



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

**EXMO. SR. DR. JUÍZ FEDERAL DA __ VARA DA SUBSEÇÃO
JUDICIÁRIA DE CAMPO GRANDE - MATO GROSSO DO SUL.**

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul, através de seu Presidente Dr. Fábio Trad, brasileiro, casado, advogado inscrito na OAB/MS sob o n.º 5538, domiciliado na Av. Mato Grosso, 4.700, do bairro Carandá Bosque, em Campo Grande-MS, vem, com o costumeiro respeito, juntamente com os advogados que a esta subscrevem, devidamente qualificados e nominados no instrumento de procuração em anexo, representando todos os advogados e sociedades de advogados inscritos na Seccional da OAB de Mato Grosso do Sul, conforme lhe faculta o art. 44, II, da Lei Federal 8.906/94 ofertar

**MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, C/C
PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO LIMINAR DOS EFEITOS DA
TUTELA**

Av. Mato Grosso, 4.700. Carandá Bosque. Campo Grande - MS. fone: 3318-4700



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Em desfavor da Receita Federal do Brasil, com endereço na Av. Desembargador Leão Neto do Carmo, Jardim Veraneio, CEP 79037-901, em Campo Grande – MS, representada pelo Ilmo. Delegado da Receita Federal, com endereço idêntico ao da instituição que representa, o que faz em razão dos fatos e fundamentos jurídicos à seguir explicitados:

DO OBJETO DO PRESENTE WRIT

Conforme é de conhecimento público, a impetrada editou em 10 de janeiro de 2001, a Lei Complementar n.º 105. Referida legislação já conta com um número recorde de ADIN's no Supremo Tribunal Federal, todas demonstrando a impropriedade de construir uma legislação que afronte princípios considerados fundamentais pela Constituição Federal da República, bem como salientando a impropriedade de suprimir o sigilo bancário, corolário do direito fundamental à intimidade, em nome do combate da sonegação.

Infelizmente a União, que deveria ser a principal interessada no respeito e acatamento irrestrito da Ordem Constitucional, caminha em terreno movediço e arenoso, instituindo legislação absurda e francamente atentatória à Constituição. Pedimos a vênua para utilizar um chavão já bem conhecido do povo brasileiro, mas ... “nunca houve, na história deste país” um desrespeito tão deslavado ao texto da Lei Magna.

Nem nos obscuros períodos ditatoriais a Administração Pública demonstrou tamanho desrespeito ao povo que representa.

Entretanto, referida legislação até o momento tratava-se de “Lei em Tese”, pois ainda não havia a regulamentação necessária para torna-la uma lesão (ou ameaça de lesão) efetiva à direito líquido e certo. Como tal, a medida cabível para contraria-la seria a ação direta de inconstitucionalidade que, conforme já salientamos, foi proposta junto ao Supremo Tribunal Federal.

No dia 27 de dezembro de 2007, foi editada a Instrução



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Normativa RFB n.º 802, de lavra do Secretário da Receita Federal do Brasil, a qual transcrevemos, na íntegra, no intuito de facilitar a compreensão do presente pleito:

“Instrução Normativa RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB n.º 802 de 27.12.2007

D.O.U.: 28.12.2007

Dispõe sobre a prestação de informações de que trata o art. 5º da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001.

O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso da atribuição conferida pelo art. 224, inciso III, do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF n.º 95, de 30 de abril de 2007, e tendo em vista o disposto no art. 5º da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, e no art. 5º do Decreto n.º 4.489, de 28 de novembro de 2002, resolve:

Art. 1º As instituições financeiras, assim consideradas ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001, devem prestar informações semestrais, na forma e prazos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), relativas a cada modalidade de operação financeira de que trata o art. 3º do Decreto n.º 4.489, de 2002, em que o montante global movimentado em cada semestre seja superior 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).

§ 1º As operações financeiras de que tratam os incisos II, III e IV do art. 3º do Decreto n.º 4.489, de 2002, deverão ser consideradas de forma conjunta pelas instituições financeiras, para fins de aplicação dos limites de que tratam os incisos I e II do caput.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

§ 2º As informações sobre as operações financeiras de que trata o caput compreendem a identificação dos titulares das operações ou dos usuários dos serviços, pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), e os montantes globais mensalmente movimentados.

Art. 2º Na hipótese em que o montante global movimentado no semestre referente a uma modalidade de operação financeira seja superior aos limites de que tratam os incisos I e II do art. 1º, as instituições financeiras deverão prestar as informações relativas às demais modalidades de operações ou conjunto de operações daquele titular ou usuário de seus serviços, ainda que os respectivos montantes globais movimentados sejam inferiores aos limites estabelecidos.

Art. 3º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2008.

JORGE ANTONIO DEHER RACHID”

A Instrução Normativa acima transcrita inferiu, à Legislação na qual se fundamenta, e por seus próprios termos, os requisitos necessários para a caracterização de lesão a direito líquido e certo, conforme veremos a seguir, pois acresceu àquela Lei Complementar, os efeitos práticos que geram lesão a direito líquido e certo dos impetrantes afastando, com isto, a aplicação da Súmula 266 do STF ao caso em comento.

Por outro lado, a Lei Complementar n.º 105/2007 e a Instrução Normativa RFB n.º 802, de 27 de dezembro de 2007, desrespeitam visceralmente o direito líquido e certo garantido pelo art. 5.º, X, XII, XXXV, XXXVI, LIV, LV, LVI e LVII, da Constituição Federal da República.

Portanto, o objeto do presente *mandamus* cinge-se à declaração do afastamento do comando positivo, contido na Instrução Normativa RFB n.º 802/2007, pois fundamenta-se em legislação que fere frontalmente os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal da República, sendo indispensável a manutenção do remédio heróico,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

representado pelo Mandado de Segurança, para proteger o direito líquido e certo, que será demonstrado *oportune tempore*, dos advogados representados pela impetrante, contra a lesão positiva e incidente na relação entre as partes deste *Writ*, praticada através da Instrução Normativa RFB n.º 802/2007.

DA LEGITIMIDADE DO IMPETRANTE

O presente *writ* busca resguardar o direito da classe dos advogados do Mato Grosso do Sul em face das consequências lesivas geradas pela Legislação supra mencionada, contrapondo a ela o inquestionável, inderrogável e absoluto direito líquido e certo previsto em texto Constitucional. A legitimidade ativa da impetrante decorre diretamente de texto de lei, bem como, encontra amparo na própria Constituição Federal da República.

Diz o art. 44, inciso II, da Lei Federal 8.906/94, que:

“Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I- (...)

II- promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.”

Em complemento, ressalta o inciso LXX, do art. 5.º, da Constituição Federal da República que;

“Art. 5.º

LXX – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

a) - (...)

b) – organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Acerca da *legitimatío ad causam* da OAB em movimentar ação mandamental na defesa dos interesses dos advogados, os Tribunais vêm se posicionando de forma pacífica. Senão vejamos exemplificativamente:

“A OAB tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança contra portaria ofensiva a direito de seus associados, se a norma impugnada tem efeitos concretos” (RT 665/79, v.u., neste ponto).

“Legitimidade ativa ad causam das associações de classe, para defender interesses de seus filiados, depende mesmo de autorização, que não precisa estar expressa em lei, mas nos estatutos. A autorização deixou de ser legal, nos termos do art. 6º do CPC, tornando-se voluntária” (Ac. do TRF, 1ª R., na Apel. nº 89.01.09455-0-DF, rel. Juiz Plauto Ribeiro; COAD, 17/1990, nº 48.936, p. 265).

Aliás, é dispensável inclusive a autorização dos representados para a propositura do presente remédio processual:

“Associações. Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. A Constituição Federal (art. 5º, LXX, b), ao atribuir, às associações, o poder de impetrar



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses dos seus membros, criou caso de legitimação extraordinária que se enquadra no instituto da substituição processual, porquanto, age (a associação), em nome próprio por direito de terceiros, estando legitimada a postular em Juízo o direito de que não é titular, por determinação da Carta Política. A entidade associativa que impetra segurança coletiva não se coloca, no processo, como mandatária dos respectivos associados, razão porque torna-se desnecessária a prévia autorização de seus membros" (Ac. unân. da 1ª Seção do STJ, de 05.12.95, em MS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo; LEX 83, JSTJ e TRF)

E, para que não subsistam quaisquer dúvidas acerca da legitimidade da OAB na representação dos interesses difusos dos advogados, destacamos as previsões que vêm expressas nos arts. 54 e 57, da Lei Federal 8.906/94.

"Art. 54. Compete ao Conselho Federal;

(...)

II – representar em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados;

(...)

XIV – ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei;

(...)"



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

“Art. 57. O Conselho Seccional exerce e observa, no respectivo território, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial, e as normas gerais estabelecidas nesta lei, no Regulamento Geral, no Código de Ética e Disciplina e nos Provimentos;”

Sob outra ótica, a medida coletiva justifica-se plenamente. Primeiramente, porque a ilegalidade lesionadora de direito líquido e certo tem natureza “pulverizada”, pois dilui-se em um número, senão total, quase pleno de contribuintes. Além disto, e em uma segunda ótica, é de se ver que, pelo valor monetário semestral das movimentações em conta, previsto na IN RFB 802/2007, a propositura da presente ação coletiva evitará a propositura de inúmeras ações particulares discutindo os mesmos fatos e sob os mesmos fundamentos, o que ocasionaria uma majoração desnecessária ao trabalho, já assoberbado, do Poder Judiciário.

DO CABIMENTO DA MEDIDA

É pacífico na Jurisprudência que não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese, sendo que tal restrição já foi inclusive sumulada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

“Súmula 266 do STF – Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”

Referida interpretação se fundamenta na preocupação de evitar a substituição dos remédios processuais próprios para discutir a regularidade e aplicabilidade da lei (ou do ato legiferante) geral e abstrato, pela proteção, contra lesão iminente, que fundamenta a utilização do remédio heróico.

Entretanto, na situação aqui discutida, não se busca



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

meramente a discussão geral e abstrata, meramente doutrinária, acerca da legislação complementar. Existe a efetividade do risco de dano, bem como existe a lesão e a ameaça ao direito líquido e certo, representada pela Instrução Normativa combatida que, a despeito de se tratar de ato legiferante, causa ofensa direta ao direito líquido e certo daqueles que se vêm representados neste *writ*.

É de se ver que a Instrução Normativa possui operatividade direta e que, não necessitando de qualquer outro ato administrativo para consumar a ofensa ao direito constitucional aqui revelado com liquidez e certeza. Para atestar tais alegações, vejamos o posicionamento do Egrégio STF acerca do tema:

“Se o decreto consubstancia ato administrativo, assim de efeitos concretos, cabe contra ele o mandado de segurança. Todavia, se o decreto tem efeito normativo, genérico, por isso mesmo sem operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo, então, contra ele, não cabe mandado de segurança, já que, admiti-lo, seria admitir a segurança contra lei em tese, o que é repellido pela doutrina e ela jurisprudência (Súmula 266)” (STF – Pleno: RTJ 133/1. 126).

A situação disposta neste *mandamus* é clara e irretorquível. A Instrução Normativa gera dano efetivo e imediato a direito líquido e certo daqueles representados pela impetrante. Entretanto, já disposto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, vejamos o que ensina o Egrégio Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

“O ato administrativo geral, abstrato e impessoal não enseja mandado de segurança. Equipara-se, porque espécie, a lei em tese. Cumpra ser concreto, incidente



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

em relação jurídica determinada. Só assim resta configurado dano ou perigo a direito público subjetivo. Impõem-se, pelo menos, probabilidade de prejuízo. Não basta a mera possibilidade” (STJ – 1.ª Seção, MS 551-DF, rel. Ministro Vicente Cernicchiaro, j. 11.12.90, não conheceram, v.u., DJU 4.3.91, p. 1.958)

A interpretação dos posicionamentos é óbvia. É que o remédio constitucional destina-se a tutelar “lesão” ou “ameaça de lesão” ao direito dos impetrantes. Portanto, a inteligência da Súmula 266, deve ser compreendida como uma limitação do que seria “ameaça de lesão”, delimitando que a mera possibilidade de sofrer lesão não autoriza a manutenção do *writ*, mas unicamente a probabilidade concreta. Entretanto, tal discussão é inócua nesta situação, pois o prejuízo ocasionado pela instrução normativa trata-se de fato consumado, portanto, gera lesão efetiva, não mera ameaça.

Ora, a operatividade da instrução normativa é imediata. As exigências inconstitucionais e violadoras dos direitos fundamentais não dependem de qualquer outra medida administrativa para acontecerem.

DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Dizem todos os tratadistas, em coro uníssono com a Jurisprudência e com a própria Lei, que só é cabível a concessão ou o manejo do remédio heróico, nos casos em que exista, lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo do impetrante. A Ação Mandamental visa socorrer situações onde, diante da certeza da existência do direito (aqui entendido sob o prisma subjetivo), e da convicção firme da prática de ato atentatório em seu desfavor, o impetrante maneje o *writ* para fazer cessar urgentemente o ato arbitrário.

As Cortes Judiciárias têm fincado esteios delimitando a abrangência da medida extrema. Houve, após a edição da Lei 1.533/51,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

progressivamente, uma suavização do que pode ser entendido como direito líquido e certo. A princípio, diversos entendimentos diziam ser líquido e certo somente aquele direito que não admitia interpretação, bem como aquele que, por vir expressamente previsto não admitia discussões acerca da sua aplicabilidade imediata em função do fato controvertido. Tratava-se pois daquela modalidade de previsão legal que, ante a interpretação pacífica que lhe era concedida pelos Tribunais e pelos operadores do Direito, não admitia tergiversações ou discussões interpretativas acerca do significado, da amplitude e da incidência da vontade da norma sob a situação em comento.

Com o decorrer do tempo e o amadurecimento natural do instituto, firmou-se a convicção, inclusive escorada nas Côrtes Superiores, de que a liquidez e certeza do direito, apura-se e é percebida na análise da irrefutabilidade da prova apresentada com a inicial em contraposição à plausibilidade da tese defendida e a sua coerência com o ordenamento positivado.

Deixou-se, assim, de lado, a visão de que direito líquido e certo é somente aquele que não admite discussão, para delimitar-se a “liquidez e certeza” do direito nas situações em que a lesão ao direito puder ser, de plano e sem margens para dúvidas, demonstrada. Como se percebe, isto modificou o ângulo da análise da questão referente a “liquidez e certeza”, transferindo o foco da análise dos requisitos identificadores da “liquidez e certeza”, da pacificidade da norma, para a possibilidade e a existência da comprovação imediata do fato atentatório à norma.

Sob outro aspecto, isto não significa que é possível ou aceitável que se impetre mandado de segurança para conceder interpretação que a lei não permite ou ainda para defender tese jurídica que não encontre respaldo na norma positivada. É óbvio que para se demonstrar (*in initio lictis*) a lesão ao direito, existe a indispensável e inarredável necessidade de apontar qual seria o direito lesionado pelo ato. O que suavizou-se foi a análise subjetiva deste direito que, a princípio era inadmissível e que, posteriormente, passou a ser admitida para considerar como aptos à discussão na via do *mandamus*, inclusive aqueles direitos dos quais cabem divergências interpretativas.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Perceba-se, neste ponto, que “divergência interpretativa” não significa “fertilidade criativa”. Desta forma, não é lícito ao impetrante do *writ*, com o único intuito de utilizar-se do remédio heróico, discutir teses jurídicas inéditas ou baseadas muito mais na competência argumentativa de seu subscritor, do que em uma dúvida real e sincera acerca da interpretação da lei, de sua abrangência ou de qualquer de seus requisitos de subsunção ao fato. É indispensável que o direito pleiteado encontre-se em consonância com o ordenamento jurídico positivado e que, por via transversa, não se trate de “novidades” que buscam distorcer o sentido da Lei ou conferir-lhe extensão que não possua.

Entretanto, o que é pacífico hodiernamente, é que, para o manejo de ação mandamental é indispensável a existência de prova pré-constituída que confira ao Juízo a segurança necessária para a análise da questão posta em debate. O Juiz deve conhecer a Lei e, por isto, a liquidez e a certeza da matéria debatida deve centrar-se, primacialmente, quanto à certeza do fato, pois a certeza do direito é matéria de domínio da Jurisdição.

Não se imagine, todavia, que ao Juiz é facultado conceder ou afastar a aplicação do *writ* de forma aleatória. Ao contrário, deve existir a certeza do direito (além da certeza e liquidez analisadas em relação ao fato). Ocorre que, segundo a moderna concepção de 'liquidez e certeza', tal exigência refere-se a critérios de ordem processual e não material. É óbvio que para existir direito líquido e certo, além da demonstração imediata da efetividade da lesão ou da ameaça, o impetrante deverá demonstrar que sua pretensão escora-se na norma, pois do contrário, por mais que exista a lesão, esta não estará em confronto com o ordenamento, não se podendo considerá-la ilegal ou praticada com abuso de poder.

Perceba-se que a moderna interpretação dos limites e da definição de “direito líquido e certo”, contrariando uma primeira impressão, transferiu o prisma de análise do direito material debatido para a ótica processual. Nos parece acertada a interpretação modernamente conferida, pois sob o prisma da existência efetiva de direito certo, já existe a previsão de que o ato, praticado por autoridade, deve ser ilegal ou abusivo.

Assim, para se comprovar a existência de direito líquido



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

e certo, o impetrante deve, necessariamente, trazer acostadas na inicial todas as provas, de forma a conferir ao Juízo a certeza dos fatos, para que, diante desta convicção, possa o Magistrado auferir se aquele fato provado na inicial gerará lesão injusta, ilegal ou abusiva.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que este direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é o direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança. Evidentemente, o conceito de liquidez e certeza adotado pelo legislador do mandado de segurança não é o mesmo do legislador civil (CC, art. 1.533). É um conceito impróprio – e mal-expresso – alusivo a precisão e comprovação do direito quando deveria aludir a precisão e comprovação dos fatos e situações que ensejam o exercício desse direito.” (Mandado de Segurança – Hely Lopes Meirelles, editora Malheiros, 30.^a edição, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 38-9, São Paulo, abril de 2007).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem pacificado o entendimento de que a análise do requisito de liquidez e certeza do direito debatido, deve se dar sob o prisma processualístico, vinculando a existência deste requisito na demonstração probatória inequívoca e imediata, na petição inicial, da lesividade ou do fundado temor da lesão.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

“Direito líquido e certo é o que resulta de fato certo, e fato certo é aquele capaz de ser comprovado de plano (RSTJ 4/1.427, 27/140, 147/386), por documento inequívoco (RTJ 83/130, 83/855, RSTJ 27/169, 55/325, 129/72), e independentemente de exame técnico (RTFR 160/329). É necessário que o pedido seja apoiado 'em fatos incontroversos, e não em fatos complexos, que reclamam produção e cotejo de provas' (RTJ 124/948; no mesmo sentido: RSTJ 154/150; STJ-RT 676/187)”. (Theotônio Negrão – Código de Processo Civil, 39.^a edição; Todas as referências extraídas da nota 26 ao art. 1.º da Lei 1.533/51).

Na situação destes autos, a comprovação dos fatos geradores da lesão ao direito líquido e certo vem exaustivamente realizada nos termos da Instrução Normativa RFB n.º 802/2007, que determina às Instituições Financeiras que prestem informações de todos os seus correntistas para o Fisco Federal.

A citada Instrução prevê o repasse das informações protegidas pelo sigilo bancário quando o montante semestral movimentado seja superior à R\$ 5.000,00 (Cinco Mil Reais) para pessoas Físicas e R\$ 10.000,00 (Dez Mil Reais) para pessoas jurídicas. Ou seja, prevê o repasse de informações, inclusive daqueles que estão dentro da margem de isenção tributária e que movimentam mais de R\$ 5.000,00 reais por semestre.

Não é preciso muito esforço para perceber a flagrante inconstitucionalidade da medida e, mais do que isto, da sua absoluta inadequação com o ordenamento jurídico positivado e com as as garantias fundamentais, que são cláusulas pétreas da constituição federal. Ora, o art. 5.º, incisos X e XII da Carta Magna prevêem expressamente que: ...



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” ... e que ... “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Da análise dos dispositivos constitucionais, não há espaço para dúvidas, a única interpretação razoável é a de que o resguardo à intimidade e a vida privada são garantias que devem ser analisadas sob o aspecto restritivo, pois não há, no texto constitucional, brechas ou aberturas para sustentar exceções, máxime a pretendida no ato administrativo combatido que além de ilegal e inconstitucional, é descabida de fundamento lógico-razoável que a sustente. Portanto, não há razoabilidade e nem lógica na sustentação de que tais direitos admitem a relativização pretendida para “adequar” a garantia constitucional ao ato combatido.

Ademais, os direitos e garantias individuais fundamentais tratam-se de normas de aplicação plena e imediata, constituindo-se, por isto mesmo, em direitos líquidos, certos e, mais do que isto, absolutos, pois das previsões ali expressas não há possibilidade de tergiversação ou de interpretação não autorizada pela própria norma constitucional. Aliás, tais direitos não podem ser derrocados ou desconstituídos nem mesmo por emendas constitucionais, pois na inteligência normativa constitucional, são absolutamente indispensáveis para a manutenção do Estado Democrático de Direito, conforme a previsão expressa no parágrafo 1.º, art. 5.º, da Constituição Federal da República.

A indevassabilidade da vida privada vela pela segurança daquela esfera de privacidade indissociável para o saudável convívio social. Trata-se da intimidade do cidadão que deve ser (e, é) resguardada pelo ordenamento. Trata-se de requisito mínimo de respeito do Estado frente ao particular.

Data máxima Vênia, a instrução normativa apontada



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

como ato coator, caminha a largos passos na direção da sociedade apocalíptica preconizada por George Orwell, no romance 1984, onde o Super- Estado, apelidado ali de “Big Brother” (Grande Irmão), inflado pelos seus interesses particulares (ou, como se antevê daquela obra fictícia, pelo interesse particular de seus representantes), cerceia total e plenamente as liberdades do cidadão, alcançando ápice de suprimir o direito à individualidade do ser humano.

Acerca dos postulados referentes à intimidade e da vida privada, garantidos como direito fundamental e inderrogável do cidadão, assim já se manifestaram os ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido ante a Petição n.º 577-5 – DF:

Sr. Min. Carlos Velloso - “*Senhor Presidente, permito-me, com licença de V. Exa., voltar ao tema. Em primeiro lugar, para dizer que tenho o sigilo bancário como espécie de direito à privacidade, que é inerente à personalidade das pessoas, já que não é possível que a vida destas pudesse ser exposta a terceiros.*”

Sr. Min. Celso de Mello - “*A tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão que se projete – uma das expressões mais significativas em que pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca exigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do Estado – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais.*”



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Alguns, mais afoitos, poderiam alegar que tais direitos não possuem um caráter absoluto, podendo ser relativizados quando analisados em confronto com outros interesses públicos fundamentais. Todavia, esta alegação seria própria dos apressados, pois mesmo nas situações onde a contraposição destes direitos fundamentais recomendasse sua suavização para dar validade a outros direitos, também fundamentais, a análise deveria se dar em situações específicas e caso a caso.

Não é presumindo que todos os contribuintes sonegam impostos que se abrande ou refreie o direito fundamental à intimidade e a vida privada. Até porque, neste caso, fere-se também o princípio do estado de inocência.

Parece-nos óbvio que a relativização das normas fundamentais só poderá se dar através da ótica do Poder Judiciário, pois é ele o órgão competente para sopesar a delimitação e a abrangência das garantias constitucionais, pois é, por natureza, imparcial e independente.

Desta forma, é de se ver que, se a Receita Federal entende indispensável a abertura da movimentação financeira de determinado cidadão para o inquérito ou investigação fiscal, deve, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, socorrer-se do Poder Judiciário para que, atendidas as exigências do devido processo legal e do contraditório, o magistrado possa autorizar, se a situação recomendar, a quebra do sigilo.

A situação criada pela Instrução Normativa é tão surreal e Kafkaniana que seria comparável a nomeação do cavalo de César para o cargo de Senador de Roma.

Aliás, não nos é lícito esquecer que a Receita Federal não pode, nem deve, ser a emissora deste tipo de determinação, pois a quebra de sigilo bancário só pode ser deferida validamente pelo Poder Judiciário. É que falta à Receita Federal isenção, pois trata-se de Órgão parcial que existe – exatamente - para arrecadar os impostos.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

O Gênio incomparável do catedrático Ives Gandra Martins leciona que:

“É, neste particular, que me parece absolutamente correta a postura do legislador e da jurisprudência em preservar o sigilo bancário do arbítrio e admitir a sua quebra sempre que houver autorização judicial. A autorização judicial que exterioriza o exame imparcial da licitude do pedido, so deve ocorrer na hipótese em que o interesse público assim esteja exigindo e de que o sigilo esteja acobertando casos de sonegação evidente e não de mero palpíte por parte da fiscalização. Não pode o Poder Judiciário hospedar uma 'fishing exploration' que, comumente, os agentes fiscais promovem na tentativa de conseguir apurar faltas de recolhimento tributário, sem dados mais precisos”

(Martins, Ives Gandra da Silva. In artigo intitulado “Sigilo Bancário”, Revista Dialética do Direito Tributário, n.º 1, de outubro de 1995, Ed. Dialética. São Paulo - SP)

E, neste ponto, façamos uma breve pausa na questão meramente jurídica para analisarmos a irracionalidade lógica da Instrução Normativa. Perceba-se que referida norma prevê que as pessoas físicas que movimentem até R\$ 5.000,00, por semestre, deverão ter seu sigilo bancário devassado.

Ora, qual seria o interesse fiscalizatório em devassar a garantia constitucional da intimidade de quem movimenta R\$ 10.000,00 ao



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

ano, sendo, portanto, isento de pagamento de imposto ?

Além disto, a simples verificação de movimentação financeira é dado absolutamente impróprio para a averiguação de fato gerador de IRF, bem como é informação inútil para a averiguação de seu montante. Ora, é nítido que movimentação financeira é algo absolutamente distinto do fato gerador do Imposto de Renda (auferimento de renda). Perceba-se que renda engloba a idéia de acréscimo, portanto, somente se afere mediante a contraposição de receitas (positivas) e despesas (negativas).

Ademais, pelo parco conhecimento que nos é dado, desconhecemos qualquer espécie de vedação legal que impeça alguém de movimentar em sua conta, valores de terceiros. E, precisamente neste ponto, o prejuízo se agiganta, ainda mais, para a classe dos advogados, pois é de conhecimento comum que, na mais variada das vezes, o advogado recebe valores dos clientes em sua conta pessoal para depois repassá-los.

A Jurisprudência vem, de longa data, afastando a possibilidade de apurar a renda, para os fins de tributação, com base em movimentações bancárias. Neste sentido, o extinto Tribunal Federal de Recursos, emitiu a Súmula 182 que, por seu conteúdo esclarecedor, pedimos vênua para transcrever:

“Súmula 182 – É ilegítimo o lançamento de Imposto de Renda arbitrado com base apenas em extratos bancários”.

Outra não é a opinião do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda:

“...não basta a simples presunção legal de que os depósitos constituem renda tributável, é imprescindível que seja comprovada a utilização de valores depositados como renda consumida,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

evidenciando sinais extriores de riqueza, visto que, por si só, os depósitos bancários não constituem fato gerador de imposto de renda pois não caracterizam disponibilidade econômica de rendas e proventos.” (Conselho de Contribuintes. 2.^a Camara. Recurso Voluntário n.º 134847. Processo 10660.004988/2002-36. Sessão dia 28.1.2004. Relator Nauray Fragoso Tanaka. Acórdão 102-46231).

Cabe, neste momento, um parêntesis. Destacamos que a OAB/MS não visa, com a presente medida, proteger aqueles que desrespeitam a legislação tributária, mas, no exercício de sua função democrática, a OAB/MS visa evitar que contribuintes sejam tratados como sonegadores em decorrência de presunções malsãs e contrárias à Ordem Constitucional, que confundem as funções da Receita Federal concedendo-lhe poderes inerentes à Gestapo Alemã ou à KGB Russa.

Entretanto, é bom que se ressalte que, dado o caráter geral da determinação, a malsinada instrução normativa desrespeita frontalmente o princípio do estado de inocência. É que ao determinar a remessa das informações bancárias de todos os correntistas, parte da premissa de que todos são potenciais sonegadores. Não há como se defender que o ato não presuma estado de culpa, pois se não presumisse culpa e se não admitisse a potencialidade de sonegação do cidadão, não haveria qualquer interesse público na quebra do sigilo, pois se a intenção da medida não é apurar a sonegação, seria apenas uma “curiosidade mórbida” da Receita Federal. Um verdadeiro *reality show* bancário.

Quanto a medida aqui contestada, existe inclusive posicionamento expresso do Plenário do E. Supremo Tribunal Federal:

“Ementa
INQUÉRITO – DILIGÊNCIA –
EXTENSÃO.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

O deferimento de diligência requerida pelo Ministério Público há de fazer-se em sintonia com as balizas subjetivas e objetivas da investigação em curso, descabendo como providências que extravasam o campo da razoabilidade, como, por exemplo, a quebra do sigilo bancário generalizada”.

(STF. AG. REG. NO INQUÉRITO Inq-AgR 2206/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 10.11.2006, Tribunal Pleno, DJU de 2.2.2007, p. 73).

Além de todas estas razões, devemos ressaltar que a Instrução Normativa, aqui combatida, é incompatível com a própria Lei Complementar n.º 105/2001, na qual busca alicerces para se sustentar.

A princípio destacamos que a Lei 105/2001 trata-se de mais uma anomalia jurídica, das já abundantes, criada por discursos populistas, para “adequar”, à golpes de martelo, a Constituição Federal da República aos interesses administrativos da União.

Ora, somente ao Poder Judiciário cabe a análise e decisão acerca da quebra de sigilo bancário, pois é somente ele que possui equidistância para a análise das questões concernentes a relativização dos direitos e garantias fundamentais. Diante disto, parece-nos óbvio que a supressão do direito do cidadão em ter qualquer questão analisada sob o prisma da imparcialidade do órgão responsável pelo exercício da Jurisdição, é o mesmo que dar o poder de julgar a aquele que acusa. É ingenuidade imaginar que, a Receita Federal, interessada direta no assunto, agirá com isenção de ânimo na análise de questões que lhe são correlatas.

Trata-se da mais elementar interpretação da inafastabilidade da Jurisdição e do princípio do Juiz Natural.

Todavia, mesmo que partíssemos da premissa de que a



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Lei complementar 105/2001 fosse compatível com o ordenamento jurídico vigente, (e, obviamente, não é), ainda assim, seria de se ressaltar que a Instrução Normativa n.º 802/2007, contraria e extrapola as limitações impostas naquela Lei. Senão vejamos:

Assevera o art. 6.º da LC 105/2001:

“ Art. 6.º 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” (Grifamos).

Ou seja, mesmo sendo inconstitucional, a legislação na qual se funda o agir administrativo, representado pela IN RFB 802/2007, colocou dois elementos condicionantes para violação do sigilo fiscal por parte da Administração Tributária, são eles:

a – A existência prévia de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso; e

b – A indispensabilidade da quebra de sigilo, considerada *in espécie*, pela autoridade administrativa.

A Instrução normativa combatida, contrariando estas limitações, determinou a devassa generalizada do sigilo bancário de todos os contribuintes, independentemente de procedimento fiscal prévio, e, relegando ao



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

limbo o sopesamento da importância destas informações para ação fiscal.

Pela previsão constitucional do princípio da legalidade (Art. 150, III), o ato aqui combatido não pode subsistir, nem seus efeitos podem se operar, pois extrapola o dispositivo legal em que se fundamenta.

O Poder de Regulamentação, conferido à Administração Pública, não pode ser realizado em substituição à Lei. Ao contrário, esta atrelado a ela, pois verifica-se na formulação de normas secundárias, de caráter meramente elucidativos e explicativos da legislação em que se fundamenta. Trata-se de Poder *praeter legem* que não pode ser transmutado em poder *contra legem*.

Desta forma, mesmo que admitíssemos, por absurdo e surreal que seja, possível a violação ao sigilo bancário por ato administrativo, sem intervenção do Poder Judiciário, conforme previsto na malfadada LC 105/2001, ainda nesta hipótese a Instrução normativa excede e contraria as limitações da lei em que se fundamenta e, desta forma, fere indisfarçavelmente o princípio da legalidade.

DA ANTECIPAÇÃO LIMINAR DOS EFEITOS DA TUTELA

Com as alterações introduzidas no Código de Processo Civil pela Lei 8.952/94, foi instituída no direito adjetivo a possibilidade da antecipação da tutela pelo Magistrado, desde que observados seus requisitos, quais sejam, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Somadas a estas exigências, há que se demonstrar o *fumus boni iuris*, o *periculum in mora* e, por fim, a reversibilidade do provimento antecipatório.

Passemos pois a analisar cada um destes requisitos:

Da Verossimilhança da Alegação e do *Fumus Boni Iuris*.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

É óbvio que a verossimilhança da alegação deve ser analisada no cotejo de toda a matéria trazida no *Writ*. Entretanto, só para pontuar a questão, devemos destacar que a Instrução Normativa combatida trata-se de uma gravíssima violação a preceitos de índole constitucional e com *status* de cláusulas pétreas, pois considerados fundamentais. Além disto, não fosse suficiente a afronta a norma constitucional, o ato administrativo atacado carece de fundamentação legislativa autorizadora para subsistir, pois mesmo a Lei na qual se fundamenta (de índole flagrantemente inconstitucional), não permite a extensão adotada. Diante disto, bem como da análise pormenorizada de tudo o que vem tratado neste *writ*, está plenamente demonstrada a verossimilhança da alegação.

Do Fundado Receio de Dano Irreparável e do *Periculum in mora*.

O perigo da demora, por sua vez, fica nítido na medida em que, caso não seja deferida a medida de urgência, os contribuintes representados pela impetrante sofrerão danos efetivos aos direitos aqui defendidos. Danos estes que a sentença de mérito não será capaz de reparar, tornando-se, para esse fim, inútil, em violação ao art. 5.º, XXXV, da CF/88.

Ademais, é de se ressaltar que a Instrução Normativa impugnada determina a quebra do sigilo dos correntistas e, depois de consolidado o desrespeito ao direito constitucional defendido neste *mandamus*, o prejuízo já estará consumado, não havendo viabilidade de remediá-lo.

Da Reversibilidade do Provimento.

A Reversibilidade do provimento é também apelidada pela doutrina como “perigo na demora inverso” e trata-se da análise dos prejuízos que poderia sofrer a parte impetrada com a antecipação pretendida.

Não há prejuízo efetivo algum à impetrada com a



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

antecipação da medida pleiteada, pois caso este r. Juízo convença-se (*ad argumentandum tantum*), ao final, pela improcedência do *writ*, bastará determinar aos bancos que remetam ao fisco as informações das movimentações realizadas no período correlato ao que foi suspenso o efeito do ato administrativo aqui combatido.

Por outro lado, caso exista urgência, para fins de investigação, na quebra do sigilo bancário de determinado contribuinte, o fisco poderá socorrer-se das vias ordinárias comuns e pleitear ao Judiciário tal medida.

DO PEDIDO

Diante do exposto, requer:

a) – a concessão de medida liminar, *inaldita altera pars*, no intuito de suspender a eficácia e aplicação da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 802, de 27 de dezembro de 2007, para os advogados e sociedades de advogados inscritos na seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Mato Grosso do Sul, descritos nos documentos em anexo, determinando a suspensão do envio de informações protegidas pelo sigilo bancário à Receita Federal do Brasil quanto a estes.

b) – por conseqüência requer, seja oficiada a União Federal (Fazenda Nacional), através da Receita Federal do Brasil para que notifique a todas as instituições financeiras, assim consideradas ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2.º do art. 1.º da Lei Complementar n.º 105/2001, para que excluam das informações exigidas na Instrução Normativa RFB n.º 802/2007, aquelas relativas as movimentações financeiras dos advogados e sociedades de advogados, inscritos na OAB Seccional de Mato Grosso do Sul.

c) – a cientificação da impetrada para, querendo, apresentar informações no prazo legal;



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

d) – a intimação do Ilustre representante do Parquet Federal, para o exercício do múnus de *custus legis*, máxime por conta do interesse público representado pelos direitos e garantias fundamentais desrespeitados;

e) – Seja confirmada a liminar, julgando, *incidenter tantum*, inconstitucional a Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil n.º 802/2007, por infringência às garantias insculpidas no Texto da Lei Magna;

f) – Alternativamente, seja declarada ilegal a Instrução Normativa combatida, porquanto não observou as limitações impostas pelo Princípio da Legalidade, extrapolando os limites impostos pela Legislação que a sustenta;

Dá-se a causa o valor de R\$ 1.000,00 (Um Mil Reais) para os fins a que se destina.

Pede Deferimento

Campo Grande, 31 de janeiro de 2008

Dr. Fábio Trad
OAB/MS – 5538
Presidente da OAB/MS

Dartagnan Zanella Messias
OAB/MS – 8703
Assessor Jurídico OAB/MS