrituração Digital (Sped).

Acontece que, pela nova regra, as pessoas jurídicas obrigadas à entrega da e-Financeira, sobretudo as instituições financeiras, deverão informar à Receita Federal qualquer movimentação mensal acima de R\$ 2 mil feita por pessoas físicas ou R\$ 6 mil, no caso de pessoas jurídicas, com início já para

os fatos geradores ocorridos em dezembro de 2015, cuja entrega inicial está prevista para o último dia útil de maio de 2016.

Dentre as informações que devem ser prestadas na e-Financeira estão o saldo no último dia útil do ano de qualquer conta de depósito, inclusive de poupança, somatórios mensais a crédito e a débito de aplicações financeiras, rendimentos brutos mensais, aquisições de moedas estrangeiras, valor de créditos disponibilizados ao cotista, acumulados anualmente, mês a mês, por cota de consórcio, dentre outras.

Complementando as informações financeiras, a e-Financeira trará demais dados das pessoas físicas ou jurídicas, tais como nome, nacionalidade, residência fiscal, número da conta ou equivalente, individualizados por conta ou contrato na instituição declarante, CPF, CNPJ, número de identificação fiscal no exterior (NIF), quando houver, além do CPF ou do CNPJ e endereço de qualquer pessoa autorizada a movimentar as contas, inclusive representantes legais.

Assim, mesmo havendo previsão na referida norma de que é vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou o destino dos recursos utilizados nas operações financeiras, resta claro que a Receita terá praticamente todas as informações de movimentações mensais das pessoas físicas ou jurídicas, que permitirá cruzamentos internos de informações, para averiguar eventuais inconsistências com as informações prestadas nas declarações remetidas a ela.

O acesso às informações de movimentações financeiras dos contribuintes por parte da Receita Federal é uma situação antiga e muito questionada pelos contribuintes, desde a instituição da CPMF e, posteriormente, com a extinção da CPMF, e instituição da Declaração de Informações sobre Movimentação Financeira (Dimof), já que em ambos os casos era possível obter informações sobre a movimentação financeira dos contribuintes.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, que permite à Receita Federal acessar informações bancárias dos contribuintes, sem que haja autorização judicial para tanto. Assim, bastará apenas a abertura de procedimento fiscal para que as autoridades fiscais tenham todo acesso às informações financeiras dos contribuintes. (Santos; Ghioto; 2016)

Efetivamente, como se pôde observar, para se constituírem como informações financeiras que devem ser repassadas ao fisco pelos obrigados a tanto, os montantes mensais das movimentações financeiras devem ser superiores a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) para pessoas físicas e R\$ 6.000,00 (seis mil reais) para pessoas jurídicas.

Ditas informações financeiras compreendem: “a identificação dos titulares das operações financeiras e comitentes finais e devem incluir nome, nacionalidade, residência fiscal, endereço, número da conta ou equivalente, individualizados por conta ou contrato na instituição declarante, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), Número de Identificação Fiscal (NIF) no exterior, quando houver, nome empresarial, os saldos

e os montantes globais mensalmente movimentados e demais informações cadastrais.” (Fonte legal: §6º, art. 5º, IN 1571 RFB).

De posse delas, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode realizar o cruzamento com informações contidas nas declarações de renda, e, em havendo divergências, poderá instaurar processo administrativo fiscal, na forma do art. 6º, da LC 105/2001, para apurar eventual supressão de tributos.

CAPÍTULO 4

CERTIFICADOS DIGITAIS E ICP-BRASIL

4.1. Considerações Iniciais

Tratou-se do Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, e, em seguida, abordou-se um de seus módulos, que é a e-financeira, obrigação acessória, cujo dever consiste na prestação de informações relativas às operações financeiras de interesse da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), pelas pessoas jurídicas apontadas no art. 4º, do Decreto nº1571/2015¹².

¹² Art. 4º Ficam obrigadas a apresentar a e-Financeira:

I - as pessoas jurídicas:

- a) autorizadas a estruturar e comercializar planos de benefícios de previdência complementar;
- b) autorizadas a instituir e administrar Fundos de Aposentadoria Programada Individual (Fapi); ou
- c) que tenham como atividade principal ou acessória a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, incluídas as operações de consórcio, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia de valor de propriedade de terceiros; e

II - as sociedades seguradoras autorizadas a estruturar e comercializar planos de seguros de pessoas.

§ 1º A obrigatoriedade de que trata o caput alcança entidades supervisionadas pelo Banco Central do Brasil (Bacen), pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pela Superintendência de Seguros Privados (Susep) e pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc).

§ 2º Para fins de aplicação do disposto no caput, são considerados serviços de custódia de valor de terceiros aqueles prestados diretamente ao investidor, conforme definição adotada pelo Bacen e pela CVM, em relação a ativos financeiros, títulos e valores mobiliários, inclusive no que se refere à manutenção de posições em contratos derivativos.

§ 3º Fica responsável pela prestação de informações:

I - a instituição financeira depositária de contas de depósito, inclusive de poupança, em relação às informações de que trata o inciso I do caput do art. 5º;

II - a instituição custodiante das contas de custódia de ativos financeiros vinculadas às aplicações financeiras de que tratam os incisos II e III do caput do art. 5º;

III - o administrador, no caso de fundos e clubes de investimento cujas cotas estejam vinculadas às aplicações financeiras de que tratam os incisos II e III do caput do art. 5º, exceto:

- a) fundos de investimento especialmente constituídos, destinados exclusivamente a acolher recursos de planos de benefícios de previdência complementar ou de planos de seguros de pessoas; e
- b) fundos cujas cotas sejam negociadas em bolsa ou devam ser ou sejam registradas em balcão organizado;

IV - o distribuidor de cotas de fundos de investimento distribuídos a terceiros por conta e ordem vinculadas às aplicações financeiras de que tratam os incisos II e III do caput do art. 5º;

V - a instituição intermediária, no caso de ações, derivativos, ou cotas de fundos de investimento negociadas em bolsa ou que devam ser ou sejam registradas em balcão organizado vinculadas às aplicações financeiras de que tratam os incisos II e III do caput do art. 5º;

VI - a instituição autorizada a realizar operações no mercado de câmbio para as operações de que tratam os incisos VIII a X do caput do art. 5º;

VII - as pessoas jurídicas de que tratam as alíneas “a” e “b” do inciso I e o inciso II do caput, em relação às informações referidas nos incisos IV a VI do caput do art. 5º;

VIII - a pessoa jurídica administradora de consórcios, conforme art. 5º da Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, para as informações de que tratam os incisos XI e XII do caput do art. 5º; e

IX - a instituição que detenha o relacionamento final com o cliente, nos demais casos, em relação às informações de que trata o art. 5º.

Mais especificamente, a e-Financeira é constituída por um conjunto de arquivos digitais referentes a cadastro, abertura, fechamento e auxiliares, e pelo módulo de operações financeiras.

Esses arquivos digitais, em outros termos, são documentos eletrônicos e devem seguir os critérios apontados no art. 2º, do Decreto 1751/2015, ou seja, deve a e-financeira ser emitida de forma eletrônica e ser assinada digitalmente pelo representante legal da empresa ou procurador constituído nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.571, de 02 de julho de 2015, utilizando-se de certificado digital válido, emitido por entidade credenciada pela Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil), a fim de garantir a autoria do documento digital.

Nessa linha segue também a própria redação do Decreto nº 6022/2007¹³, que instituiu o Sistema Público de Escrituração Digital, o qual estabelece que os livros e documentos deverão ser emitidos em forma eletrônica, observando-se o disposto na Medida Provisória - MP nº 2200-2/2001¹⁴, a qual instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Como se vê, a legislação do Sped e de seu módulo, e-Financeira, estabelecem que os documentos emitidos dentro dos seus respectivos sistemas devem observar o disposto na MP 2.200-2/2001, ICP-Brasil, que garante a **autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica**, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Noutros termos, os documentos enviados por meio do Sped e de seu módulo e-Financeira **as** somente serão tidos como válidos se for utilizada a ICP-Brasil, o que reforça a necessidade do estudo desse elemento, o qual garantirá a efetividade do Sped.

Em linhas gerais, e a teor do que dispõe a legislação, cabe à ICP-Brasil “garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma

¹³ Art. 2º O Sped é instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos empresários e das pessoas jurídicas, inclusive imunes ou isentas, mediante fluxo único, computadorizado, de informações. (Redação dada pelo Decreto nº 7.979, de 2013)

§ 1º Os livros e documentos de que trata o caput serão emitidos em forma eletrônica, observado o disposto na Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

¹⁴ Art. 1º Fica instituída a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras”.

Ou seja, incumbe à ICP-Brasil garantir a autenticidade, integridade e validade dos documentos eletrônicos, nas aplicações de suportes e aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, e ainda garantir a realização de transações eletrônicas seguras. Esse último aspecto é corolário das garantias previstas nas aplicações de suportes e aplicações habilitadas que utilizam certificados digitais. Logo, em sendo garantidas a autenticidade, integridade e validade dos documentos eletrônicos nessas operações, por consequência, se garantirá a realização de transações eletrônicas seguras. Efetivamente, a ênfase desse processo está em garantir a segurança das operações realizadas através de **certificados digitais**.

Mas o que são os certificados digitais? E como funcionam? Esses são questionamentos que devem ser respondidos, a bem de não deixar lacunas neste trabalho, pois o assunto costuma apenas ser abordado pelos profissionais da tecnologia da informação, havendo certa dificuldade na compreensão dos principais aspectos pelos operadores do Direito.

Contudo, a nova realidade do “Direito digital” reclama um mínimo conhecimento aos juristas acerca de alguns elementos, como: o documento eletrônico; a criptografia, simétrica e assimétrica; os resumos de mensagens (HASH); a assinatura eletrônica e digital; o certificado digital; e a ICP-Brasil.

1.10. 4.2. O Documento Eletrônico

Com efeito, a criação dos certificados digitais é consequência da necessidade de se garantir autenticidade, integridade e validade jurídica aos documentos eletrônicos. Daí porque a necessidade de estudá-los.

Entretanto, não há diferença substancial entre estes e os documentos físicos, ambos servem para representar algum fato, o que os difere é, tão somente, o meio pelo qual os fatos serão representados, pois o documento eletrônico não se apresentará em papel, será representado por CD-ROM, HD externo, *pen drive* e outros.

Ontologicamente, não existe uma diferença entre a noção tradicional de documento e a nova noção de documento eletrônico, porque o ciber documento também será o meio real de representação de um fato, não sendo, apenas, de forma gráfica.

A diferença reside, tão somente, no meio real utilizado, não mais representado pelo papel e sim por disquetes, cd roms, discos rígidos etc. (Marques, 2011, p. 130)

Além disso, outro ponto que o diferencia do documento tradicional diz respeito a unidade desse elemento, pois não há que se falar em originais ou cópias:

Deve-se levar em conta que um documento tradicional pode ter um ou mais originais e várias “cópias”. No meio eletrônico, esse conceito não se aplica, pois dado que a sequência de bits que formam o documento pode ser reproduzida infinitas vezes, mantendo-se exatamente igual a matriz, não é possível referir-se ao original, a cópia ou ao número de vias de um documento eletrônico. (Silva; Farias; 2006, p. 22)

Efetivamente, tal decorre da possibilidade da sequência de bits que forma o documento eletrônico poder ser reproduzida infinitas vezes, permanecendo as demais reproduções idênticas à matriz. Trata-se, inclusive, de um dos princípios que regem o documento eletrônico confiável, a integridade dos dados.

Sem embargo de existirem outras peculiaridades entre os documentos em formato físico e eletrônico, uma coisa é certa: para validade jurídica desse tipo de documento, é preciso que alguns requisitos sejam cumpridos. É o que Robson Machado convencionou chamar de “os pilares do processo eletrônico confiável”, que seriam, respectivamente, a autenticação, a privacidade, a autorização, a integridade dos dados e o não repúdio.

Para fins didáticos, convém analisar separadamente cada um desses pilares e, assim, reconhecer os atributos necessários para constituição de um documento eletrônico dotado de segurança/confiabilidade.

4.2.1. Autenticidade

Eis o “nó” ou “imbróglio” do documento eletrônico, que desde o princípio levanta controvérsias sobre a aceitação deste e sua conseqüente validade jurídica, a autenticidade.

Autenticar o documento, em linhas gerais, é dizer que algo é autêntico, que foi produzido por determinada pessoa ou que é verdadeiro, ou ainda, é comprovar a identidade.

Autenticar é o ato de estabelecer ou confirmar algo (ou alguém) como autêntico, isto é, que reivindica a autoria ou veracidade de alguma coisa.

A autenticação também remete à confirmação da procedência de um objeto ou pessoa, neste caso, frequentemente relacionada com a verificação da sua identidade.

Em segurança da informação, a autenticidade é um processo que busca verificar a identidade digital do usuário de um sistema, normalmente, no momento em que ele requisita um login (acesso) em um programa ou computador. (Machado, 2010, p. 13)

Todavia, como dizer que um documento eletrônico é autêntico se não se viu quem o assinou, se não há como realizar uma perícia grafotécnica ou grafológica que determine de quem é a assinatura? Ainda, como saber se o negócio jurídico celebrado virtualmente de fato ocorreu com aquele que diz ser um banco ou loja de departamento?

No que tange à autoria, diz respeito à identidade do agente, ou seja, a pessoa que se apresenta como sendo determinada pessoa. Busca-se saber se é, realmente, quem diz ser? Aquele que se apresenta como site de um Banco é verdadeiramente o Banco que diz ser? Aquele que se apresenta como site de uma loja de departamentos, acolhendo pedidos de compra de mercadorias é verdadeiramente aquela “loja” autorizada a funcionar?

Portanto, a dificuldade em se identificar as pessoas nas transações eletrônicas reflete no âmbito jurídico quanto à autoria das condutas praticadas, especialmente se tais condutas importam infrações.

Assim, a autenticidade implica a autoria identificável, a possibilidade de se identificar, com elevado grau de certeza, a autoria de manifestação de vontade representada no documento digital, ou a “qualidade do ato que é confirmado por ato de autoridade, de coisa, documento ou declaração de verdadeiros”.

Geralmente, o que demonstra a paternidade, a autoria de um documento tradicional é a assinatura lançada no suporte material; em se tratando de documento eletrônico, é a assinatura digital que tem a função de autenticação.

No concernente aos documentos manuscritos não assinados, quanto à sua autenticidade, estes podem ter a sua autoria demonstrada por meio de análise grafotécnica ou grafológica, caso o suposto autor negue a elaboração do que escreveu.

Agregue-se, ainda, ao fato, caso a demonstração de autoria não seja efetivada, a sua força probante cai por terra, logicamente.

Cabe, ainda, pontuar quanto à questão da assinatura a sua concepção geral (vulgar) e jurídica, no sentido de destacar que, em ambas as hipóteses, possuirá as mesmas características da assinatura manuscrita, ou seja, consubstanciar-se-á em um sinal identificável, único e exclusivo de uma dada pessoa.

Desse modo, com a evolução tecnológica, permite-se que uma assinatura eletrônica, possuindo estas mesmas características, seja possível dar-lhe o mesmo significado e eficácia jurídica da assinatura manual. (Marques, 2011, p. 133/134)

Do aresto, se extrai que as indagações feitas acima podem ser respondidas pela premissa de que, enquanto a autoria de um documento tradicional é comprovada pela assinatura lançada no suporte material, no documento eletrônico, é a assinatura digital que tem a função de autenticação.

No entanto, não é qualquer assinatura digital que irá dotar o documento de validade jurídica e, via de consequência, para garantir sua autenticidade frente a terceiros, devem ser observados os dêiticos de autoridade emissora e de procedimento encontrados em sua enunciação-enunciada com as regras estabelecidas pela ICP-Brasil.

O documento eletrônico é veementemente criticado por ser um documento de fácil alteração. O problema da prova eletrônica estaria relacionado à autenticidade de sua produção. Porém, essa incerteza paira não só no documento eletrônico, mas também em toda a teoria do documento e da prova. Pode-se, muito bem falsificar uma assinatura, ou rasurar o teor de um documento. Como também uma testemunha pode faltar com a verdade em seu depoimento sem que seja descoberta.

Atribuir essa pecha apenas ao documento eletrônico não parece ser a melhor resposta que o sistema jurídico requer. Por isso, propõe-se estudar o processo de produção da prova documental eletrônica que a caracteriza como válida, deixando a sua valoração a trabalho do intérprete.

Com a edição da Medida Provisória n. 2.200-2 foi instituída a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, cuja finalidade é garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Utilizando-se da analogia, pode-se dizer que a importância da ICP para os documentos eletrônicos está como os Cartórios Públicos são para os documentos públicos.

Para se ter um documento eletrônico juridicamente válido requer-se o cotejo do dêiticos de autoridade emissora e de procedimento encontrados em sua enunciação-enunciada com as regras estabelecidas pela ICP-Brasil.

O dêitico de autoridade, utilizado para identificar o autor do documento, facilmente visualizado em assinatura à caneta, carimbos, selos, entre outros recursos, que comprovam a autenticidade dos documentos passa a ser substituído por um nova tecnologia de identificação.

Diante de um documento eletrônico, conhecer-se-á o seu agente emissor pela assinatura digital baseada em um certificado digital emitido por uma autoridade certificadora credenciada. (Janini, 2010, p.46)

Ou seja, a obediência aos comandos elencados na Medida Provisória nº 2.200-2 é essencial para garantir a autenticidade dos documentos, pois a ICP-Brasil funciona para os documentos eletrônicos de forma semelhante à que os cartórios públicos funcionam para os documentos públicos.

No mais, e ainda sobre as assinaturas, calha ressaltar que as terminologias confundem, pois assinatura eletrônica é uma coisa, enquanto assinatura digital é outra.

O primeiro conceito técnico para resolver o problema da identificação no meio virtual pode ser denominado de assinatura eletrônica. Tendo em vista a precisão da definição apresentada no Guia para sua incorporação ao direito interno da lei modelo da Uncitral, calha a sua citação: “o escopo de várias técnicas atualmente disponíveis no mercado, ou ainda em desenvolvimento, é o de oferecer os meios técnicos pelos quais algumas ou todas as funções identificadas como características das assinaturas manuscritas podem ser desempenhadas em um ambiente eletrônico. Tais técnicas podem ser, em sentido largo, denominadas de “assinaturas eletrônicas” [...] por exemplo, certas técnicas seriam respaldadas na autenticação por meio de dispositivos biométricos baseados em assinaturas manuscritas. Em tais dispositivos, o signatário assinaria manualmente, utilizando uma caneta especial, ou em uma tela de computador ou em uma planilha digital. A assinatura manuscrita seria então analisada pelo computador e armazenada como um conjunto de valores numéricos, que poderia ser anexado a uma mensagem de dados e recuperada pelo relying party para fins de conferência da autoria. Um tal sistema de comprovação de autoria seria baseado no pressuposto de que amostras da assinatura manuscrita tenham sido previamente analisadas e armazenadas utilizando o dispositivo biométrico. Outras técnicas compreenderiam a utilização de números de identificação pessoal (os PINs), versões digitalizadas de assinaturas manuscritas, e outros métodos, como o clicar numa opção de uma janela de diálogo.

Portanto, sob a denominação de assinatura eletrônica inclui-se um sem-número de métodos de comprovação de autoria empregados no meio virtual. A assinatura digital, desta feita, consiste em espécie do gênero assinatura eletrônica, e representa um dos meios de associação do indivíduo a uma declaração de vontade veiculada eletronicamente dentre os diversos existentes. Há, pois, uma diferença entre as nomenclaturas “assinatura eletrônica” e “assinatura digital”, que não poderão ser utilizadas como sinônimas.

Enquanto o termo “assinatura eletrônica” abrange o leque de métodos de comprovação de autoria mencionados, e até mesmo outros que possam vir a ser criados, a palavra “assinatura digital” refere-se exclusivamente ao

procedimento de autenticação baseado na criptografia assimétrica. (Menke, 2005, p. 41/42):

Como se pode observar, “assinaturas eletrônicas” constituem as amostras da assinatura manuscrita que são previamente analisadas e armazenadas utilizando o dispositivo biométrico ou a utilização de números de identificação pessoal (os PINs). Contudo, esta é gênero do que é espécie a assinatura digital, que é exclusiva ao procedimento de autenticação baseado na criptografia assimétrica.

Uma assinatura eletrônica representa um conjunto de dados, no formato eletrônico, que é anexado ou logicamente associado a um outro conjunto de dados, também no formato eletrônico, para conferir-lhe autenticidade e autoria.

A assinatura eletrônica, portanto, pode ser obtida por meio de diversos dispositivos ou sistemas, como login/senha, biometria, impostação de PIN etc.

Um dos tipos de assinatura eletrônica é assinatura digital, que utiliza pares de chaves criptográficas associados a certificados digitais (Machado, 2010, p. 61).

Com efeito, a assinatura digital diverge da eletrônica no que se refere à utilização de pares de chaves criptográficas associados a certificados digitais, o que leva à conclusão de que é a criptografia o elemento que garante a tão enunciada autenticidade.

Mais uma vez, exsurge a necessidade de tratar de um tema estranho ao Direito, a criptografia.

A palavra criptografia vem do francês “cryptographie” que é oriunda da junção da palavras gregas “kriptós” (escondido, oculto ou secreto) e gráphein (escrever, descrever). Assim, a criptografia pode ser definida como a ciência e arte de transformar uma mensagem escrita, clara, em outra também escrita e legível, cifrada e ininteligível para outrem que não o destinatário, conhecedor da convenção empregada na cifragem.

Na criptografia, o texto inicial, legível para todos, é denominado de texto em claro (do inglês, “plaintext”). O processo de codificação de um texto em claro é denominado de cifragem, e o texto codificado recebe o nome de texto cifrado (do inglês, “cyphertext”). A recuperação do texto inicial recebe o nome de decifragem. Com a utilização dos computadores, o que é cifrado são arquivos que contém dados digitais (bits), de forma que não somente textos, mas arquivos contendo qualquer tipo de informação (fotos, sons, vídeos, planilhas, etc) podem ser cifrados utilizando a mesma técnica. Também são

muito utilizados os termos “criptografar” e “descriptografar” ou “decriptar” como sinônimo de cifrar e decifrar respectivamente. [...]

A utilização da criptografia existe desde a Antiguidade e, segundo KAHN, uma inscrição de hieróglifos fora do padrão datada de 1900 A.C é tida como o primeiro exemplo escrito de seu uso. Nessa época, as cifras hebraicas foram as que ficaram mais conhecidas (600 – 500 A.C). Essas cifras eram realizadas através de uma substituição monoalfabética e assim esses métodos criptográficos eram baseados nos segredos dos algoritmos utilizados. Um simples estudo estatístico da língua utilizada era suficiente para decifrar o texto original. Somente com o surgimento do computador eletrônico, logo após a 2ª Guerra Mundial, que a pesquisa em criptografia evoluiu qualitativamente e passou-se a utilizar complexos cálculos matemáticos. Hoje, os algoritmos modernos são todos publicamente conhecidos e baseiam-se no segredo das chaves e não do próprio algoritmo. (Silva; Farias; 2006, p. 29)

Como se vê, a criptografia pode ser entendida como o instrumento destinado a assegurar a confidencialidade da mensagem contra terceiros, que não o destinatário (s) da mensagem. Desse modo, uma mensagem clara e inteligível, ao ser criptografada, torna-se ininteligível para terceiros, somente podendo ser visualizada pelo destinatário.

Não obstante, na atualidade coexistem dois tipos de criptografia, a simétrica e a assimétrica.

Existem duas formas de utilização da criptografia com uso de chaves: a criptografia convencional ou simétrica e a criptografia assimétrica ou de chaves públicas. O primeiro utiliza uma única chave para cifrar e decifrar a mensagem. Assim, para garantir o sigilo da informação, apenas o emissor e o receptor devem conhecer a chave. O problema desse modelo reside exatamente nessa questão: a chave utilizada para cifrar a mensagem deve ser compartilhada com todos os que precisam ler a mensagem, o que cria dificuldades na distribuição da chave e manutenção de seu sigilo.

Já a criptografia assimétrica, de especial relevância para o correto entendimento do funcionamento da assinatura digital, utiliza um par de chaves diferentes, mas que se relacionam matematicamente, sendo uma chave pública (utilizada para cifrar a mensagem) e outra chave privada (utilizada para decifrar a mensagem). O texto cifrado por uma chave pública só pode ser decifrado pela chave privada correspondente. A chave privada, portanto, deve ser de conhecimento apenas de seu titular, enquanto a chave pública deve ser conhecida por todos aqueles que queiram enviar uma mensagem codificada ao primeiro. (Silva; Farias; 2006, p. 29)

Por certo, a criptografia assimétrica constitui ferramenta de maior relevância, porquanto a criptografia simétrica demanda o conhecimento da chave privada por todos que precisam ler a mensagem, o que, além de limitar o seu uso, causa dificuldade na distribuição da chave e manutenção de seu sigilo.

Em razão disso é que a assinatura digital utiliza a criptografia assimétrica ou de chave pública.

A assinatura digital é viabilizada pelo emprego da criptografia assimétrica ou criptografia de chave públicas. Para uma melhor compreensão da criptografia assimétrica, é preciso fazer uma rápida passagem pelas características da criptografia simétrica. A criptografia simétrica é bastante antiga, havendo registros de que já era conhecida na época das guerras helênicas, na Mesopotâmia e no Egito. Sua utilização original esteve relacionada a finalidade militares, para codificação das comunicações encetadas entre os chefes de Estado e os comandantes dos exércitos. Simon Singh relata que “o primeiro documento que usou uma cifra de substituição para propósitos militares aparece nas Guerras da Gália de Júlio César. O método empregado por Júlio César era o do alfabeto cifrado, de acordo com o qual cada letra da mensagem era substituída pela terceira letra subsequente do alfabeto. Assim, o texto original “veni, vidi, vici”, cifrado, ficava assim: “YHQL, YLGL, YLFL”.

O destinatário da mensagem deveria ter prévio conhecimento dessa substituição, ou seja, do número exato de letras que foi avançado (a denominada chave ou código, como se chama na linguagem técnica da criptografia), a fim de que pudesse compreender o conteúdo.

Veja-se que, na criptografia simétrica, os interlocutores compartilham o código (ou chave) de cifração e de decifração da mensagem. E mais, utilizam o mesmo código para esses dois processos de ocultar e tornar claro o texto. Ocorre que a criptografia simétrica apresenta algumas limitações ou dificuldades facilmente verificáveis. A primeira delas é que previamente à comunicação entre duas pessoas que a utilizarão será necessário um contato para que ela convençionem o código a ser utilizado.

A segunda dificuldade é a de escala, ou seja, a chave que Carlos utilizar para se comunicar com Maria deverá necessariamente ser diferente daquela que utilizará na interlocução com Pedro, caso contrário, não terá garantia da confidencialidade e da autoria da mensagem. Numa comunidade de 1.000 usuários, Carlos precisaria de 999 chaves diferentes para que a confidencialidade das mensagens não fosse comprometida. Daí pode-se imaginar os complicadores de sua aplicação para um universo maior de pessoas, como aquele verificado numa sociedade de massas.

A criptografia assimétrica ou de chave pública, por seu turno, foi desenvolvida recentemente, a partir de estudos feitos nos anos 70 pelos pesquisadores norte-americanos Whitfield Diffie, Martin Hellman e Ralph Merkle, considerados os inventores dos conceitos de criptografia de chave pública. Ela consiste num método que utiliza duas chaves, uma a ser aplicada pelo remetente e outra pelo receptor da mensagem, e é sobre esse conceito que se funda a criação da chamada assinatura digital. As chaves são denominadas chave pública e chave privada, ou privativa.

A chave privada é de único e exclusivo domínio do titular da chave de assinatura, enquanto que a chave pública poderá ser amplamente divulgada. Elas constituem combinação de letras e números bastante extensa, que não são criadas pelo usuário, mas sim por programas de computador. O que interessa saber é que as chaves se complementam e atuam em conjunto. O remetente “assina” a sua mensagem aplicando a ela a sua chave privada (que fica armazenada, usualmente, em cartões inteligentes, dispositivos similares a um cartão de crédito), enquanto que o receptor, ao receber a mensagem, aplicará a chave pública do remetente para verificar se ela efetivamente dele se originou. (Menke, 2005, p. 44)

Do texto, depreende-se que houve uma evidente evolução na seara da criptografia, na medida em que restou possível, com a criação da criptografia assimétrica, estabelecer uma comunicação entre indivíduos sem a necessidade sequer de um contato prévio, sendo bastante que se aplique a chave pública do remetente, na mensagem cifrada pela chave privada deste, para que se tenha certeza acerca da autoria.

O padrão criptográfico utilizado para cifrar ou decifrar mensagens é conhecido como chave.

Quando a mesma chave é utilizada para cifrar e para decifrar a mensagem, temos a denominada criptografia simétrica ou de chave privada, normalmente utilizada em redes fechadas ou computadores isolados.

Esta modalidade criptográfica exige que o destinatário da mensagem conheça o algoritmo utilizado para criptografar a mensagem, pois caso contrário não poderá decifrar o conteúdo dela.

Desse modo, para que a criptografia simétrica funcione, é mister que o destinatário possua a chave usada pelo remetente.

Como bem se percebe, essa característica relativa a esse tipo de criptografia implica um problema relacionado ao manejo, ao uso da chave, porque, uma vez havendo dúvida quanto à honestidade e integridade de um dos receptores da chave, o sistema, obviamente, se tornará inseguro, motivando uma imediata substituição de chave que, por seu turno, deverá ser remetida aos receptores confiáveis.

Por isso é que, como já dito, a criptografia simétrica é, normalmente, utilizada em redes fechadas ou apenas para garantir o sigilo de arquivos pessoais armazenados em computadores isolados.

Quando são utilizadas duas chaves distintas, todavia matematicamente vinculadas entre si, uma para cifrar mensagem e outra para decifrá-la, temos aqui a criptografia assimétrica ou de chave pública, destinadas à utilização em redes abertas como a internet. Aqui, as chaves são totalmente independentes entre si, porém, uma chave completa a outra.

Essa técnica representou um grande avanço em relação ao sistema anterior, possibilitando uma maior disseminação e segurança das transações no ciberespaço.

A criptografia de chave pública funciona a partir de complexos métodos matemáticos irreversíveis, denominados one-way functions (função unidirecional), que geram duas chaves diferentes. Uma delas ficará em poder do proprietário do sistema, que terá exclusividade no seu uso. Esta será a chave privada. A outra poderá ser distribuída a todos aqueles com quem precisa manter uma comunicação segura ou identificável. Essa é a chave pública.

Qualquer uma dessas chaves poderá ser utilizada para cifrar a mensagem, que somente a outra será capaz de decifrar e vice-versa.

Portanto, a chave utilizada para cifrar a mensagem não poderá ser utilizada para decifrá-la o que só poderá ser feito pela outra chave.

O proprietário cifra a mensagem com sua chave privada, para que ela possa ser decifrada, depois de chegar ao destinatário, pela chave pública. Todavia, como o método inverso também é válido, se uma pessoa que tem chave pública de alguém quiser enviar-lhe uma mensagem cifrada, poderá fazê-lo valendo-se da chave pública daquele. Desta forma, garante-se a privacidade da comunicação que poderá ser cifrada pela chave privada.

Na hipótese de o remetente querer garantir total privacidade no ciberespaço, deverá, primeiramente, cifrar a mensagem utilizando a chave pública do destinatário, a fim de evitar que sua mensagem seja interceptada na web, caso cifre a mensagem com sua chave privada.

Daí, em seguida, deverá criptografar a mensagem com sua chave privada, enviando-a ao destinatário. Este, por sua vez, quando do recebimento da mensagem, irá decifrá-la utilizando a chave pública do remetente, garantindo a origem da mensagem, porque a chave pública do remetente só decifra as mensagens cifradas pela chave privada correspondente.

Após ser executada esta operação, bastará o receptor aplicar sua chave privada, para ter acesso ao teor da mensagem.

Nesse momento, se verificará se houve ou não alteração no conteúdo da mensagem. Vale dizer: se a sequência de bits manteve-se inalterada ou não. (Marques, 2011, p. 160/162)

Percebe-se então que a criptografia simétrica ainda cumpre sua finalidade, no entanto, restrita a redes fechadas ou apenas para garantir o sigilo de arquivos pessoais armazenados em computadores isolados, enquanto que a criptografia assimétrica permite a comunicação segura em redes abertas, como a internet, por meio das chaves públicas.

Para ilustrar:

[...] basta pensar num cadeado comum protegendo determinado bem. A mensagem é este bem, e o cadeado, que pode ficar exposto, é chave pública. Apenas quem tiver uma chave particular (privativa) que consiga abrir o cadeado poderá acessar a mensagem. (Machado 2010, p. 36)

Em síntese, a chave pública de cada uma das partes envolvidas na comunicação deve ser distribuída irrestritamente na rede (internet), de modo que os interlocutores tenham acesso às mesmas, enquanto a chave privativa deve ficar exclusivamente em poder de seu dono. Assim, a mensagem será cifrada pelo remetente com a chave pública do destinatário e será decifrada com a chave privada deste.

Essa possibilidade decorre de ser a chave pública de domínio público, sendo possível, portanto, que qualquer pessoa possa cifrar uma mensagem, contudo, somente o detentor da chave privativa poderá decifrá-la e ler a mensagem.

É o caso do cadeado que fica exposto. Conquanto qualquer um possa agir no sentido de trancá-lo e assim assegurar a proteção de algo, somente o dono da chave do dito cadeado é que poderá abrir e ter acesso ao conteúdo protegido ou trancado.

4.2.2. Privacidade

O requisito da privacidade consiste na possibilidade de controlar a exposição e disponibilidade **das** informações acerca de si ou mesmo de mantê-las em sigilo.

Privacidade é a habilidade de uma pessoa em controlar a exposição e a disponibilidade de informações acerca de si.

Relaciona-se com a capacidade de existir na sociedade de forma anônima, bem como de garantir que informações sobre si não sejam expostas de qualquer forma.

Alguns exemplos práticos de informações que precisamos proteger em nosso dia a dia são o número de nosso cartão de crédito, nossas senhas de banco, dados pessoais. (Machado, 2010, p. 13)

Esse requisito é assegurado com o uso das chaves públicas, na medida em que um particular pode cifrar (ou melhor, assinar) a mensagem com sua chave privativa e enviar essa mensagem criptografada com a chave pública de outrem. Dessa forma, apenas o destinatário é que poderá decifrar a mensagem utilizando sua chave privativa. **Por exemplo, João** quer enviar a seguinte mensagem para **Maria**: “O acordo nos moldes propostos não é viável, aguardo uma contraproposta”. Para identificar que foi João quem enviou essa mensagem, ele cifra a mensagem, ou seja, a assina (se identifica) com sua chave privativa, e, em seguida, criptografa essa mensagem com a chave pública de Maria, a qual será a única capaz de visualizar a mensagem utilizando sua chave privativa para decifrá-la.

Na hipótese sugerida, portanto, restou assegurada a privacidade do conteúdo da mensagem de João, na medida em que este conseguiu restringir sua exposição, expondo-a tão somente para Maria, que era a destinatária da mensagem.

4.2.4. Integridade dos Dados

Trata-se de uma garantia de que não haverá alterações na mensagem enquanto esta é repassada pela rede (internet), naturalmente uma preocupação razoável, pois uma palavra alterada pode mudar todo o sentido daquilo que se pretendeu repassar. Autorização, então, é “a garantia de que possamos identificar que um determinado dado ou informação não tenha sofrido alterações não autorizadas.” (Machado, 2010, p. 14).

Partindo para o cenário prático, imagine que um coordenador de um grande escritório de advocacia queira repassar a um de seus coordenados a seguinte mensagem por *e-mail* (recurso eletrônico vulnerável, que utiliza a internet, a qual, sem certificação digital, é vulnerável a invasões e ataques): “O prazo para recorrer é até o dia 20.02.2017”, e, no meio do caminho, essa mensagem é alterada por um *hacker* para “O prazo para recorrer é até o dia 20.03.2017”. Nessa hipótese, percebe-se que a simples alteração de um único número é capaz de comprometer a admissibilidade do recurso, pois, acreditando haver ainda um mês de prazo, o advogado pode deixar para minutar o recurso em momento posterior, dado o grande lapso de tempo disponível.

Resta então a dúvida: como é possível verificar se a mensagem recebida é efetivamente aquela que foi repassada?

E a resposta: mediante a função conhecida como HASH.

Falando de forma resumida o HASH consiste em gerar um valor, chamado de “message digest (MD)”, termo em inglês para “Resumo da Mensagem”, a partir de um texto qualquer.

O algoritmo HASH é composto por fórmulas e funções matemáticas unidirecionais complexas, que garantem a irreversibilidade e a unicidade do MD gerado. Isso significa que textos diferentes não produzem o mesmo MD.

A alteração de um simples bit na mensagem gera um MD completamente diferente.

Uma função é dita unidirecional de HASH quando possui a característica de transformar um texto de qualquer tamanho em um texto ininteligível de tamanho fixo.

Além disso, ela também se caracteriza por ser fácil de calcular e difícil de ser invertida. (Machado, 2010, p. 53)

A função do HASH, portanto, é gerar um valor, o **message digest** (MD), o qual funciona como um tipo de código ou resumo da mensagem, que é único e irreversível, e a simples alteração de um bit na mensagem implica na geração de um MD completamente diferente.

Assim, caso o coordenado que citei no exemplo acima quisesse verificar a integridade da mensagem de seu coordenador, bastaria comparar o HASH da mensagem enviada com o da mensagem recebida, e, em havendo alguma alteração, certamente seria exibido um MD diverso, o que levaria à conclusão de que a mensagem foi alterada.

4.2.5. Autorização e não Repúdio

Sempre que podemos identificar o remetente e o destinatário, podemos definir o nível de autorização (Machado, 2010, p. 67).

No âmbito da certificação digital, isso é possível através do uso da chave privativa, utilizando-a, o remetente da mensagem pode cifrá-la, ou melhor, assiná-la, e assim o destinatário saberá quem foi o autor do conteúdo.

Por outro lado, poderá o remetente criptografar a mensagem com a chave pública do destinatário, e tão somente este poderá ter acesso ao conteúdo, desta feita, utilizando-se de sua respectiva chave privativa, decifrando a mensagem.

Vê-se, portanto, que, com a certificação digital, é possível um maior grau de segurança sob esse aspecto da autorização, pois somente os detentores das chaves privativas poderão assinar as mensagens e assim assumir sua autoria, bem como decifrar mensagens criptografadas com sua chave pública, decifrando-as com sua chave privativa.

Como se observa, o documento eletrônico ou processo eletrônico rege-se pelo princípio do não repúdio, quer dizer que, se somente o detentor da chave privativa pode cifrar (assinar) a mensagem, de antemão, este não pode repudiá-la.

No entanto, o sistema não é infalível, pois nada obsta que o certificado digital (*token* ou cartão) seja extraviado ou utilizado de forma autorizada/consentida ou desautorizada/não consentida por outrem.

Nessas situações excepcionais, não há como dotar o documento eletrônico de um grau absoluto de certeza quanto à real identidade do remetente, devendo o fraudado diligenciar no sentido de comprovar que o ato dele não se originou.

Efetivamente, esses pilares sustentam a tão contestada validade jurídica, estando eles presentes, indiscutivelmente, não há como rejeitar um documento sob o simples argumento de que não serve como prova, ou que pode ter sido alterado ou mesmo se contestar sua autoria e autenticidade.

Não obstante, é certo que, para se cumprir o requisito da validade jurídica, era necessária a edição de uma lei, o que ocorreu com a edição da Medida Provisória 2.200, marco regulatório da ICP-Brasil:

Atente-se ao comando instituído na Constituição Federal, no capítulo IV, que trata da ciência e tecnologia:

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Atendendo-se à determinação constitucional, antes da edição do marco regulatório ICP-Brasil foi publicado o Decreto nº 3.587, de 5 de setembro de 2000, que instituiu a ICP-Gov, uma infraestrutura conforme o próprio nome diz, exclusiva para as entidades integrantes do executivo federal (ou seja, excludente dos Estados, Municípios, Distrito Federal, dos poderes legislativos, judiciário e, principalmente, da sociedade civil).

Inobstante esse caráter restritivo, teve seus méritos: a) inaugurou, na legislação brasileira, o conceito de criptografia assimétrica (art. 2º); b) reconheceu expressamente a validade dos documentos assinados com certificados emitidos em sua cadeia (art. 2º, §2º); c) trouxe a ideia de um órgão gerenciador central (art. 6º), que deveria credenciar (art. 7º) e auditar (art. 4º) as entidades integrantes da infraestrutura.

Percebeu-se, então, à época, que apenas seria possível estabelecer a prestação dos serviços de criação – ainda que restrita ao âmbito da administração federal – se a certificação, em si, tivesse validade jurídica. E a validade, conforme acima tratado, é um tema do direito civil, que necessita, por determinação constitucional, de lei (e não de um simples decreto regulamentar que organiza o funcionamento da máquina administrativa).

O passo seguinte foi evidente: se necessária uma lei – como de fato realmente o é – não há motivos para restringir a certificação apenas à administração pública.

Publicou-se então a Medida Provisória nº 2.200, marco regulatório da ICP-Brasil, hoje em vigor por expressa disposição constitucional [...] (Garcia, 2016, p. 22/23)

Como se vê, após um ato pioneiro, destinado a tratar da matéria na administração pública federal, por meio de um decreto, percebeu-se a necessidade de uma lei para garantir validade jurídica à certificação em âmbito nacional. Desta feita, foi editada a MP 2.200, que, apesar de não ter sido convertida em lei, tem amparo no art. 2º, caput, da Emenda Constitucional nº 3215, *in verbis*:

Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Logo, em não tendo sido a MP editada antes da publicação da emenda em tela, bem como não havendo MP ulterior que a revogou explicitamente ou mesmo deliberação definitiva do Congresso Nacional nesse sentido, é certo que ainda vigora a MP 2.200. Em sendo assim, convém estudar em tópico apartado a MP 2.200, marco regulatório da ICP-Brasil, que, como já dito outrora, deve ser observada pelo Sped e por seus módulos, especificamente pela e-Financeira.

1.11. 4.3. A Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil

A princípio e antes de tratar especificamente da ICP-Brasil, instituída pela MP 2.200, faz-se necessário traçar as linhas gerais do que é uma infraestrutura de chaves públicas:

Uma ICP, ou Infraestrutura de Chaves Públicas, é uma infraestrutura composta por um conjunto de software, hardware e serviços para a geração, certificação (garantia), distribuição e gerenciamento de chaves criptográficas e seus certificados digitais com o objetivo de prover segurança a ambientes computacionais.

No modelo de ICP, além dos dois interlocutores que utilizam os recursos criptográficos entre si, existe também um “terceiro de boa fé”, denominado Autoridade Certificadora.

No Mundo Físico, quando duas pessoas necessitam realizar uma transação entre si, elas levam os documentos a um cartório, a fim de que um tabelião possa atestar a identidade das partes e autenticar suas assinaturas.

Em uma Infraestrutura de Chaves Públicas (ICP), esse papel também é realizado por uma entidade confiável, denominada Autoridade Certificadora.

¹⁵ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm> acesso em dezembro.

Em sua emissão, o certificado é assinado pela Autoridade Certificadora que o emitiu, atestando assim, que o referido certificado pertence a uma determinada entidade. (Machado, 2010, p. 72)

Depreende-se, portanto, que uma infraestrutura de chaves públicas consiste em um conjunto de elementos para geração, certificação, distribuição e gerenciamento de chaves criptográficas e seus certificados digitais, objetivando garantir a segurança das operações em ambiente eletrônico. E, ainda, que esse tipo de infraestrutura demanda a existência de uma entidade confiável, denominada autoridade certificadora, que faz **as** vezes dos cartórios públicos, em analogia com o ambiente das relações travadas em meio físico. Em razão dessa identidade/semelhança entre as **funções é** que se convencionou chamar a autoridade certificadora de cibernotário:

O tabelião como protetor e fiador da segurança jurídica, cumpre um papel estratégico na sociedade dotando de certeza as relações entre os particulares (*privatum, quo ad singulorum utilitaem*) ao brindar-lhes com assessoria técnica, legal, ajustando suas vontades ao estabelecido nas leis, sob a investidura estatal.

Esta função medular da atividade notarial ante o auge do comércio eletrônico pretende reformular muito dos princípios e instituições que regem a atividade notarial, para seguir sendo útil como ferramenta eficaz na complexa engrenagem que implicam a contratação eletrônica, e a utilização do notário eletrônico para garantir a confidencialidade dos dados, a identidade e capacidade das partes contratantes, a integridade e autenticidade em todo o processo de intercâmbio eletrônico de informações nos atos e negócios jurídicos.

O Cibernotário como solução anglo-saxão cujo papel será o de combinar experiência legal e técnica numa só especialização e cujos membros exercerão funções diferentes, mas complementares, para construir uma ponte entre o sistema Common Law e as jurisdições baseadas no sistema do Notariado Latino, constituem uma figura que promete dar resposta aos avanços que a tecnologia como meio de exteriorização da vontade nas relações interpessoais impõe ao Direito, e que supõe a celebração de contratos entre ausentes aperfeiçoados por meio de um sistema telemático.

Em tal sentido constituem funções do notário eletrônico, desde o ponto de vista jurídico e técnico, pois supõem um alto grau de especialização em segurança dentro das tecnologias da informação, isto é, legalização e legitimação eletrônicas de assinaturas digitais.

A legalização e a legitimação de assinatura de próprio punho é função a cumprir pelo notário tradicional, no entanto, ao gerarem documentos eletrônicos será a assinatura eletrônica que corresponderá ao tabelião autenticar.

Desta maneira a intervenção que cabe ao notário eletrônico na documentação informática se estenderá não só à legalização de assinaturas

digitais, senão também à solenidade eletrônica tanto do certificado que contém a identidade e outros requisitos estabelecidos pela lei, como a capacidade e legalidade do conteúdo do documento em si; tendo de determinar a capacidade da pessoa que realizará a transação, bem como verificar se a transação cumpre todos os requisitos legais e formais para surtir os efeitos plenos.

O notário, como depositário dos atos ante ele celebrados, procederá à guarda da documentação e especialmente a assinatura lançada em seus protocolos. Assim expedirá cópias fiéis do protocolo (ato) a seu cargo que num contexto eletrônico equivale à reprodução da informação conservada digitalmente.

O depósito notarial, instância que reúne dispositivos para guardar a chave privada lançada no ato. Nestes casos o notário intervém no modelo de confiança para protegê-la e conserva-la num lugar seguro, porém, sem ter acesso (interno) a elas.

Cumprirá desta maneira, com todos aqueles requisitos que como Autoridade Certificadora lhe é exigível.¹⁶

Conforme se observou, a autoridade certificadora não está adstrita a tão somente legalizar as assinaturas digitais, incumbe a esta também verificar aspectos diversos, estabelecidos por lei, como a capacidade e legalidade dos documentos em si, tal como realiza um notário.

De igual modo, possui a autoridade certificadora o dever de guarda e expedição dos documentos que lhe forem requisitados, desta feita, observada as peculiaridades do mundo digital, o que lhe demanda ainda um conhecimento técnico elevado acerca da tecnologia da informação.

De antemão, o que se pode concluir é que uma infraestrutura de chaves públicas, além de constituir um conjunto de *softwares*, *hardwares* e serviços para geração, certificação, distribuição e gerenciamento de chaves criptográficas e seus certificados digitais com o objetivo de prover segurança a ambientes computacionais, também deve possuir uma autoridade certificadora, que, analogicamente, possui a mesma função de notário.

Obtida essa compreensão, convém retornar ao tema de origem, à ICP-Brasil, ou melhor, à Infraestrutura de Chaves Públicas adotada no Brasil:

A ICP-Brasil é composta por uma autoridade gestora de política, vinculada à Casa Civil da Presidência da República, e pela cadeia de autoridades

¹⁶ Disponível em <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzM5Mw==&filtro=9&D ata=>> acesso em: dezembro de 2016.

certificadoras composta pela Autoridade Certificadora Raiz – AC Raiz, pelas Autoridades Certificadoras – AC, e pelas Autoridades de Registro – AR.

Esse Comitê de Gestão Política é composto por representantes da sociedade civil, designado pelo Presidente da República e um representante de cada Órgão Governamental: Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministério da Ciência e Tecnologia; Casa Civil da Presidência da República, e Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

É esse Comitê que irá coordenar o funcionamento da ICP-Brasil, estabelecendo, para tanto, critérios, bases e normas para o licenciamento das autoridades certificadoras, registros e a própria certificação. Há um controle total dessas funções por parte desse organismo político.

Caberá, ainda, ao Comitê:

Identificar e avaliar as políticas de infraestrutura de chaves públicas externas, as quais são usadas para autenticação de documentos, certificando sua compatibilidade com a ICP-Brasil;

Negociar e gravar acordos certificação bilateral; e

Fixar regras de interoperabilidade e outras formas de cooperação internacional;

A Autoridade Máxima, na cadeia de certificação é a AC-Raiz, que é o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, autarquia federal vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

A AC-Raiz será a executora das políticas de certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP, e terá como competência emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das AC de nível imediatamente subsequente ao seu, gerenciar a lista de certificados emitidos, revogados e vencidos, e executar atividades de fiscalização e auditoria das AC (Autoridade Certificadora) e AR (Autoridade de Registro) e dos prestadores de serviço habilitados na ICP-Brasil, não podendo, entretanto, emitir certificados para o usuário final.

Observe-se, por oportuno, que, no exercício de suas atribuições de AC-Raiz, o ITI – Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, por desempenhar a atividade de fiscalização, poderá aplicar sanções e penalidades. E, ainda, para atingir a plenitude de seus objetivos funcionais, poderá, também, contratar serviços de terceiros.

O ITI terá, na sua composição, uma Presidência, uma Diretoria de Tecnologia da Informação, uma diretoria de Infraestrutura de Chaves Públicas e uma Procuradoria Geral.

As Autoridades Certificadoras, AC, abaixo da AC-Raiz, são entidades credenciadas a emitir certificados digitais, vinculando determinados pares de chaves criptográficas ao respectivo titular, tendo, ainda, como competência a emissão, expedição, distribuição, revogação e gerenciamento dos certificados revogados e outras informações pertinentes e manter o registro de suas operações.

No concernente à Autoridade de Registro estará vinculada operacionalmente à Autoridade Certificadora, competindo-lhe, por seu turno, identificar e cadastrar os usuários em sua presença, encaminhar solicitações de

certificados às Autoridades Certificadoras e manter registros de suas operações.

Cabe, ainda, destacar que o Comitê Gestor do ICP-Brasil publicou inúmeras Resoluções, externas e detalhistas, com estrutura técnica diversas daquelas empregadas na nossa legislação, objetivando conter várias definições acerca da matéria. (Marques, 2011, p. 182/184)

De forma resumida, a infraestrutura brasileira possui um comitê gestor que é composto por uma autoridade certificadora raiz (AC-Raiz), que é a primeira autoridade da cadeia de certificação e executa as políticas de certificados e normas técnicas e operacionais aprovadas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

Desse modo, compete à AC-Raiz emitir, expedir, distribuir, revogar e gerenciar os certificados das autoridades certificadoras de nível imediatamente subsequente ao seu, bem como está encarregada de emitir a lista de certificados revogados (LCR) e de fiscalizar e auditar as autoridades certificadoras (ACs), autoridades de registro (ARs) e demais prestadores de serviço habilitados na ICP-Brasil. Além disso, verifica se as ACs estão atuando em conformidade com as diretrizes e normas técnicas estabelecidas pelo Comitê Gestor da ICP-Brasil.

Por outro lado, as autoridades certificadoras (ACs) se constituem em entidades, de natureza pública ou privada, subordinadas à hierarquia da ICP-Brasil, responsável por emitir, distribuir, renovar, revogar e gerenciar certificados digitais e, assim, têm a responsabilidade de verificar se o titular do certificado possui a chave privada que corresponde à chave pública que faz parte do certificado, além de criar e assinar digitalmente o certificado do assinante. O certificado emitido pela AC representa a declaração da identidade do titular, que possui um par único de chaves (pública/privada).

Por derradeiro, e para ilustrar, no ICP-Brasil, a AC-Raiz é o ITI, Instituto de Tecnologia da Informação, sendo uma de suas autoridades certificadoras a AC CERTISIGN, que, por sua vez, possui a AC OAB, e esta, a AR OAB, por meio da qual os advogados podem, ao se dirigirem às suas respectivas seccionais, obter os certificados digitais para atuação profissional no âmbito do processo eletrônico.

Em linhas gerais, neste tópico buscou-se conceituar e esclarecer de forma não exaustiva como funcionam os certificados digitais, bem como identificar o que seria a ICP-Brasil, instituída pela MP 2.200, que a legislação do Sped prevê que deve ser observada nas operações em meio eletrônico.

CAPÍTULO 5

A FLEXIBILIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL

1.12. 5.1. Da Legislação Pertinente

Há muito vem sendo discutida a questão do acesso direto às informações financeiras/bancárias dos contribuintes pelo fisco, prescindindo, para tanto, de autorização judicial. Em princípio, a norma que disciplinava essa matéria era o artigo 38 da Lei nº 4.595/6417, o qual era expresso no sentido da necessidade de processo e autorização judicial para que houvesse o acesso às ditas informações pelo fisco.

Para ilustrar, vide texto do dispositivo:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (Vide Lei nº 6.385, de 1976) (Revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001)

§ 1º As informações e esclarecimentos ordenados pelo Poder Judiciário, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em Juízo, se revestirão sempre do mesmo caráter sigiloso, só podendo a eles ter acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma. (Revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001)

(...)

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. (Revogado pela Lei Complementar nº 105, de 10.1.2001)

Depreende-se do texto, particularmente do enunciado do §1º (parágrafo primeiro), que incumbia ao poder judiciário ordenar a prestação de informações e esclarecimentos ao Banco Central ou às instituições financeiras, enquanto que os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos estados somente podiam proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos quando houvesse processo instaurado e os mesmos fossem considerados indispensáveis pela autoridade competente (§5º). O que leva à conclusão de que não se trata de

¹⁷ Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm > acesso em janeiro.

processo administrativo (ou seja, tem de haver processo judicial), e a autoridade competente, *in casu*, seria o magistrado.

Contudo, o dispositivo fora revogado pela da LC 105/2001, que apenas condiciona a quebra de sigilo bancário a quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Esse raciocínio é expressão do que está contido nos artigos 5º e 6º da LC 105/2001¹⁸, os quais se encontram regulamentados, respectivamente, pelo Decreto nº 4489 de 28 de Novembro de 2002 (Poder Executivo) e Decreto nº 3724 de 10 de Janeiro de 2001 (Poder Executivo), bem como pelas Instruções Normativas da RFB de nº 1.580/2015, 1.571/2015 e 802/2007, e atos declaratórios executivos Cofis nº 25/2016, Cofis nº 24/2016 e Cofis nº 54/2015.

O Decreto nº 4489/**2002 visa** regulamentar o artigo 5º da Lei Complementar nº 105/2001, estabelecendo que as instituições financeiras devem prestar à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda informações sobre as operações

¹⁸ **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. (Regulamento)

§ 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 semelhantes; 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. (Regulamento) **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.

financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços, sem prejuízo do disposto no art. 6º da referida lei complementar (Fonte legal: art. 1º do Decreto 4489/2002)

Ditas informações referem-se às operações financeiras descritas no § 1º do art. 5º da LC 105/2001 e serão repassadas de forma sistemática em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Secretaria da Receita Federal, restringindo-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados, excetuando-se dessa obrigatoriedade apenas as operações financeiras efetuadas pela administração direta e indireta da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (Fonte legal: art. 2º do Decreto 4489/2002)

O montante global mensalmente movimentado acima mencionado, consiste: I - nos depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança, o somatório dos lançamentos a crédito efetuados no mês; II - nos pagamentos efetuados em moeda corrente ou cheque, o somatório dos lançamentos a débito vinculados a tais pagamentos no mês; III - nas emissões de ordens de crédito ou documentos assemelhados, o somatório dos lançamentos a débito vinculados a tais emissões no mês; IV - nos resgates em conta de depósito à vista e a prazo, inclusive de poupança, o somatório dos lançamentos a débito vinculados a tais resgates no mês; V - nos contratos de mútuo e nas operações de desconto de duplicatas, notas promissórias ou outros títulos de crédito, o somatório dos valores lançados a crédito e o somatório de valores lançados a débito, no mês, em cada conta que registrar as operações do usuário; VI - nas aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável: a) em operações no mercado à vista, o somatório das aquisições e o somatório das vendas realizadas no mês; b) em operações no mercado de opções, o somatório dos prêmios recebidos e o somatório dos prêmios pagos no mês, informados de forma segregada, relativos a todos os contratos de opções, inclusive os de opções flexíveis; c) em operações no mercado de futuros, o somatório dos ajustes diários ocorridos no mês, relativos a todos os contratos do usuário; d) em operações de *swap*, o somatório dos pagamentos e o somatório dos recebimentos ocorridos no mês, informados de forma segregada, relativos a todos os contratos do usuário; VII - nas aplicações em fundos de investimento, o somatório dos lançamentos de aplicações realizados no mês, individualizado por fundo; VIII - nas aquisições de

moeda estrangeira, o somatório das compras efetuadas no mês, em moeda nacional, pelo usuário; IX - nas conversões de moeda estrangeira em moeda nacional, o somatório das vendas efetuadas no mês, em moeda nacional, pelo usuário; X - nas transferências de moeda estrangeira e outros valores para o exterior, o somatório, em moeda nacional, dos valores transferidos no mês pelo usuário, contemplando todas as modalidades, independente do mercado de câmbio em que se operem; XI - nas aquisições ou vendas de ouro, ativo financeiro, o somatório das aquisições e o somatório das vendas realizadas, no mês, pelo usuário; XII - nas operações com cartão de crédito, o somatório dos pagamentos efetuados pelos titulares dos cartões e o somatório dos repasses efetuados aos estabelecimentos credenciados, no mês; XIII - nas operações de arrendamento mercantil, o somatório dos pagamentos efetuados pelos arrendatários no mês, referentes a cada contrato (Fonte legal: art. 3º do Decreto 4489/2002)

Sendo que, para a apuração do montante global mensalmente movimentado, as instituições financeiras poderão desconsiderar as informações relativas a cada modalidade de operação financeira em que o montante global movimentado no mês seja inferior aos seguintes limites: R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para pessoas físicas e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para pessoas jurídicas (Fonte legal: art. 4º do Decreto 4489/2002)

Com relação ao Decreto nº 3724/2001, este tem por objetivo regulamentar o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, dispondo sobre requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, estabelecendo procedimentos para preservar o sigilo das informações obtidas (Fonte legal: art. 1º do Decreto 3724/2001)

Esses procedimentos fiscais, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, serão executados por ocupante do cargo efetivo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e terão início mediante expedição prévia de Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal – TDPF (Fonte legal: art. 2º do Decreto 3724/2001).

Entende-se por procedimento de fiscalização a modalidade de procedimento fiscal a que se refere o art. 7º e seguintes do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972 (Fonte legal: §2º, do art. 2º do Decreto 3724/2001)

Quanto ao TDPF, este não será exigido nas hipóteses de procedimento de fiscalização: I - realizado no curso do despacho aduaneiro; II - interno, de revisão aduaneira; III - de vigilância e repressão ao contrabando e descaminho, realizado em operação ostensiva; IV - relativo ao tratamento automático das declarações (malhas fiscais). (Fonte legal: §3º, incisos I, II, III e IV, do art. 2º do Decreto 3724/2001)

O Secretário da Receita Federal do Brasil estabelecerá os modelos e as informações constantes do TDPF, os prazos para sua execução, as autoridades fiscais competentes para sua expedição, bem como demais hipóteses de dispensa ou situações em que seja necessário o início do procedimento antes da expedição do TDPF, nos casos em que haja risco aos interesses da Fazenda Nacional (Fonte legal: §4º, do art. 2º do Decreto 3724/2001)

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por intermédio de servidor ocupante do cargo de **Auditor-Fiscal** da Receita Federal do Brasil, 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, bem como, por meio de seus administradores, garantirá o pleno e inviolável exercício das atribuições do **Auditor-Fiscal** da Receita Federal do Brasil responsável pela execução do procedimento fiscal. (Fonte legal: §5º, do art. 2º do Decreto 3724/2001)

As autoridades competentes para requerer **essas** informações são as mesmas que detêm a competência para expedir o TDPF.

Dita requisição será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), sendo dirigida, conforme o caso, ao: I - Presidente do Banco Central do Brasil, ou a seu preposto; II - Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, ou a seu preposto; III - presidente de instituição financeira, ou entidade a ela equiparada, ou a seu preposto; IV - gerente de agência. (Fonte legal: §1º, incisos I a IV, do art. 4º do Decreto 3724/2001)

A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do procedimento fiscal. (Fonte legal: §2º, do art. 4º do Decreto 3724/2001)

O sujeito passivo poderá **atender à** referida intimação por meio de: I - autorização expressa do acesso direto às informações sobre movimentação financeira

por parte da autoridade fiscal; ou II - apresentação das informações sobre movimentação financeira, hipótese em que responde por sua veracidade e integridade, observada a legislação penal aplicável. (Fonte legal: §3º, do art. 4º do Decreto 3724/2001).

As informações prestadas pelo sujeito passivo poderão ser objeto de verificação nas instituições competentes, inclusive por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários, bem assim de cotejo com outras informações disponíveis na Secretaria da Receita Federal (Fonte legal: §4º, do art. 4º do Decreto 3724/2001)

A RMF será expedida com base em relatório circunstanciado, elaborado pelo **Auditor-Fiscal** da Receita Federal do Brasil encarregado da execução do procedimento fiscal ou pela chefia imediata (Fonte legal: §5º, do art. 4º do Decreto 3724/2001).

Nesse relatório, deverá constar a motivação da proposta de expedição da RMF, que demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em hipótese de indispensabilidade prevista no artigo anterior, observado o princípio da razoabilidade (Fonte legal: §6º, do art. 4º do Decreto 3724/2001).

Na RMF deverão constar, no mínimo, o seguinte: I - nome ou razão social do sujeito passivo, endereço e número de inscrição no CPF ou no CNPJ; II - número de identificação do TDPF a que se vincular; III - as informações requisitadas e o período a que se refere a requisição; IV - nome, matrícula e assinatura da autoridade que a expediu; V - nome, matrícula e endereço funcional dos auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil responsáveis pela execução do procedimento fiscal; VI - forma de apresentação das informações (em papel ou em meio magnético); VII - prazo para entrega das informações, na forma da legislação aplicável; VIII - endereço para entrega das informações; IX - código de acesso à internet que permitirá à instituição requisitada identificar a RMF (Fonte legal: §7º, e incisos, do art. 4º do Decreto 3724/2001).

Essas informações: I - compreendem: a) dados constantes da ficha cadastral do sujeito passivo; b) valores, individualizados, dos débitos e créditos efetuados no período; II - deverão: a) ser apresentadas, no prazo estabelecido na RMF, à autoridade que a expediu ou aos auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil responsáveis pela execução do procedimento fiscal correspondente; b) subsidiar o procedimento de fiscalização em curso, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430,

de 1996; c) integrar o processo administrativo fiscal instaurado, quando interessarem à prova do lançamento de ofício (Fonte legal: art. 5º do Decreto 3724/2001).

As informações não utilizadas no processo administrativo fiscal deverão, nos termos de ato da Secretaria da Receita Federal, ser entregues ao sujeito passivo, destruídas ou inutilizadas. (Fonte legal: §2º, do art. 5º do Decreto 3724/2001).

Quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente à Secretaria da Receita Federal as informações a que se refere este artigo ficará sujeito às sanções de que trata o art. 10, caput, da Lei Complementar nº105, de 2001, sem prejuízo das penalidades cabíveis nos termos da legislação tributária ou disciplinar, conforme o caso (Fonte legal: §3º, do art. 5º do Decreto 3724/2001).

De conformidade com o disposto no art. 9º da Lei Complementar nº 105, de 2001, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, por seus respectivos presidentes ou servidores que receberem delegação de competência para a finalidade específica, deverão comunicar, de ofício, à Secretaria da Receita Federal, no prazo máximo de quinze dias, as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes, sempre que tais fatos puderem configurar qualquer infração à legislação tributária federal (Fonte legal: art. 6º do Decreto 3724/2001).

A violação do disposto nesse artigo constitui infração **administrativo-disciplinar** do dirigente ou servidor que a ela der causa, sem prejuízo da aplicação do disposto no art. 10, caput, da Lei Complementar nº 105, de 2001, e demais sanções civis e penais cabíveis (Fonte legal: parágrafo único do art. 6º, do Decreto 3724/2001).

As informações, os resultados dos exames fiscais e os documentos obtidos em função do disposto no decreto ora em estudo serão mantidos sob sigilo fiscal, na forma da legislação pertinente. (Fonte legal: art. 7º do Decreto 3724/2001).

A Secretaria da Receita Federal deverá manter controle de acesso ao processo administrativo fiscal, ficando sempre registrado o responsável pelo recebimento, nos casos de movimentação. (Fonte legal: §1º, art. 7º do Decreto 3724/2001).

Na expedição e tramitação das informações, deverá ser observado o seguinte: I - as informações serão enviadas em dois envelopes lacrados: a) um externo, que conterá apenas o nome ou a função do destinatário e seu endereço, sem qualquer anotação que indique o grau de sigilo do conteúdo; b) um interno, no qual serão inscritos o nome e a função do destinatário, seu endereço, o número do TDPF

ou do processo administrativo fiscal e, claramente indicada, observação de que se trata de matéria sigilosa; II - o envelope interno será lacrado e sua expedição será acompanhada de recibo; III - o recibo destinado ao controle da custódia das informações conterá, necessariamente, indicações sobre o remetente, o destinatário e o número do TDPF ou do processo administrativo fiscal (Fonte legal: §2º, art. 7º do Decreto 3724/2001).

Aos responsáveis pelo recebimento de documentos sigilosos incumbe: I - verificar e registrar, se for o caso, indícios de qualquer violação ou irregularidade na correspondência recebida, dando ciência do fato ao destinatário, o qual informará ao remetente; II - assinar e datar o respectivo recibo, se for o caso; III - proceder ao registro do documento e ao controle de sua tramitação. (Fonte legal: §3º, art. 7º do Decreto 3724/2001).

O envelope interno somente será aberto pelo destinatário ou por seu representante autorizado (Fonte legal: §4º, art. 7º do Decreto 3724/2001).

O destinatário do documento sigiloso comunicará ao remetente qualquer indício de violação, tais como rasuras, irregularidades de impressão ou de paginação (Fonte legal: §5º, art. 7º do Decreto 3724/2001).

Os documentos sigilosos serão guardados em condições especiais de segurança (Fonte legal: §6º, art. 7º do Decreto 3724/2001).

As informações enviadas por meio eletrônico serão obrigatoriamente criptografadas (Fonte legal: §7º, art. 7º do Decreto 3724/2001).

O servidor que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida nos termos deste decreto, em finalidade ou hipótese diversa da prevista em lei, regulamento ou ato administrativo, será responsabilizado administrativamente por descumprimento do dever funcional de observar normas legais ou regulamentares, de que trata o art. 116, inciso III, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, se o fato não configurar infração mais grave, sem prejuízo de sua responsabilização em ação regressiva própria e da responsabilidade penal cabível (Fonte legal: art. 8º do Decreto 3724/2001).

O servidor que divulgar, revelar ou facilitar a divulgação ou revelação de qualquer informação de que trata este decreto, constante de sistemas informatizados, arquivos de documentos ou autos de processos protegidos por sigilo fiscal, com infração ao disposto no art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), ou no art. 116, inciso VIII, da Lei nº 8.112, de 1990, ficará sujeito à

penalidade de demissão, prevista no art. 132, inciso IX, da citada Lei nº 8.112, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis (Fonte legal: art. 9º do Decreto 3724/2001).

O servidor que permitir ou facilitar, mediante atribuição, fornecimento ou empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações, banco de dados, arquivos ou a autos de processos que contenham informações mencionadas neste decreto, será responsabilizado administrativamente, nos termos da legislação específica, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis. (Fonte legal: art. 10 do Decreto 3724/2001).

O disposto nesse artigo também se aplica no caso de o servidor utilizar-se, indevidamente, do acesso restrito (Fonte legal: Parágrafo Único, do art. 10 do Decreto 3724/2001).

Configura infração do servidor aos deveres funcionais de exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo e de observar normas legais e regulamentares, nos termos do art. 116, incisos I e III, da Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo da responsabilidade penal e civil cabível, na forma dos arts. 121 a 125 da daquela lei, se o fato não configurar infração mais grave: I - não proceder com o devido cuidado na guarda e utilização de sua senha ou emprestá-la a outro servidor, ainda que habilitado; II - acessar imotivadamente sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal, arquivos de documentos ou autos de processos, que contenham informações protegidas por sigilo fiscal (Fonte legal: art. 11 do Decreto 3724/2001).

O sujeito passivo que se considerar prejudicado por uso indevido das informações requisitadas, nos termos deste decreto, ou por abuso da autoridade requisitante, poderá dirigir representação ao Corregedor-Geral da Secretaria da Receita Federal, com vistas à apuração do fato e, se for o caso, à aplicação de penalidades cabíveis ao servidor responsável pela infração (Fonte legal: art. 12 do Decreto 3724/2001).

Por derradeiro, cabe ainda analisar o conteúdo da Instrução Normativa nº 1571 da RFB, que, em conformidade com o disposto no art. 5º, inciso I19, do Decreto

¹⁹Art. 4º Para o cumprimento do disposto no art. 3º, as instituições financeiras poderão desconsiderar as informações relativas a cada modalidade de operação financeira em que o montante global movimentado no mês seja inferior aos seguintes limites:

I - para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

II - para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Art. 5º A Secretaria da Receita Federal poderá:

I - alterar os limites de que trata o art. 4º;

nº 4489/2002, altera o limite do valor das informações relativas às operações financeiras que devem ser enviadas ao fisco, prevendo em seu art. 7º, incisos I e II, que o montante global movimentado ou o saldo, em cada mês, por tipo de operação financeira, superior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoas físicas e R\$ 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas, deve ser objeto da e-Financeira.

Logo, percebe-se que a Receita Federal por meio dessa norma estabeleceu novos valores abaixo dos quais não estão os obrigados premidos a enviar as informações dos contribuintes à Administração Tributária.

Assim, em havendo expressa previsão no Decreto nº 4489/2002 de que a Secretaria da Receita Federal poderá alterar os limites das movimentações financeiras que devem ser comunicadas, há que se concluir que deve ser observada a IN 1571 da RFB, sendo prescindível a comunicação apenas das movimentações inferiores a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoas físicas e a R\$ 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas.

Quanto aos atos declaratórios executivos mencionados no preâmbulo desse capítulo, não convém estudá-los, pois versam apenas sobre procedimentos técnicos que devem ser adotados para o correto uso do módulo e-Financeira.

1.13. 5.2. Da Decisão Paradigma (*Leading in case*) Estabelecida sobre Sigilo Bancário no Brasil

Neste trabalho, optou-se por - em tópico apartado - tratar do sigilo bancário, pois, em período recente ao da elaboração desta dissertação, o Supremo Tribunal Federal – STF enfrentou a questão, decidindo pela constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, o que permite aos órgãos da administração tributária ter acesso às informações financeiras dos contribuintes, sem necessidade de autorização judicial.

Para os Ministros da Suprema Corte, não existe quebra de sigilo nas operações a que se refere a LC nº 105/2001. Entendem, em verdade, que há transferência de informações entre entidades que possuem o dever de preservar o sigilo de suas informações. Desse modo, o acesso direto do fisco aos dados

bancários, prescindido de reserva de jurisdição, não configura quebra de sigilo, mas sim transferência de informações entre instituições cujo dever de sigilo lhes é inerente.

Em síntese, essa foi a tese fixada por ocasião do julgamento conjunto das ADINs nº 2.390, 2.386, 2.397, 2859 e do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP, com repercussão geral reconhecida. A decisão data de 24.02.2016 e põe termo a uma discussão existente desde a edição da LC 105/2001, que produz efeitos desde a data de sua publicação (2001).

Nesse viés, vale ressaltar que, em meio a esse período, fora criado o Sistema Público de Escrituração Digital (2006) e, posteriormente, um de seus módulos, a e-Financeira (2015).

Dito módulo do Sped – e-Financeira –, como já efetivamente observado em outras linhas, estabelece a obrigatoriedade do envio das informações sobre movimentações financeiras global e mensalmente consideradas que, a teor do que dispõe a IN 1571/2015 da RFB, ultrapassem os limites de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no caso de pessoas físicas e de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), no caso de pessoas jurídicas.

Ao que parece, a e-Financeira promove o acesso direto e de forma sistemática às informações bancárias dos contribuintes, prescindindo de autorização judicial, ou mesmo de processo administrativo instaurado em face do contribuinte e indícios prévios de sonegação fiscal, na forma do art. 6º da LC 105/2001, sendo as informações repassadas fundadas no mero somatório dos valores das operações mensais.

Somando-se a isso, após os debates, o Senhores Ministros da Suprema Corte chegaram ao consenso de que o acesso incidental a que se refere o art. 6º da LC 105/2001 não se aplica aos estados, Distrito Federal e municípios até que estes regulamentem o dispositivo em comento, de forma análoga ao Decreto Federal nº 3724/2001.

Nesse contexto, insere-se como escopo desta dissertação - a partir da análise do inteiro teor dos acórdãos representativos da controvérsia²⁰:

²⁰ ADINs nº 2.390, 2.386, 2.397, 2859 e Recurso Extraordinário nº 601.314/SP

- Verificar se a decisão do Supremo Tribunal Federal, que consagrou a flexibilização do sigilo bancário no Brasil, garantiu ou não a efetividade do Sistema Público de Escrituração Digital.

Para tanto, analisar-se-á, respectivamente, o conteúdo (inteiro teor dos acórdãos – relatórios, votos e notas taquigráficas): das ADINs nº 2.390, 2.386, 2.397, 2859 e do Recurso Extraordinário nº 601.314/SP.

5.2.1. Do Julgamento em Conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2859

No *leading in case* em epígrafe, houve o ajuizamento de quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADI nº 2390, ADI nº 2397, ADI nº 2386 e ADI nº 2859), cujo núcleo comum de impugnação são as normas federais que possibilitaram a utilização pela fiscalização tributária de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional.

Em razão da conexão entre as diversas ações, foram todas apensadas para julgamento comum, o que motivou o Ministro Relator a elaborar um relatório único, contemplando a totalidade dos pedidos de declaração de inconstitucionalidade.

Em princípio, cabe destacar quais foram os legitimados que propuseram as respectivas ADIN:

A ADI nº 2.390, que encabeça o conjunto de ações, foi proposta pelo Partido Social Liberal – PSL, em 15 de janeiro de 2001, tendo por objeto os arts. 1º, § 4º (expressão “do inquérito ou”), 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001, bem como a integralidade do Decreto nº 3.724/2001, o qual regulamenta o art. 6º daquela lei complementar.

A ADI nº 2.386, por seu turno, foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio, em 12 de janeiro de 2001, em face do arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001.

A ADI nº 2.397/DF, por sua vez, foi proposta pela Confederação Nacional da Indústria, com a finalidade de declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, § 3º; do art. 5º, caput e seus parágrafos e da remissão ao art. 5º contida no art. 1º, § 3º, inciso VI; do art. 6º e da remissão a este dispositivo contida no art. 1º, § 3º, inciso VI, todos da Lei Complementar nº 105/2001; bem assim do art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, na parte em que acrescentou o

§ 1º, inc. II, e o § 2º ao art. 198 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional); e da integralidade do Decreto nº 3.724/2001.

Por fim, a ADI nº 2.859/DF foi oferecida pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) tendo como o objeto art. 5º, caput e seus parágrafos, da Lei Complementar nº 105/2001 e a integralidade do Decreto nº 4.489/2002, que regulamenta aquele dispositivo da LC 105/2001, e o Decreto nº 4.545/2002, que dispõe sobre a prestação de informações de que trata o Decreto nº 4.489/2002.

Quanto aos dispositivos impugnados, eis o trecho que os assinala:

Eis o teor dos dispositivos de lei complementar impugnados neste conjunto de ações:

Lei Complementar nº 105/2001

“Art. 1º (...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9 desta Lei Complementar.

(...) § 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante sequestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa”.

(...)

Art. 3º Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.

(...)

§ 3º Além dos casos previstos neste artigo o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão à Advocacia-Geral da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte.

(...)

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. (Regulamento)

§ 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. (Regulamento)

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”.

Lei Complementar nº 104/2001

“Art. 1o A Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

"Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades." (NR)

"§ 1o Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:" (NR)

"I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;" (AC)

"II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa." (AC)

"§ 2o O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo." (AC)

"§ 3o Não é vedada a divulgação de informações relativas a:" (AC)

"I – representações fiscais para fins penais;" (AC)

"II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;" (AC)

"III – parcelamento ou moratória." (AC)

Finalmente, cumpre destacar as razões pelas partes expostas:

Os autores alegam, em síntese, que: a) a jurisprudência deste STF consolidou-se no sentido de não caber ao Poder Executivo determinar, sem interferência do Poder Judiciário, a quebra do sigilo bancário e fiscal; b) sendo os sigilos bancário e fiscal desdobramentos do direito à privacidade, o qual tem estatura constitucional, somente podem ser flexibilizados mediante ordem judicial devidamente fundamentada; c) a inviolabilidade do sigilo de dados, prevista no art. 5º, inciso XII, é absoluta, sendo relativa somente aquela concernente ao sigilo das comunicações telefônicas, que admite quebra por decisão judicial; d) a possibilidade do contribuinte acionar o Poder Judiciário apenas em momento posterior ao acesso aos dados bancários pela administração tributária viola o direito à inafastabilidade da jurisdição; e) embora as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição possam ter exceções regulamentadas por leis infraconstitucionais, a legislação deve observar limites, tais como o respeito ao núcleo essencial e o respeito ao princípio da razoabilidade. As normas impugnadas violariam o princípio da razoabilidade, visto que a supressão da intimidade dos contribuintes, por meio do monitoramento de suas operações financeiras, não é medida indispensável à eficiente fiscalização tributária; f) muito embora se reconheça a inexistência de direitos absolutos em face do interesse público, este não se confunde com o interesse da Fazenda Pública, colocando-se as garantias constitucionais como medidas de proteção das liberdades das pessoas contra o arbítrio do Estado; g) os preceitos violam a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, uma vez que promovem a quebra automática de sigilo de dados financeiros, sem a ocorrência de justa causa ou de indícios de irregularidades; h) os Decretos n. 4.489 e 4.545 promovem subdelegação de ação normativa a órgão do Poder Executivo, qual seja, a Secretaria da Receita Federal, em afronta aos artigos 2º e 84, inciso IV, da Constituição Federal. i) o art. 3º, § 3º, da Lei Complementar 105/2001 viola “o princípio da igualdade que deve reger o processo, desequilibrando a relação processual instaurada e desatendendo o também examinado inciso LV do art. 5º” (ADI 2397/DF). j) a Lei Complementar 104/2001, no ponto em que acrescenta o inciso II do § 1º e o § 2º ao art. 198 do CTN, contradiz o que dispõe o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, por darem “acesso a qualquer dado ou informação em poder da Fazenda Pública a qualquer autoridade administrativa que, em razão da existência de processo administrativo por prática de infração administrativa, se disponha a recebê-los pessoalmente e por escrito, comprometendo-se a guarda do sigilo” (ADI 2397/DF). Ademais, dados obtidos pela administração, inclusive com autorização judicial, poderão ser fornecidas à autoridade administrativa por meio de mero requerimento.

A Presidência da República, em suas informações, alega que (fls. 95/196 da ADI 2390): a) o sigilo bancário não é direito absoluto; b) o sigilo bancário não é manifestação necessária e absoluta do direito à intimidade e do direito à privacidade; c) as pessoas jurídicas não são titulares direito à intimidade ou à privacidade; d) a norma do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal tem como âmbito de proteção a comunicação de dados, e não o registro dos dados; e) o acesso às informações bancárias pelas autoridades tributárias implica tão somente transferência da responsabilidade por tais informações, não havendo quebra de sigilo; f) é possível restringir o direito ao sigilo bancário por meio de norma infraconstitucional; g) há expressa autorização constitucional para que a administração tributária acesse os dados referentes a operações financeiras (art. 145, § 1º, da Constituição Federal); h) é inerente à atividade da administração ter acesso a esses dados, para que possa desempenhar o seu poder-dever de fiscalização; i) no que tange

especificamente ao § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, assevera que o sigilo bancário não se impõe no inquérito policial.

O Senado Federal apresentou informações em que sustenta a improcedência do pedido formulado na ação direta de inconstitucionalidade. Sustenta, em síntese, que as normas indicadas como inconstitucionais não permitem, propriamente, a quebra do sigilo, mas a utilização de dados para a verificação de eventual irregularidade, resguardando-se o sigilo das informações. Assevera, ademais, que observa-se no direito comparado tendência no sentido da limitação ao sigilo bancário. Por fim, aduz a inexistência de reserva de jurisdição para o acesso a dados bancários pelos agentes da fiscalização tributária (fls. 303/350 da ADI 2390).

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo não conhecimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e, no mérito pela constitucionalidade dos artigos 3º, § 3º, 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, e do art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001, na parte em que acrescentou o § 1º, inc. II, e o § 2º ao art. 198 da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional) (fls. 359/360 da ADI 2390).

A Advocacia-Geral da União apresentou manifestação no sentido do decretos regulamentares, e, no mérito, pela improcedência do pedido. Argumenta no sentido da constitucionalidade da prerrogativa conferida ao Fisco de acessar os dados bancários dos contribuintes, tendo em vista o disposto no art. 145, § 1º, da Constituição Federal. Afirma, ademais, ser inerente à atividade da administração ter acesso a esses dados, com o fito de desempenhar seu poder-dever de fiscalização. Por assim, aduz que não se está diante de hipótese de quebra de sigilo (fls. 459/503 da ADI 2390). (Grifo nosso)

Da análise dos principais trechos do relatório, pode-se inferir que um dos pontos nodais da controvérsia que se instaurou, segundo o acompanhamento dos debates, seria a existência de uma suposta devassa na vida dos contribuintes, pois, ao tempo em que as instituições são obrigadas a repassar as informações bancárias, estas assim o fariam de forma direta e sistemática. Ou seja, ultrapassados os limites globais mensalmente considerados, deveriam repassar as informações ao fisco, prescindindo, para tanto, de processo judicial ou administrativo, bem como da autorização de um juiz.

Contudo, cabe aqui a premissa de que *não se deve julgar pelas aparências*, pois a suposta existência de uma devassa na vida dos contribuintes efetivamente não é o que parece. Sobre esse aspecto, vide entendimento do Ministro Relator **Dias Toffoli**, acerca da legitimidade do fisco, exposto em seu voto, no *leading in case* em referência:

Ilustro a legitimidade do Fisco para deter a informação bancária dos contribuintes, retomando o que disse no julgamento do RE nº 389.808/PR: qual o conjunto maior de patrimônio que detém o cidadão? Seus bens, que

são – por imposição legal, não por ordem judicial – obrigatoriamente declarados à Secretaria da Receita Federal do Brasil.

E, se a Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens, por que ela não poderia ter acesso – também sem autorização judicial e desde que “respeitados os direitos individuais” – ao conjunto menor?

Em síntese, tenho que o que fez a LC 105/01 foi possibilitar o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, sem permitir, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida privada do correntista.

Esse resguardo se torna evidente com a leitura sistemática da LC nº 105/01, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco.

O primeiro elemento que evidencia esse conjunto protetivo do cidadão é o sigilo fiscal: conforme já mencionado neste voto, os dados obtidos perante as instituição financeiras são mantidos em sigilo (art. 5º, § 5º, e art. 6º, parágrafo único), tanto que os servidores responsáveis por eventual extravasamento dessas informações devem ser responsabilizados administrativa e criminalmente (arts. 10 e 11).

Em seguida, pode-se observar o desenvolvimento paulatino da atuação fiscalizatória, que se inicia com meios menos gravosos ao contribuinte: é que a natureza das informações acessadas pelo Fisco na forma do art. 5º da lei complementar é, inicialmente, bastante restrita, limitando-se, conforme dispõe o seu § 2º, à identificação dos “titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”.

Perceba-se, pois, que, com base nesse dispositivo, a Administração tem acesso apenas a dados genéricos e cadastrais dos correntistas. Essas informações obtidas na forma do art. 5º da LC são cruzadas com os dados fornecidos anualmente pelas próprias pessoas físicas e jurídicas via declaração anual de imposto de renda, de modo que tais informações, do ponto de vista da Administração Tributária, já não são, a rigor, sigilosas.

Apenas se, no cotejo dessas informações, forem “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” (§ 4º do art. 5º).

Em tal caso, para o exame mais acurado das informações financeiras por autoridades e agentes fiscais tributários, a LC 105, em seu art. 6º, traça requisitos rigorosos, uma vez que requer: a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, bem como a inexistência de outro meio hábil para esclarecer os fatos investigados pela autoridade administrativa.

Além, portanto, de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco requer a existência de processo administrativo (ou procedimento fiscal), o que, por si, atrai, ainda, para o contribuinte, todas as garantias da Lei nº 9.784/99 – dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade

e do interesse público (art. 2º, caput, da Lei 9.784/99) –, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal.

O mesmo se diga quanto aos decretos regulamentadores dos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 (Decretos nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, e nº 4.489, de 28 de novembro de 2009), que tão somente densificaram essas previsões normativas, com reforço ao dever de sigilo já imposto na lei complementar.

Percebe-se, pois, a impropriedade do argumento dos autores destas ações de que a Lei Complementar 105/2001, e seus decretos regulamentadores, promoveriam uma “devassa” na vida financeira dos contribuintes. Ao contrário, foram respeitados os direitos e as garantias individuais dos contribuintes, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal, atendendo, destarte, ao princípio da razoabilidade.

Tenho, por tudo quanto foi exposto, que os arts. 5º e 6º da LC nº 105/01, além de não violarem qualquer garantia constitucional, representam o próprio cumprimento dos comandos constitucionais direcionados ao Fisco, bem como dos comandos dirigidos aos cidadãos, na relação tributária que os une.

Do conteúdo do trecho supratranscrito, percebe-se a princípio como funciona o procedimento desenhado pela Lei Complementar nº 105/2001.

Como, por imposição legal, os bens dos contribuintes devem obrigatoriamente ser declarados à Secretaria da Receita Federal do Brasil, naturalmente não deveriam existir divergências entre os dados nestes e aqueles fornecidos pelas instituições obrigadas, consistente nas movimentações financeiras dos contribuintes. Desse modo, somente quando do cruzamento desses dados se constatar divergências, é que, após instaurado o processo administrativo, na forma do art. 6º da LC 105/2001, poderá o fisco ter acesso aos dados do contribuinte, sem necessidade de autorização judicial para tanto.

Com efeito, tão somente quando forem “detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, é que 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” (Fonte legal: § 4º do art. 5º, da LC/105/2001). Em outras palavras, não há o acesso automático do fisco aos dados dos contribuintes tão logo ultrapassados os limites globais mensalmente considerados, e essas informações, prestadas na forma do art. 5º da lei complementar em referência, são bastante restritas, limitando-se, conforme dispõe o seu § 2º, à identificação dos “titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”.

Ademais, não há o que se falar em “quebra de sigilo”, pois inexistente qualquer violação deste. Na realidade, há transferência de dados entre instituições que possuem o dever de sigilo, estando, aqueles que o violarem, sujeitos às penalidades doravante determinadas na legislação impugnada.

Nesse sentido, vide novamente outro trecho do voto do Ministro Relator Dias Toffoli, no qual expõe seu entendimento:

[...] mantenho o entendimento que em outras ocasiões já externei: para se falar em “quebra” de sigilo bancário pelos dispositivos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias.

Consoante assinalou o Procurador-Geral da República em seu parecer, “a afronta à garantia do sigilo bancário, como dito, compreendida no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da Carta da República, não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a circulação desses dados”.

A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistente nos dispositivos impugnados, que consagram, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações obtidas com espeque em seus comandos. É o que expressam o § 5º do art. 5º e o parágrafo único do art. 6º. Vide a íntegra dos dispositivos citados:

“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 (...)

§ 2º (...)

§ 3º (...)

§ 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.”

Soma-se a isso o art. 10 da própria lei complementar, que estabelece que a divulgação de informações bancárias pelas instituições financeiras fora das hipóteses previstas na lei constitui crime, o qual é apenado com reclusão, de um a quatro anos, e multa. Além disso, a lei fixa, no art. 11, a responsabilização civil do servidor público que “utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar”, respondendo “pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial”.

A determinação de sigilo se estende, ainda, pela legislação tributária, apontada nos dispositivos questionados.

Observe-se que o Código Tributário Nacional, no art. 198, “[veda] a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”.

Questiono, então: de que tratam todos esses dispositivos, senão do sigilo das informações? Na percutiente definição da eminente Ministra Ellen Gracie, exposta durante o julgamento da AC nº 33, “o que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal”.

Nessa transmutação, importa salientar que inexistente qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que possa apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras (muitas das quais, de natureza privada), se mantêm, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos que são à mais estrita legalidade. Conforme aponte nos autos do RE nº 389.808/PR, “não há que se considerar que um gerente de uma instituição privada, um caixa de um banco privado, seja mais responsável do que um auditor fiscal da Receita Federal do Brasil, que tem todas as responsabilizações e pode perder o seu cargo se descumprir a lei. A maioria dos brasileiros faz movimentação bancária em bancos privados, com caixas de banco, funcionários de bancos, escriturários de bancos, gerentes de bancos tendo acesso total a essas movimentações. Todos com o dever de sigilo. O auditor da Receita Federal não tem responsabilidade? Tanto o caixa de banco que quebre o sigilo será penalizado quanto o auditor da Receita Federal do Brasil se o fizer.”.

Trata-se, desse modo, de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo.

Note-se que, ao se dizer que há mera transferência de informações, não se está por desconsiderar a possibilidade de utilização dos dados pelo Fisco. Está-se, contudo, a dizer que essa utilização não desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária do contribuinte, e, dessa forma, não tem o condão de implicar violação de sua privacidade.

Percebe-se então que a premissa de que “há quebra de sigilo nessas operações” não deve se sustentar, pois o sigilo é assegurado pelas instituições bancárias e pelo fisco. Somando a isso, inexistente distinção entre uma e outra espécie de sigilo que possa apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário.

A própria lei impugnada estabelece que a divulgação de informações bancárias pelas instituições financeiras fora das hipóteses previstas na lei constitui crime, o qual é apenado com reclusão, de um a quatro anos, e multa. Mais, será responsabilizado civilmente o servidor público que “utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta lei complementar”, respondendo “pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial” (Fonte Legal: art. 11, da LC 105/2001).

Não obstante, cabe ressaltar que a declaração de constitucionalidade dos dispositivos impugnados ainda mantém conexão direta com compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, consoante destaca mais uma vez o Ministro Dias Toffoli:

Atente-se que o Brasil assumiu compromissos internacionais relativos à transparência e ao intercâmbio de informações financeiras para fins tributários e de combate à movimentação de dinheiro de origem ilegal no mundo.

Com efeito, o Brasil é membro do Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Tributários (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes), órgão criado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômicos (OCDE) no âmbito das ações voltadas ao combate à concorrência fiscal danosa gerada pelos paraísos fiscais.

Os motivos que levaram à criação do órgão remontam à elaboração pela OCDE, em 1988, do relatório denominado “Harmful Tax Competition - an Emerging Global Issue”. Esse relatório especificou as práticas observadas em determinados países que poderiam ser vistas como indícios de concorrência fiscal prejudicial, constando dentre elas a ausência de transparência e a restrição à obtenção de informações em nome do contribuinte.

Todos os países do G20 aderiram ao fórum global, que, atualmente, conta com 127 (cento e vinte e sete) membros, segundo informação do portal da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda.

Em síntese, o Fórum estabelece padrões internacionais de transparência e de troca de informações na área tributária, com o fito de evitar o descumprimento de normas tributárias – especialmente por meio do combate aos paraísos fiscais –, assim como o cometimento de atos ilícitos, por pessoas ou empresas, por meio de transações internacionais. A partir desses

padrões, o Fórum monitora o nível de transparência desses países em matéria fiscal.

No âmbito do Fórum, a avaliação do nível de transparência dos países ocorre por meio de um processo de revisão pelos pares (peerreview), o qual é dividido em duas fases. Na fase 1, é avaliada a estrutura das leis e da regulação de cada jurisdição associada ao Fórum, a fim de verificar sua compatibilidade aos padrões internacionais de transparência estabelecidos no termo de referência. Na fase 2, analisa-se a implementação prática dos instrumentos indicados na fase anterior. São avaliados a) se a informação é disponível e acessível pelas autoridades na prática; e b) se a informação é realmente compartilhada em tempo hábil.

Segundo informa o portal da Secretaria de Assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda, o Brasil foi avaliado, quanto à fase 1, no 1º semestre de 2011, e quanto à fase 2, teve relatório aprovado em julho de 2013. A partir de 2016, os países serão reavaliados, estando a reavaliação do Brasil prevista para 2018.

Em julho de 2014, foi desenvolvido um padrão global para o intercâmbio automático de informações para fins tributários (Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters), o qual insta as jurisdições a obter informações perante instituições financeiras e disponibilizá-las automaticamente a outras jurisdições anualmente, conforme esclarecimento do portal da OCDE:

“No encontro ocorrido em setembro de 2013, os líderes do G20 subscreveram integralmente a proposta da OCDE no sentido de um modelo verdadeiramente global para a troca de informações e convidaram a OCDE para, juntamente com os países do G20, desenvolver um novo padrão global de troca automática de informações, incluindo as modalidades técnicas, com o fim de melhor combater a evasão fiscal e assegurar o cumprimento das obrigações tributárias.

O Padrão, desenvolvido em resposta ao requerimento do G20 e aprovado pelo Conselho da OCDE em 15 de julho de 2014, insta as jurisdições a obterem informações de suas instituições financeiras e automaticamente trocar essas informações com as outras jurisdições em uma base anual.

O documento estabelece as informações financeiras a serem trocadas, as instituições financeiras obrigadas a compartilhá-las, os diferentes tipos de contas e contribuintes abrangidos, bem como os procedimentos comuns de diligência a serem seguidos pelas instituições financeiras”. [...]

O Brasil se comprometeu, perante o G20 e o Fórum Global, a adotar esse padrão a partir de 2018, de modo que não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena, inclusive, de descumprimento de seus compromissos internacionais.

Destaco que na VI Cúpula do BRICS, ocorrida em julho de 2014, o Brasil renovou o compromisso de cooperação nos foros internacionais voltados ao intercâmbio de informações em matéria tributária, conforme consta do item 17 da Declaração de Fortaleza:

“17. Acreditamos que o desenvolvimento sustentável e o crescimento econômico serão facilitados pela tributação dos rendimentos gerados nas jurisdições onde a atividade econômica transcorre. Manifestamos nossa preocupação com o impacto negativo da evasão tributária, fraude transnacional e planejamento tributário agressivo na economia global.

Estamos cientes dos desafios criados pelo planejamento tributário agressivo e práticas de não cumprimento de normas. Afirmamos, portanto, nosso compromisso em dar continuidade a um enfoque cooperativo nas questões relacionadas à administração tributária e aprimorar a cooperação nos foros internacionais devotados à questão da erosão da base tributária e intercâmbio de informação para efeitos tributários. Instruímos também nossas autoridades competentes a explorar formas de reforçar a cooperação na área aduaneira”.

Esses movimentos de cooperação internacional para a troca de informações para fins tributários evidenciam que o compartilhamento de informações financeiras dos contribuintes com as administrações tributárias é uma tendência internacional.

De fato, conforme esclarece Carlos Alberto Habström, a previsão do art. 5º da LC 105/2001 não é uma inovação do Direito Brasileiro, visto que normas semelhantes foram adotadas, por exemplo, nos Estados Unidos, na Argentina, na Itália, na Espanha e na Austrália: “A justificativa do projeto de lei que resultou neste artigo da LC 105 oferece, como se verá adiante, informações sobre a legislação norte-americana que efetivamente exige dos bancos, dentre outras coisas, a comunicação à administração tributária (no caso à repartição do imposto sobre a renda, o Internal Revenue Service), mensalmente, das operações superiores a dez mil dólares.

Exigência semelhante foi adotada pela Argentina, há alguns anos, mediante lei que obrigou os bancos a comunicarem à Dirección General Impositiva (DGI), órgão equivalente à Receita Federal, todas as operações de valor superior a 12 mil dólares.

Na Itália, uma extensa legislação, referente ao imposto sobre a renda e ao IVA (imposto de valor agregado), que começou a ser implantada em 1971, objetivando o combate à evasão fiscal e à lavagem de dinheiro, foi ampliando os poderes da chamada Amministrazione finanziaria e derogando o segredo bancário. Com a aprovação da Lei nº 413, de 1991, que permitiu a requisição direta de informações e documentos aos bancos, independentemente de certos pressupostos e de formalidade anteriormente exigidas, chegou-se a falar em ‘abolição’ do segredo bancário. Nas palavras de Enrico Gianfelici (ob. cit. p. 177), as mudanças introduzidas pela nova lei importam verdadeira eliminação do segredo bancário perante a Administração tributária, sob o argumento de ser necessário evitar-se que o instituto se transformasse em proteção para a evasão fiscal e para a criminalidade econômica: (...).O mesmo se poderia dizer da legislação espanhola, adiante mencionada. Na Austrália, a lei denominada Financial Transaction Reports Act, de 1988, e legislação posterior, obriga as instituições financeiras a informarem a uma agência especializada (Australian Transaction Reports and Analysis Centre – AUSTRAC, equivalente ao COAF, no Brasil) operações relevantes em dinheiro – significant cash transactions, expressão que designa as operações de transferência de moeda (pagamentos, ordens de crédito, etc) em valor igual ou superior a dez mil dólares australianos. Às informações obtidas pelo AUSTRAC podem ter acesso a administração tributária (Australian Taxation Office), a agência alfandegária (Australian Customs Service), o Procurador-Geral do país, para fins de colaboração internacional, nos termos de lei específica (Mutual Assistance in Criminal Matters Act), e, ainda, outras autoridades (law enforcement agencies)” (Comentários à Lei de Sigilo Bancário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009).

O autor em referência observa que tais legislações se inserem num quadro que compreende não só o enfrentamento da evasão fiscal, mas também o combate a práticas criminosas que envolvem a circulação internacional de

dinheiro de origem ilícita, tais como o narcotráfico, o crime organizado, a lavagem de dinheiro e o terrorismo.

Considerando o cenário internacional aqui exposto, fica claro que eventual declaração de inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001 poderia representar um retrocesso de nosso país em matéria de combate à sonegação fiscal e a uma séria de crimes que envolvem a circulação internacional de dinheiro de origem ilícita.

Tenho, por tudo quanto abordado no presente tópico, que a atuação fiscalizatória traçada nos arts. 5º e 6º da LC nº 105/01 e em seus decretos regulamentadores (Decretos nº 3.724/2001 e nº 4.489/2002) não encerra inconstitucionalidade; ao contrário, retrata o pleno cumprimento dos comandos constitucionais e dos compromissos internacionais assumidos nessa seara pela República Federativa do Brasil.

Mais, e ainda sobre essa necessária colaboração internacional, vide trecho de nota explicativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil emitida posteriormente à decisão paradigma:

IV – GOVERNANÇA GLOBAL: ORDEM INTERNACIONAL EM PROL DO ACESSO DIRETO DE DADOS BANCÁRIOS PELO FISCO – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

15. Busca-se fornecer subsídios para o entendimento de como a comunidade internacional tem enfrentado este tema e como ele se relaciona com outros tópicos que têm sido objeto de esforço conjunto internacional. Este retrato fornecerá elementos que poderão ser utilizados para interpretar a questão constitucional do acesso às informações bancárias por parte das autoridades fiscais, considerando os valores e as circunstâncias do cenário mundial atual.

15.1. É possível delinear três fases evolutivas, com contínua ampliação do acesso a informações sobre a propriedade de bens e rendas dos contribuintes para as autoridades fiscais.

15.2. A primeira fase foi caracterizada pela percepção da fragilidade que as autoridades fiscais tinham para fiscalizar contribuintes apenas em um Estado. A segunda fase pode se caracterizar como o início do combate à possibilidade de os contribuintes usarem estratégias para ocultar bens e rendas em outros países, especialmente em paraísos fiscais, usando o sigilo bancário.

A terceira fase diz respeito ao momento atual, que pode ser caracterizado pela inoponibilidade do sigilo bancário às autoridades fiscais, pela integração das informações sobre bens e rendas entre as administrações tributárias da maior parte dos países e pela integração das atividades de fiscalização tributária e combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

16. O movimento de ampliação dos poderes de fiscalização das autoridades fiscais e redução das possibilidades de ocultação de informações sobre a propriedade de bens e rendas dos contribuintes ganhou impulso com a crise financeira iniciada em 2008, sobretudo por meio do comprometimento dos Ministros de Fazenda/Finanças dos países do G20, de que o Brasil faz parte, os quais pressionaram o Fórum Global sobre Transparência e Intercâmbio de

Informações para Fins Tributários a coordenar as alterações necessárias na legislação e nas práticas administrativas das diversas jurisdições.

16.1. O Fórum Global, cuja origem data do ano de 2000, conta hoje com mais de 90 jurisdições e, embora seja administrativamente conduzido pela OCDE, é uma iniciativa consensual de seus membros.¹ Seu objetivo é promover a ampla transparência em relação ao acesso a informações sobre bens e rendas dos contribuintes, visando à erradicação da elisão e evasão fiscal internacional:

16.2. Desde então, a reunião de Ministros de Fazenda/Finanças do G20 tem reiterado a importância e urgência das medidas de transparência objetivadas pelo Fórum. Em outras palavras, o comprometimento internacional em promover a ampla transparência (sobre a titularidade de bens e rendas para as administrações tributárias) e o intercâmbio de informações tributárias têm levado a uma revolução nas leis internas de países que ainda eram refratários a essa nova realidade, por meio da intervenção do Fórum Global. Nesse sentido, segue relato veiculado no site do Fórum:

AVALIAÇÃO DA OCDE MOSTRA QUE O SIGILO BANCÁRIO COMO UM ESCUDO PARA SONEGADORES CHEGA A UM FIM.

O mais importante [é que] o relatório mostra que muitos outros desenvolvimentos significativos estão a caminho, na medida em que os países trabalham para implementar os padrões da OCDE. Em particular, virtualmente todos os países estão promovendo mudanças para eliminar o estrito sigilo bancário para fins tributários. Comentando sobre esses desenvolvimentos, Angel Gurría, Secretário Geral da OCDE disse: O que tem acontecido é nada menos do que uma revolução. Por décadas foi possível que contribuintes escondessem rendas e ativos das autoridades fiscais por meio do abuso do sigilo bancário e outros impedimentos para o intercâmbio de informações. O que esses desenvolvimentos mostram é que isso não mais será possível.² (g.n., tradução livre)

16.3. Por trás desse novo movimento de ampliação da capacidade de efetiva fiscalização pelas autoridades fiscais encontram-se justificativas que já eram sustentadas. Em 23 de junho de 2009, levantou-se novamente o fundamento do acesso a informações como forma de aumentar a eficiência na aplicação das leis tributárias nacionais, levando à concorrência equilibrada e à carga tributária adequada para os contribuintes honestos. Aqueles argumentos que eram levantados pelo Conselho Europeu quando se começou a ampliar a capacidade de fiscalização das autoridades fiscais além de suas fronteiras por meio da Diretiva 77/799/CEE continuam válidos ainda hoje e fundamentam, historicamente, todo o processo descrito até aqui. Certamente, todos esses fundamentos são aplicáveis ao Brasil.

16.4. Já na reunião de 2014 fica patente que esse esforço global para o fim do sigilo bancário perante as administrações tributárias tem sido seguido pela comunidade internacional, conforme relatório da reunião:

9. Desde 2009, tem havido um progresso sem precedentes em direção à transparência fiscal. O sigilo bancário e a falta de cooperação facilitaram a evasão de divisas por décadas.

Em 2009, todas as jurisdições acordaram em pôr um fim ao sigilo bancário, em relação às autoridades tributárias, e em cooperar segundo a norma da OCDE sobre o intercâmbio a pedido de informações. A OCDE construiu este grande progresso estabelecendo o Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias ("Fórum Global"), que tem assegurado um robusto monitoramento da implementação da mencionada norma e do progresso no

sentido de uma igualdade de condições das 121 jurisdições integrantes. Hoje, a OCDE está dando um grande passo à frente com o desenvolvimento de um novo padrão global comum único para intercâmbio automático de informações financeiras. (...)

11. Tendo em vista que o Fórum Global foi demandado pelo G20 para monitorar a correta implementação do padrão global comum único para intercâmbio automático de informações financeiras e o fato de que todas as jurisdições serão convidadas para comprometer-se a implementá-lo, o "padrão mínimo" será nivelado para que não haja qualquer espaço para que sonegadores se escondam e para que nenhuma jurisdição represente alguma vantagem competitiva por não ter implementado o novo padrão." (tradução livre – Disponível em: <http://www.oecd.org/mcm/>)

17. Os trabalhos do Fórum dizem respeito à possibilidade de as autoridades fiscais terem acesso a informações de identificação de bens e rendas de contribuintes, ainda que essas informações sejam detidas por instituições financeiras. Com isso, o Fórum objetivou dar plena eficácia social aos Acordos de Intercâmbio de Informações e aos artigos de intercâmbio de informações que estão baseados no artigo 26 da Convenção-Modelo da OCDE para Evitar a Dupla Tributação:

Acordo Modelo da OCDE de Intercâmbio de Informações Tributárias

Artigo 5 – Intercâmbio de Informações a pedido

[...]

4. Cada Parte Contratante deverá assegurar que suas autoridades [fiscais] competentes para os propósitos especificados no Artigo 1 do Acordo [intercâmbio de informações relativas a assuntos tributários] têm a autoridade de obter e fornecer a pedido:

a) informações detidas por bancos, outras instituições financeiras, e qualquer pessoa agindo na condição de agente ou fiduciário, incluindo mandatários e trustees; [...] (tradução livre)⁴ (g.n., tradução livre)

Convenção Modelo para Evitar a Dupla Tributação

Artigo 26 – Intercâmbio de Informações

1. As autoridades competentes dos Estados Contratantes trocarão entre si as informações previsivelmente relevantes com vista à aplicação das disposições da presente Convenção ou à administração ou aplicação das leis internas relativas aos impostos de qualquer natureza e denominação cobrados em benefício dos Estados Contratantes [...]

2. As informações obtidas nos termos do número 1 por um Estado Contratante serão consideradas secretas do mesmo modo que as informações obtidas com base na legislação interna desse Estado [...]

3. O disposto nos números 1 e 2 não poderá em caso algum ser interpretado no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação:

a) de tomar medidas administrativas contrárias à sua legislação e à sua prática administrativa ou às do outro Estado Contratante;

b) de fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no âmbito da sua prática administrativa normal ou nas do outro Estado Contratante;

c) de transmitir informações reveladoras de segredos ou processos comerciais, industriais ou profissionais, ou informações cuja comunicação seja contrária à ordem pública. [...]

5. O disposto no número 3 não pode, em caso algum, ser interpretado no sentido de permitir que um Estado Contratante se recuse a prestar informações unicamente porque estas são detidas por uma instituição bancária, um outro estabelecimento financeiro [...] (g.n., tradução livre)

17.1. Os textos relacionados acima preveem o comprometimento internacional de não recusar o intercâmbio de uma informação bancária para uma autoridade fiscal de outro país com fundamento apenas no sigilo bancário.

17.2. Caso prevaleça a impossibilidade de as autoridades fiscais brasileiras terem acesso às informações bancárias para intercâmbio internacional de informações, inevitavelmente estaria configurada a discrepância da posição brasileira com o que está sendo pacificamente aplicado pelos países do Fórum Global, a violação internacional de Acordos brasileiros e a contradição com a posição adotada pelo país no âmbito do G20.

17.3. O repasse de informações bancárias a outras administrações tributárias com frequência diz respeito diretamente ao interesse nacional. Isso porque permite verificar se uma empresa multinacional está competindo em igualdade de condições com uma empresa nacional, uma vez que aquela empresa não se beneficiará da evasão fiscal internacional.

17.4. Sob o ponto de vista das relações internacionais, se as autoridades fiscais brasileiras não puderem repassar informações bancárias para outras autoridades fiscais estrangeiras, ou caso esse repasse possa ser impedido pelo contribuinte no Judiciário, o Brasil estará em posição contrária aos preceitos do Fórum Global e, por conseguinte, aos compromissos assumidos no G20. Além disso, com base no princípio da reciprocidade que rege as relações internacionais, outros países se recusarão a fornecer informações bancárias para as autoridades fiscais brasileiras, o que prejudicará fiscalizações sobre potenciais casos de evasão fiscal internacional.

17.5. Enfim, verifica-se que a RFB, nesse contexto internacional, passa a ter importante papel para a cooperação internacional, principalmente para evitar a erosão da base tributária dos mais diversos países. É de interesse nacional cooperar para o Brasil também receber informações que impeçam a erosão de sua base tributária. Não é despidendo que tal cooperação perpassa a questão tributária, pois busca combater também diversos crimes reflexos, como a lavagem de dinheiro, bem como impedir que outros países façam concorrência desleal fiscal, motivo pelo qual a declaração e inconstitucionalidade da LC nº 105, de 2001, contraria o disposto no inciso IX do art. 4º e no inciso IV do art. 170 da CF.

Efetivamente, emerge dos conteúdos acima transcritos que seria inconcebível ao Brasil adotar outra linha que não a da constitucionalidade dos dispositivos impugnados. Isso porque, em não sendo assim, o Brasil estaria nitidamente na contramão de uma tendência mundial, consistente na garantia de acesso direto às informações financeiras dos contribuintes pelo fisco, além de estar descumprindo os compromissos internacionais assumidos. Portanto, fora totalmente

congruente a decisão tomada, ainda mais levando-se em consideração esses aspectos internacionais.

Por fim, cabe a **ressalva de que** há outros pontos ainda não abordados, mas que serão objeto do próximo tópico em razão mesmo da identidade/similitude das razões que levaram os ministros a decidirem da forma tal qual posta.

5.2.1. Do Julgamento do Recurso Extraordinário de nº 601.314 – São Paulo

O recurso extraordinário em epígrafe, com repercussão geral reconhecida, tem fundamento no art. 102, inciso III, alínea “a”, da CF/88 (apontando violação aos artigos: 5º, incisos X, XII, XXXVI, LIV, LV; 145, §1º; e 150, inciso III, alínea “a”, todos da CF/88), e fora interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ementa adiante se segue:

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

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

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

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

à necessidade de conversão, em grau a ser aferido pelo critério da razoabilidade, do segredo absoluto em relativo como consequência e na extensão do rigorosamente necessário à interação do indivíduo com a sociedade a que pertence.

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

5. Por evidente, deve-se mencionar que a quebra do sigilo bancário foi admitida, na jurisprudência, como possível apenas por autoridade judicial e mediante processo judicial, mas cabe destacar, igualmente, que a legislação, à época, contemplava e legitimava tal solução, ao contrário da atual que é clara e inequívoca no sentido de prever casos específicos de iniciativa administrativa, sem que com isto se possa, ao que parece, ser invocada a lesão a direito de dimensão constitucional. Não se trata, por certo, de reconhecer competência plena à autoridade, seja administrativa ou legislativa, para tornar pública, sem menor critério de razoabilidade, a vida financeira e bancária de qualquer indivíduo, mas, ao revés, o que se afirma, como diretriz para a compreensão e solução do problema, é que, ao lado da intimidade e da vida privada, existem outros valores, com igual estatura constitucional, que conduzem à necessidade de formulação de uma solução prática e equilibrada para esta complexa equação de princípios.

6. A Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, reconhece o sigilo bancário (v.g. - caput do artigo 1º, caput e §§ 5º e 6º do artigo 2º, artigos 10 e 11), define as instituições que se sujeitam a tal dever em suas operações ativas e passivas (§ 1º do artigo 1º), fixa as hipóteses excepcionais de quebra administrativa (v.g. - § 3º do artigo 1º, §§ 1º a 3º do artigo 2º, artigo 9º), especifica a competência judicial e as situações sujeitas à reserva judicial (§ 4º do artigo 1º, caput e § 1º do artigo 3º, artigo 7º) e - no mesmo sentido - no âmbito parlamentar (artigo 4º). No que concerne à administração tributária, a LC nº 105/01 estabeleceu o dever de informação, acerca de operações financeiras, mas restrito ao necessário para a identificação dos titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (§ 2º). Para o exercício desta

competência, é que se permite, diante das informações prestadas e da efetiva necessidade/indispensabilidade, apurada em prévio processo administrativo ou procedimento fiscal em curso, o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras pelas autoridades competentes (artigo 6º). Note-se que, em qualquer caso, as informações prestadas ou os dados apurados pela fiscalização encontram-se amparados pelo sigilo fiscal (§ 5º do artigo 5º), ficando a quebra do sigilo bancário fora das hipóteses autorizadas, assim como o uso indevido das informações cobertas pelo sigilo fiscal, por servidores públicos, sujeitos às sanções penal, civil e administrativa.

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

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

9. Como se observa, é possível reconhecer que a legislação foi minuciosa e criteriosa na identificação das situações sujeitas à denominada quebra do sigilo bancário e dos procedimentos de fiscalização, resguardando, por meio de sigilo fiscal, as informações prestadas e os dados aferidos pelo exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, e reservando o seu uso a fins específicos, que não transcendem ao que necessário para o regular, justificado, proporcional e razoável exercício da competência constitucional e legal que possui o Estado-Administração de arrecadar os tributos e fiscalizar o cumprimento das obrigações fiscais.

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

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

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

13. Não existe direito líquido e certo do contribuinte de ser dispensado, por ordem judicial, de exhibir os documentos necessários à apuração de crédito tributário. Cabe ao Fisco intimar o contribuinte para exhibir a documentação necessária à fiscalização e, em caso de recusa, aplicar as sanções legais próprias da situação. Se o contribuinte não atender à intimação fiscal fica sujeito às penalidades previstas em lei, sem que configure ilegalidade a sua própria exigência, nos termos da legislação.

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

Nas razões recursais do autor:

[...] sustenta-se a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário.

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

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

Por outro lado, em suas razões, as demais partes expuseram o seguinte:

A Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região inadmitiu o recurso, em decorrência da infraconstitucionalidade da matéria controversa. O agravo de instrumento interposto foi provido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, meu antecessor na relatoria do feito, para melhor exame da questão, à fl. 522.

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

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

“CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTES, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI

COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (RE 601314 RG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 20.11.2009)

Foram admitidos, na qualidade de *amicus curiae*, o Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Banco Central do Brasil. Após, houve requerimento, por parte da PGR, por nova vista dos autos o qual foi deferido.

O Parquet opinou pelo conhecimento parcial do recurso e, na parte conhecida, pelo desprovimento do apelo extremo. (Grifo nosso)

A título de complemento às conclusões registradas no tópico antecedente, cabe transcrever trecho do diálogo travado entre o **Senhor Ministro Luís Roberto Barroso** e a **Procuradora da Fazenda Nacional - Luciana Miranda** - durante os debates ocorridos por ocasião do julgamento do RE 601.314/SP:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO: Senhor Presidente, eu gostaria de fazer uma indagação à ilustre representante da Fazenda Nacional. Eu bem entendo que o contribuinte do imposto de renda, na sua declaração de ajuste anual, precisa prestar informações acerca das suas movimentações bancárias: seu saldo, pagamentos feitos a terceiros e suas aplicações. Portanto parte do argumento que Vossa Excelência constrói é de que a Receita já deveria ter acesso a essas informações, se elas tivessem sido honestamente prestadas. Eu gostaria de saber se essa lógica valeria também para Estados e Municípios.

A SENHORA LUCIANA MIRANDA MOREIRA (PROCURADORA DA FAZENDA NACIONAL) - Eminentíssimo Ministro, nós imaginamos que, em princípio, parece, numa primeira impressão, que os dados bancários têm mais importância quando se considera a renda. O que acontece? É importante verificar - e a receita não verifica, a receita verifica montantes globais - que há diversos contribuintes que, na verdade, movimentam dez vezes ou mais valores do que de fato declaram. Em princípio, em se tratando de movimentação bancária, nós entendemos que há uma correlação maior com a renda, portanto isso seria mais interessante para o fisco federal. Nem tenho notícia se os Estados ou Municípios se utilizam dessa prerrogativa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas o artigo 6º, de fato, autoriza.

A SENHORA LUCIANA MIRANDA MOREIRA (PROCURADORA DA FAZENDA NACIONAL) - Sim, sim. É verdade.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Muito obrigado.

(Grifo nosso)

Como se vê, a questão discutida versa sobre a aplicabilidade dos decretos regulamentadores do dispositivo impugnado aos estados, Distrito Federal e municípios. Essa linha de raciocínio decorre da premissa de que o contribuinte está obrigado a informar à Secretaria da Receita Federal do Brasil, na declaração anual, seus bens e rendas auferidas. Assim, em não sendo essas informações prestadas de forma fidedigna, é possível que do cruzamento das informações (obtidas na forma do art. 5º, da LC/102/2001 e das declarações anuais) verifiquem-se inconsistências ou divergências, suficientes à instauração do processo administrativo, de acordo com o art. 6º, da LC 105/2001.

O dispositivo estabelece que:

As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar os 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”.

Por sua vez, o Decreto nº 3.724/2001, que o regulamenta, dispõe relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, ou seja, tem aplicabilidade tão somente em âmbito federal.

E, ainda, o art. 5º da LC 105/2001 dispõe que:

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 [exclusivamente], as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

Logo, pode-se concluir que o art. 6º possui abrangência nacional (União, estados, Distrito Federal e municípios) e versa sobre a possibilidade de exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras tão somente quando houver processo administrativo instaurado (acesso incidental), enquanto que o art. 5º cuida

do acesso às informações financeiras que serão prestadas pelas instituições financeiras, nos períodos e limites de valor estabelecidos pelo Poder Executivo (acesso sistêmico).

Diante desse cenário, resta claro que o acesso sistêmico (do art. 5º) não se aplica aos estados, Distrito Federal e municípios, em virtude de o dispositivo legal prever que as informações financeiras apenas serão prestadas à Administração Tributária da União. Por outro lado, o acesso incidental (do art. 6º) é garantido a todos os entes federados, com a ressalva de que a matéria não se encontra regulamentada para todos os entes, pois o Decreto nº 3.721/2001 tem aplicabilidade apenas para União, pois é federal.

Apesar de não ter sido objeto das impugnações, a matéria foi levada a discussão pelos Ministros e fez parte integrante do voto do Ministro Relator Dias Toffoli.

Para ilustrar, vide íntegra dos debates sobre esse ponto:

DEBATE

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Ministro Relator, apenas uma pequena observação. Eu estava preparado, tendo em conta a dinâmica das discussões, para também eventualmente evoluir para uma interpretação conforme, quase que nessa linha que Vossa Excelência está sugerindo, mas também no sentido de algo que está contido no próprio voto do eminente Ministro Relator, Dias Toffoli, que é o seguinte: Sua Excelência fez alusão a uma lei federal que disciplina o procedimento ou os processos administrativos – se quisermos – na Administração Pública. Pois bem, essa lei é a Lei 9.784/1999.

O art. 6º, caput, da Lei Complementar 105 – todos têm em mãos este artigo, porque ele está sendo impugnado – diz o seguinte:

"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".

Muito bem, então o sigilo só pode ser quebrado se houver um processo administrativo em curso. A Lei Complementar diz isso no art. 6º. Bem, o que diz a Lei Federal 9.784? A que fez alusão o eminente Ministro Relator, Dias Toffoli.

"Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a

Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

(...)

II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;"

Portanto, eu estaria sugerindo, num primeiro momento, como uma possível interpretação conforme, sem redução de textos, que, primeiramente, fosse observado o art. 3º, II, desta Lei Federal 9.784, dando ciência da instauração do processo administrativo por parte do Fisco e possibilitando ao interessado ter vista dos autos, ter cópia, enfim, de todos os documentos neles contidos, inclusive tendo em conta a nossa Súmula Vinculante que disciplina a matéria exatamente nessa linha.

Ademais, eminente Ministro Barroso, e peço licença e perdão por interrompê-lo, o art. 50 desta mesma Lei Federal 9.784 diz o seguinte: "Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;"

Então, na linha do que Vossa Excelência está propondo, eu, dependendo do encaminhamento deste julgamento, eventualmente sugeriria que se desse interpretação conforme ao art. 6º, conforme a Constituição, sem redução do texto, observadas as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição, que estão materializados exatamente no art. 3º, II, da Lei 9.784. Tudo isso sem desconsiderar os postulados da necessidade de fundamentação dos atos administrativos, que consta exatamente no art. 50 desta mesma Lei, e da inafastabilidade da jurisdição. A motivação que consta no art. 50 da Lei Federal 9.784 já vem, de certa maneira, discriminada neste Decreto 3.724.

Então, eu penso que o sigilo não pode ser oponível ao contribuinte, ou seja, no momento em que se abre o processo administrativo, que é condição sine qua non para o compartilhamento do sigilo, é preciso que se tomem esses cuidados que estão previstos na própria Lei Federal, à qual fez alusão o eminente Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas, veja, Vossa Excelência: se a Lei Complementar nº 105, no artigo 6º, exige a instauração de processo administrativo, eu concordo plenamente com Vossa Excelência de que estas regras da lei do processo administrativo não se aplicam. Eu não teria dificuldade. Podemos explicitar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas é preciso dizer isso com todas as letras, já deixar isso claro no processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O que eu estou propondo é um pouco a mais: que o Decreto Federal seja adaptado pelas Administrações Estaduais e Municipais, porque ele contém normas de proteção do sigilo e de responsabilização da autoridade que se porte mal.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Como eu não quero deixar no ar a discussão para que se saiba ou se discuta se essa Lei Federal 9.784, que estabelece ou disciplina o procedimento administrativo, é uma lei federal, é uma lei de caráter nacional, abrangendo todos os níveis político-administrativos da Federação, eu penso que, nesta nossa decisão, se o Tribunal considerar hígido, do ponto de vista

constitucional, esse art. 6º, essa Lei 9.784, ou pelo menos esses ditames devem aplicar-se também aos Estados e aos Municípios. E também, como Vossa Excelência está sugerindo, esse Decreto, enfim, as regras do Decreto, linhas gerais, pelo menos, do Decreto 3.724.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não dá para se determinar uma aplicação automática, porque ele é muito talhado para o tributo federal. Então, tem que ser uma analogia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Não, claro, porque digo em geral, no que couber, no que for cabível.

Isso, portanto, coaduna-se, a meu ver, com aquilo que determina o art. 50 dessa Lei Federal 9.784, que exige a motivação toda vez que se negam, limitam ou afetam direitos ou interesses do contribuinte, porque, aí, nós realmente protegemos o constituinte de alguma forma, quer dizer, porque não pode haver o processo sigiloso, o processo confidencial com relação ao cidadão, isso só ocorre nas ditaduras, nos regimes autocráticos.

Então, como exige o art. 6º da Lei Complementar 105, aberto o processo administrativo, eu acho que o cidadão tem de ter imediatamente ciência disso, ele tem de ser cientificado, nos termos do inciso II do art. 3º da Lei 9.784, e ter amplo acesso aos autos. E essa decisão tem de ser motivada nos termos do Decreto 3.724.

Desculpe-me, Ministro Barroso, mas apenas complementando...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, se Vossa Excelência me permite, por favor, Ministro Barroso, só para esclarecer. A lei do processo administrativo é uma lei federal, ela é fruto de uma formulação de Caio Tácito, basicamente. E digo isso, porque tive a honra de fazer parte da Comissão que a elaborou. Ela é federal, mas hoje é repetida em 23 Estados, pelo menos. Ou seja, determinou-se que os Estados fariam suas próprias leis no exercício da Federação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Perdão, Ministra.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pois não, por favor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - O eminente Procurador está sugerindo que nós, se formos caminhar nesse sentido, em vez de citarmos a Lei, citássemos o conteúdo do dispositivo, que ele realmente estabeleça.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Neste caso, nós estaríamos impondo o que já se tem como imposição, quer dizer, o conteúdo dessas normas.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Data vênia, eu ainda quero ouvir o Relator, mas a minha preocupação é no sentido de proteger o contribuinte.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É por isso mesmo que seria bom que o Ministro-Relator esclarecesse, porque acho que a preocupação dele é casada com o que põe o Ministro Barroso agora.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Ministro Toffoli.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Senhor Presidente, como primeiro passo, antes de chegarmos ao art. 6º e enfrentar o debate travado agora, eu gostaria de lembrar o art. 5º; é fundamental lembrar o art. 5º, porque a automaticidade da informação é dada pela lei complementar apenas ao Fisco Federal. Então, estamos todos esclarecidos em relação a isso:

"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 [exclusivamente] as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços."

E, aí, tem o decreto que vai regulamentar isso em instruções normativas da própria Receita Federal.

Então, essa automaticidade não entra no âmbito dos demais entes da Federação: estados, municípios e Distrito Federal não têm esse direito de receber o pacote completo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O Everardo chama de acesso sistêmico.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): É, acesso sistêmico. Pois bem, já o art. 6º, que vai se referir, além de à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, diz o seguinte: para essas autoridades terem acesso ...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Incidental.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): ... incidental, tem de ter um processo aberto previamente, ou seja, elas não vão ter o acesso sistêmico; elas já têm que ter identificado, então, alguma situação e aberto o processo, e processo pressupõe a intimação do interessado para sua formação. Não é uma investigação administrativa, tem que estar autuado, tem que estar intimado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Identificado, não é, Ministro?

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Justificado, fundamentado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Todas identificadas, inclusive dos servidores.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Embora tenha havido belíssimas sustentações orais criticando esse dispositivo e essa possibilidade de estar havendo a atuação de fiscos municipais, estaduais ou distrital para além daquela da Receita Federal, digo que não é o caso, a não ser num dispositivo, que não está aqui atacado, porque é uma criação posterior até às ações, que é o relativo ao Supersimples e ao Simples, com que se unificou a maneira de fazer o pagamento de tributos federais, estaduais e municipais. Aí, então, há um compartilhamento entre as receitas, verificando-se, por exemplo, se determinada empresa tem ou não o direito de atuar como simples. Pois bem, aqui se pressupõe um processo anterior. Todas as preocupações do Ministro Luís Roberto Barroso e de Vossa Excelência, Presidente, entendo que elas estão compreendidas nos dispositivos legais ora em vigor, mas, muitas vezes, no Brasil, às vezes, é necessário explicitar o que já é explícito e dizer o óbvio.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Não basta ser óbvio, tem que ser óbvio ululante.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O velho Seabra Fagundes dizia: No Brasil, a gente precisa dizer tudo tim-tim por tim-tim, e, mesmo assim, é difícil.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Porque aqui se pressupõe o processo aberto, o contribuinte já intimado, e ele sabe que ele vai ter aquele acesso; se ele acha que aquele acesso está sendo abusivo, ele vai se socorrer no Judiciário.

(PRESIDENTE) - Isso, isso que é importante.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Isso, para mim, já está totalmente contemplado.

A princípio, eu vou manter minha posição.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A minha posição.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Só para concluir.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu concordo com esse ponto integralmente. Eu acho que, se há processo, já se aplica a lei do processo administrativo. É que, no âmbito federal, você tem um decreto que dá proteção ao sigilo e responsabilização da autoridade que o recebe. É isso que eu acho que se deveria exigir dos Estados e Municípios como um plus à lei, para que seja válida a obtenção do sigilo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

(PRESIDENTE) - Mas, aí, Ministro Barroso, se Vossa Excelência me permite. Agora que a Ministra Cármen Lúcia, que foi uma das autoras dessa Lei 9.784...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Da Lei , não, só do projeto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Do projeto. Bom, uma das autoras do anteprojeto, do projeto, então, portanto, deve ter resultado numa excelente Lei, como ela vigora apenas no âmbito federal, e me parece que, no inciso II do art. 3º, é fundamental que se dê ciência da tramitação dos processos administrativos, é possível que, em algum Município, em algum Estado, a pretexto de que a investigação é sigilosa, o processo corra em sigilo, quando isso é absolutamente inadmissível, inclusive, à luz da nossa Súmula Vinculante 14, quando nós falamos aqui de órgão de competência de Polícia Judiciária, nós temos interpretado isso mais amplamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): É dado o sigilo em relação ao contribuinte. É dado o sigilo em relação ao próprio interessado.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Inclusive, no julgamento do poder de investigação do Ministério Público, nós assentamos que os próprios expedientes que correm no âmbito do Ministério Público estão sujeitos à Súmula Vinculante 14.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Mantendo-se o sigilo e dando-se ciência prévia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso, para mim, Ministro Toffoli, se Vossa Excelência disser que está claro...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Compatibilizar várias posições.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) – Que todo processo administrativo pressupõe a intimação do contribuinte, que ele terá pleno acesso, se Vossa Excelência está afirmando isso...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Eu estou pensando alto, embora eu pense que nós estamos aqui a dar um passo além, porque eu não sei se essa tese prevalecerá.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Sim.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): O dispositivo final do nosso julgamento será no sentido da improcedência.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas é que, para mim, para que eu formule a minha opinião, para que eu firme a minha opinião, a minha convicção, eu preciso desse esclarecimento. Se Vossa Excelência disser que no seu voto está compreendido isso...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Eu faria uma sugestão até porque talvez nós não vamos concluir, na data de hoje, este julgamento. Talvez fosse o caso, Senhor Presidente, de continuarmos com a colheita dos votos, e nós pensaríamos em uma solução que não fosse mandar aplicar a Lei Federal aos estados.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Isso, como sugeriu o Procurador.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Dizer que, garantido o sigilo, se dá...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Apenas a garantia do sigilo, a garantia das prerrogativas dos contribuintes.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Valida o que o Doutor Janot está sugerindo.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Garantindo-se o sigilo de todas as informações, dá-se acesso integral ao processo, e a pessoa fica previamente ciente de que haverá aquele tipo de "devassa" nas suas contas e nas suas movimentações, porque, se ela entender necessário, ela vai à Justiça. Para haver processo administrativo, ela tem que ter sido intimada, senão não há processo; há um procedimento.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Está bom. Obrigado, Ministro.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Pensamos, pensamos.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

Visto o conteúdo das discussões, bem como o teor das sugestões propostas pelos Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, calha transcrever as conclusões a que chegaram quanto aos estados, Distrito Federal e municípios somente poderem obter as informações de que trata o art. 6º da LC 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de forma análoga ao Decreto Federal nº 3.724/2001, explicitas no voto do Ministro Relator Dias Toffoli (extraídas do inteiro teor do julgamento das ADIN):

Por fim, no que tange especificamente ao art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, acolho as sugestões formuladas em Plenário pelos eminentes Ministros Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, no sentido de deixar explicitado neste julgamento que os Estados e Municípios somente poderão obter as informações de que trata o preceito em referência quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de forma análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, o qual foi formulado de forma a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários. Assim, a exemplo do que prevê o mencionado decreto federal, a regulamentação da matéria no âmbito estadual e municipal deverá, obrigatoriamente, conter as seguintes garantias:

i) pertinência temática entre as informações bancárias requeridas na forma do art. 6º da LC nº 105/01 e o tributo objeto de cobrança no processo administrativo instaurado;

ii) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo (leia-se, o contribuinte deverá ser notificado da existência do processo administrativo previamente à requisição das informações sobre sua movimentação financeira) e relativamente a todos os demais atos;

iii) submissão do pedido de acesso a um superior hierárquico do agente fiscal requerente;

iv) existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso, de modo que torne possível identificar as pessoas que tiverem acesso aos dados sigilosos, inclusive para efeito de responsabilização na hipótese de abusos;

v) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios;

vi) amplo acesso do contribuinte aos autos, garantindo-lhe a extração de cópias de quaisquer documentos e decisões, de maneira a permitir que possa exercer a todo tempo o controle jurisdicional dos atos da administração, segundo atualmente dispõe a Lei 9.784/1999.

Com efeito, apesar de limitarem o dito acesso incidental (previsto no art. 6º, da LC 105/2001), as premissas estabelecidas resguardam as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99 e garantem o sigilo dos seus dados bancários.

Mais, e ainda sobre o rito para a transferência do sigilo bancário para Secretaria da Receita Federal do Brasil, convém transcrever outro trecho da nota explicativa emitida pela SRFB pós decisão paradigma:

II – RITO PARA A TRANSFERÊNCIA DO SIGILO BANCÁRIO PARA A RFB

6. Ao contrário do que alguns dispõem, o acesso aos dados bancários pelo Fisco não é feito de forma indiscriminada. Ele tem um rito bastante complexo, com controles internos, e é realizado apenas de forma subsidiária.

6.1. O próprio art. 6º da LC nº 105, de 2001, ao dispor que as autoridades fiscais “poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras”, trouxe duas condições primordiais (i) existir processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e (ii) os exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

6.2. O Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, trouxe o procedimento bastante detalhado para esse acesso, criando a figura da “Requisição de Informação sobre Movimentação Financeira (RMF)”, ou seja, há uma burocracia interna para o acesso a tais dados bancários, conforme será a seguir detalhado.

7. Apenas com a existência de procedimento fiscal aberto e com conhecimento do contribuinte que pode haver acesso a dados bancários.

7.1. Conforme art. 2º do Decreto nº 3.724, de 2001, os procedimentos fiscais terão início mediante expedição de Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF), com intimação do contribuinte investigado.

7.2. Conforme § 2º do art. 4º do Decreto nº 3.724, de 2001, “a RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do procedimento fiscal”. Vale dizer, a autoridade fiscal que executa o procedimento fiscal inicialmente intima o contribuinte a apresentar aquela documentação bancária e este, não cumprindo com a intimação, é intimado que tais informações serão requisitadas diretamente ao sistema bancário. Ou seja, antes da requisição o contribuinte é avisado, momento em que ele poderá tomar alguma atitude, inclusive interpor mandado de segurança.

8. Apenas nas circunstâncias taxativas contidas no Decreto que pode haver o acesso a dados bancários.

8.1. Como visto, além de ter de existir um procedimento de fiscalização em curso, foi o art. 3º do Decreto que trouxe as taxativas hipóteses para ser considerado indispensável o acesso. O critério de indispensabilidade não está sob o juízo exclusivo do Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização. O art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, é que estabelece, de forma restrita, quais são as hipóteses em que os exames dos dados mantidos em instituições financeiras são indispensáveis, a saber:

Art.3º

.....

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 e art. 24-A da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - previstas no art. 33 da Lei no 9.430, de 1996;

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a) cancelada;

b) inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei no 9.430, de 1996;

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato; e

XII - intercâmbio de informações, com fundamento em tratados, acordos ou convênios internacionais, para fins de arrecadação e fiscalização de tributos.

8.2. Note-se que as hipóteses são taxativas, não admitem possibilidade de interpretação extensiva e revelam condutas agressivamente evasivas ou para possibilitar que o Brasil cumpra os tratados internacionais para troca de informações para combater a sonegação, a corrupção, a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo: (i) fraudes no comércio internacional; (ii) simulação de empréstimos para acobertar recursos de origem duvidosa, inclusive decorrente do tráfico de drogas e armas; (iii) operações com paraísos fiscais ou com países que não permitem o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas; (iv) omissão de rendimentos decorrentes de renda variável, inclusive com operações fora de bolsa de valores; (v) realização de gastos ou investimentos em valor superior a renda disponível; (vi) remessa de valores ao exterior por conta de não residente de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; (vii) contribuintes sujeitos ao regime especial de cumprimento de obrigações, como, por exemplo, empresas constituídas por interpostas pessoas; (viii) pessoa jurídica inexistente de fato; (ix) pessoa física inexistente de fato; (x) negativa do titular de direito da titularidade de fato dos recursos mantidos ou movimentados; e

(xi) presença de indício de existência de interposta pessoa do titular de fato dos recursos (laranjas ou testas de ferro), nesta hipótese, caracterizada, objetivamente, pela movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível ou declarada ou, ainda, de que a ficha cadastral do sujeito passivo na instituição financeira contenha informações falsas.

9. Apenas com a concordância de três autoridades fiscais que pode ocorrer o acesso a dados bancários.

9.1. Além dos requisitos objetivos previstos no Decreto, que não permitem interpretações ampliativas, a emissão da RMF está sujeita a um triplo grau de análise para ser emitida, a do Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização, do Chefe de Fiscalização e do Delegado ou Inspetor-chefe da Receita Federal do Brasil.

9.2. O procedimento para emissão da RMF é rígido, além de ser controlado e verificado em mais de uma instância, sob pena de responsabilização dos envolvidos. Portanto, não basta que apenas o Auditor-Fiscal que conduz a fiscalização se convença da imprescindibilidade das informações bancárias e da presença dos outros critérios objetivos, é necessário que ele também convença outras duas autoridades que ocupam funções decisórias de hierarquia superior: o Chefe de Fiscalização e o Delegado da unidade em que ele trabalha.

10. O roteiro para emissão da RMF, além dos requisitos já citados, é disciplinado e regulado pelo Manual de Procedimentos Fiscais da Fiscalização da Receita Federal do Brasil, documento interno que norteia os trabalhos desenvolvidos pelos Auditores-Fiscais, sob pena de serem responsabilizados pela Corregedoria-Geral da Receita Federal do Brasil.

11. Ao final do procedimento de fiscalização os documentos financeiros que não forem utilizados como elementos de prova no processo de exigência tributária, obtidos a partir da RMF, devem ser entregues ao sujeito passivo ou destruídos. Isto é, o universo de manipulação dos dados bancários obtidos via RMF fica adstrito exclusivamente ao Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização e apenas durante esse procedimento.

Do conteúdo, é possível assimilar que o acesso das informações bancárias na forma da Lei Complementar nº 105/2001 apenas é feito de forma subsidiária, ou seja, não é indiscriminado, ao tempo em que observa um rol taxativo e não extensivo de hipóteses consideradas objetivamente como imprescindíveis para requisição das informações financeiras dos contribuintes. Ademais, a decisão pela requisição de informações não está adstrita à autoridade fazendária responsável pelo procedimento, tendo ainda que ser reconhecida a necessidade destas por mais duas autoridades, ambas de hierarquia superior, o que demonstra a complexidade do procedimento.

Vale ressaltar que, após essa decisão dos agentes fazendários, o contribuinte será intimado a apresentar a documentação bancária, e, em não sendo cumprida a intimação, ainda será notificado de que tais informações serão requisitadas diretamente ao sistema bancário.

Do exposto, pode-se concluir que o impacto do exaustivamente comentado acesso às informações financeiras sigilosas pelas administrações tributárias é extremamente positivo. A uma, porque não é feito de forma indiscriminada, uma vez que há um procedimento deveras complexo que deve ser observado, do qual o contribuinte terá plena ciência, sendo punidos os agentes que eventualmente violem o sigilo das informações recebidas. A duas, porque não há violação a direitos fundamentais, pois o procedimento da LC nº 105/2001, consiste em transferência de informações entre instituições financeiras e administração tributária, tendo ambos o dever de manter o sigilo dos dados. A três, não havia como ser diferente, pois o acesso direito às informações sobre movimentações financeiras se trata de uma tendência universal, da qual não deveria o Brasil se afastar, mormente em razão dos compromissos que assumiu no cenário internacional.

Finalmente, não há como se negar que pagar impostos se constitui em dever fundamental do cidadão/contribuinte, de modo que as declarações que presta ao fisco deveriam (em tese) coincidir com aquelas que detêm os bancos. Não obstante, embora seja constitucionalmente vedada a vinculação da receita de impostos à órgão, fundo ou despesa, é certo que o legislador excepcionou algumas hipóteses²¹, de modo que a sonegação de impostos constitui grave perda de receita nas áreas que destinam recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária. Mais ainda, implica indiretamente na diminuição dos repasses realizados em favor dos estados, através do Fundo de Participação dos estados e Distrito Federal – FPE, e aos municípios, por meio do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, causando queda nas receitas de todos os entes federativos e, conseqüentemente, diminuindo os investimentos nas áreas de saúde e educação.

²¹Art. 167. São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação da EC 42/2003)

Alfim, nos anexos, restam algumas decisões do Conselho de Arrecadação de Recursos Federais – CARF, em que estão expostas algumas situações de aplicabilidade da decisão do Supremo ora exaustivamente estudada.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, o escopo da pesquisa foi estudar o Sped e, na perspectiva de um mundo globalizado, o acesso direto às informações sobre movimentações financeiras. Não obstante, os deveres instrumentais, os certificados digitais e a ICP-Brasil também foram temas abordados, em razão de estarem intimamente relacionados com ao Sped.

Fala-se em deveres instrumentais, pois entende-se como sendo a nomenclatura mais adequada, em razão das obrigações acessórias tributárias não serem obrigações em sentido estrito (não necessariamente possuem o atributo da patrimonialidade), motivo pelo qual são intituladas como deveres, e instrumentais, porque servem como instrumento para operacionalizar a regra matriz de incidência tributária, que serve para verificar a incidência da norma tributária.

Por outro lado, os certificados digitais e a ICP-Brasil são ferramentas que contribuem para efetividade do Sped e de seus módulos, pois todos os dados que ali circulam devem necessariamente observar o disposto na MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira, a ICP-Brasil.

Outrossim, a declaração de constitucionalidade dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e de seus respectivos decretos regulamentadores foi medida salutar para garantir a efetividade do Sped. Isso porque, além de possibilitar o acesso sistêmico, que por consequência viabiliza o acesso incidental, pois as informações sobre movimentações financeiras servem como base para o cruzamento de dados, a flexibilização do sigilo bancário permitiu o regular funcionamento da e-Financeira, pois a esta incumbe, por meio do módulo de operações financeiras, repassar à SRFB as informações sobre movimentações financeiras.

No entanto, o que efetivamente ocorreu é que os artigos e respectivos decretos foram considerados constitucionais, restando claro que a União somente requisita as informações dos contribuintes quando detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou possível cometimento de ilícitos fiscais, entre as informações disponíveis no módulo e-Financeira e aquelas prestadas na Declaração Anual de Imposto de Renda (p. ex.), observado sempre o disposto no art. 6º, da LC 105/2001, que suscita a necessidade de processo administrativo instaurado para acesso às informações.

Desse modo, graças ao entendimento esposado, de que é permitido (constitucional) o acesso sistêmico às informações financeiras e incidental aos documentos, livros e registros fiscais, prescindindo da chancela judicial, é que restou assegurada a efetividade do Sped.

Todavia, como o acesso sistêmico é apenas para União, indiscutivelmente nesse aspecto, o Sped é limitado, fato esse que se deve à intenção do próprio legislador, nada sendo influenciado com o que foi decidido no presente *leading in case*, o que não prejudica os demais entes, pois existe a previsão de assistência mútua e permuta de dados entre as administrações tributárias, auxiliando, portanto, a efetividade do acesso incidental. Entretanto, essa espécie de acesso – incidental – conferido às autoridades e agentes fiscais tributários de todos os entes federativos, por ora está condicionada ao dever de legislar dos estados, Distrito Federal e municípios, de forma análoga ao Decreto Federal nº 3724/2001, editado pela União.

Diante desse cenário, é possível concluir que o Sped, por ora, somente se aplica à União, a **uma, porque** a e-Financeira apenas repassará as informações do módulo de operações financeiras à SRFB, **e, a duas,** em razão de estar o acesso incidental condicionado à regulamentação no âmbito dos Estado, do Distrito Federal e dos Municípios.

No entanto, os resultados obtidos foram no sentido de que a flexibilização do sigilo bancário garantiu a efetividade do Sped, com ressalva apenas quanto aos estados, Distrito Federal e municípios (até que ocorra a reclamada regulamentação).

Tal alegação decorre da imprescindibilidade do Sped no combate à sonegação fiscal e aos delitos correlatos, como a evasão de divisas, a lavagem de dinheiro e a organização criminosa, garantindo ainda uma fiscalização mais eficaz, pois simplifica o cumprimento das obrigações acessórias, facilitando, portanto, a auditoria dos tributos, provocando um potencial aumento na arrecadação e, via de consequência, maiores investimentos em áreas prioritárias, como saúde e educação, decorrente da vinculação constitucional dos impostos.

Por derradeiro e como dito, essa era a trilogia mais provável no Brasil, na medida em que se firmaram diversos compromissos internacionais no sentido de garantir o acesso às informações sobre movimentações financeiras, independentemente da chancela estatal (leia-se judicial), sendo a adoção de conduta diversa prejudicial à imagem do País, pois apenas uma minoria não permite o acesso direto, evidentemente por não possuírem interesse em combater crimes financeiros.

REFERÊNCIAS:

A FUNÇÃO DO TABELIÃO NO DOCUMENTO ELETRÔNICO. Disponível em < <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MzM5Mw==&filtro=9&Data=> > acesso em: dezembro de 2016.

Bandeira, Luiz Fernando. **A LICITAÇÃO ELETRÔNICA E A PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO.** Revista de informação legislativa, v. 42, n. 165, p. 269-283, jan./mar. 2005.

Borges, José Souto Maior. **OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA (UMA INTRODUÇÃO METODOLÓGICA)** 3ª ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Campos, Saulo José de Barros. **COMPETÊNCIAS NECESSÁRIAS À IMPLEMENTAÇÃO EFICAZ DO SPED: Percepção dos operadores da Contabilidade do RN.** Dissertação do Mestrado em Ciências Contábeis. Programa Multi-Institucional e Inter-Regional de Pós-graduação em Ciências Contábeis da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). 2012.

Carraza, Roque Antônio. **REFLEXÕES SOBRE A OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA.** São Paulo: Noeses, 2010.

Carvalho, Ivan Lira de. **A TRIBUTAÇÃO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS POR MEIO ELETRÔNICO.** Revista de informação legislativa, v. 40, n. 160, p. 179-189, out./dez. 2003.

Carvalho, Paulo de Barros. **CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO.** 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Ferragut, Maria Rita. **AS PROVAS E O DIREITO TRIBUTÁRIO. TEORIA E PRÁTICA COMO INSTRUMENTOS PARA CONSTRUÇÃO DA VERDADE JURÍDICA.** São Paulo: Saraiva, 2016.

Ferragut, Maria Rita. Coordenadora; Elaine, Renata. Colaboradora; **DIREITO TRIBUTÁRIO ELETRÔNICO.** São Paulo: Saraiva, 2010.

Garcia, André Pinto. **CURSO DE DIREITO DA CERTIFICAÇÃO DIGITAL. [LIVRO ELETRÔNICO] COM NOVO MANUAL DE PERGUNTAS E RESPOSTAS JURÍDICAS DA ICP-BRASIL.** Brasília. Ed. do Autor, 2016.

Henrique, Manoel de Almeida. **LIVROS CONTÁBEIS: A ESCRITURAÇÃO CONTÁBIL NO ATUAL CENÁRIO TRIBUTÁRIO.** São Paulo: Trevisan Editora, 2016.

Lorenzetti, Ricardo L. **COMÉRCIO ELETRÔNICO.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Machado, Robson Carvalho. **CERTIFICAÇÃO DIGITAL ICP BRASIL: OS CAMINHOS DO DOCUMENTO ELETRÔNICO NO BRASIL**. Niterói/RJ: Impetus, 2010.

Mamede, Gladston. **DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO: EMPRESA E ATUAÇÃO EMPRESARIAL**. Volume 1. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Marques, Antônio Terêncio G. L. **A PROVA DOCUMENTAL NA INTERNET**. 1ª ed. (ano 2005)/ 6ª Reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

Menke, Fabiano. **ASSINATURA ELETRÔNICA: ASPECTOS JURÍDICO NO DIREITO BRASILEIRO**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Nascimento, Valéria Ribas Do; Gandez, Danielli; La Rue, Letícia Almeida De. **PERSPECTIVAS PARA O EXERCÍCIO DA CIBERCIDADANIA COMO A UTILIZAÇÃO DE ASSINATURAS DIGITAIS PARA A SUBSCRIÇÃO DE PROJETOS DE LEI DE INICIATIVA POPULAR PODE CONTRIBUIR PARA A DEMOCRACIA?** Revista de informação legislativa, v. 51, n. 202, p. 93-114, abr./jun. 2014.

Oliveira, Gustavo Pedro de. **CONTABILIDADE TRIBUTÁRIA**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

Peck Pinheiro, Patrícia. **DIREITO DIGITAL**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2007.

Pizzolio, Reinaldo e Gavaldão Jr., Jayr Viégas (coord.) – **SIGILO FISCAL E BANCÁRIO**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

Reinaldo Filho, Demócrito. **A ICP-BRASIL E OS PODERES REGULATÓRIOS DO ITI E DO CG**. Ano 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/7576>> acesso em dezembro de 2016.

Silva, Gilson Amaral da; Farias, Sandro Marco. **DOCUMENTO ELETRÔNICO: ASPECTOS TÉCNICOS E REGULAMENTAÇÃO LEGAL**. Monografia de Especialização. Universidade de Brasília Faculdade de Tecnologia Departamento de Engenharia Elétrica, 2006.

TRUJILLO, ELCIO. **O MERCOSUL E A DOCUMENTAÇÃO ELETRÔNICA**. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, V. 34, N. 135, P. 191-195, JUL./SET. 1997.

Valério, Marco Aurélio Gumieri. **TÍTULOS DE CRÉDITO ELETRÔNICO: A TECNOLOGIA A SERVIÇO DO DIREITO CAMBIAL**. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 189, p. 189-209, jan./mar. 2011

Zockun, Maurício. **REGIME JURÍDICO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Chaves, Ellen Cristina. **OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS: ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DE SUA INSTITUIÇÃO**. Dissertação do Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

Maricato, Andreia Fogaça. **DEVERES INSTRUMENTAIS: REGRA MATRIZ E SANÇÕES**. Dissertação do Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2009.

Maricato, Andreia Fogaça. **OS IMPACTOS DAS MUDANÇAS NOS DEVERES INSTRUMENTAIS COM A INFORMATIZAÇÃO FISCAL: CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO; PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA; E PROVA TRIBUTÁRIA**. Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

Macêdo, Marcelo José Luz de. **SOBREPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS ACESSÓRIAS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS**. Dissertação do Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

Almeida, Maria Arita Soares de. **REGIME JURÍDICO DA FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA - ESTUDO SOBRE AS NORMAS DE FISCALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA E DOS DEVERES INSTRUMENTAIS**. Dissertação do Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014.

Deia Virginia Tidei Holzmann. **O SIGILO BANCÁRIO BRASILEIRO FACE À NOVA REGULAMENTAÇÃO AMERICANA FOREIGN ACCOUNT TAX COMPLIANCE ACT – FATCA**. Dissertação do Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm> acesso em janeiro.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> acesso em janeiro.

Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2200-2.htm> acesso em dezembro.

Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6022.htm> acesso em dezembro.

Instrução Normativa RFB nº 1571, de 02 de julho de 2015. Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=65746&>> acesso em janeiro.

Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm> acesso em janeiro.

Decreto 4.489, de 28 de novembro de 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4489.htm> acesso em janeiro.

Decreto 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3724.htm> acesso em janeiro.

Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm > acesso em dezembro.

Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4595.htm > acesso em janeiro.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.390 - DISTRITO FEDERAL.** Relator: Ministro Dias Toffoli. Requerentes: Partido Social Liberal – PSL; Confederação Nacional da Indústria – CNI; Confederação Nacional do Comércio – CNC; e Partido Trabalhista Brasileiro. 2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Inteiro Teor do Acórdão. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 601.314 - SÃO PAULO.** Relator: Ministro Edson Fachin. Reclamante: Márcio Holcman. Reclamado: União. 2016.

Secretaria da Receita Federal do Brasil. **NOTA FISCAL ELETRÔNICA.** Disponível em <<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/sobreNFe.aspx?tipoConteudo=HaV+iXy7HdM=>> acesso em dezembro.

Secretaria da Receita Federal do Brasil. **SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL.** Disponível em < <http://sped.rfb.gov.br/> > acesso em dezembro.

Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Nota Executiva.** Disponível em < <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/fevereiro/arquivos-e-imagens/nota-executiva-sigilo-bancario.pdf> > acesso em janeiro.

ANEXO A - Sigilo Bancário e Sua Oponibilidade para o Fisco

ANEXO B - Nota Executiva

Assunto: Julgamento da constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 – acesso a dados bancários pelo fisco.

ANEXO C - Decisões do Conselho de Arrecadação de Recursos Federais - CARF