

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA- EDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RENATO RASERA

**A quebra do sigilo bancário pela Receita Federal sem autorização judicial:
perspectivas doutrinárias e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

RENATO RASERA

**A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL SEM
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**

**Monografia apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito Tributário como
requisito parcial para a obtenção do título
de especialista em Direito Tributário**

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2016**

RENATO RASERA

**A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL SEM
AUTORIZAÇÃO JUDICIAL**

**Monografia apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Direito Tributário como
requisito parcial para a obtenção do título
de especialista em Direito Tributário**

Brasília, 31 de agosto de 2016

Decido este trabalho à Patrícia, minha esposa, pelo apoio e incentivo e ao Lorenzinho, meu bebê que me faz sorrir.

RESUMO

O ponto central da pesquisa é a possibilidade de o Fisco acessar os dados bancários do contribuinte, requerendo, para tanto, informações junto às instituições financeiras sem que haja a necessidade de autorização judicial. A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Tal comando legislativo preconiza que: “As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”. Ocorre que a referida lei conflita, ao menos em tese, com os direitos à privacidade e intimidade assegurados nos incisos X e XII, do art. 5º da Constituição Federal. Diante desse conflito, há que se ponderar valores: de um lado o Estado buscando arrecada com a finalidade de conferir dignidade à população, por meio de políticas públicas, e do outro os contribuintes que não querem ter seus direitos individuais violados, sem que haja motivo relevante e autorização judicial para tanto. A pesquisa analisa os marcos legais centrais, considerando as liberdades a serem observadas em uma democracia. Também é feito estudo sobre a harmonização de valores que podem ser antagônicos. Por fim, verifica-se qual a posição do Supremo Tribunal Federal e se essa posição confirma os pontos abordados nos capítulos anteriores. Palavras-chave: sigilo, bancário, intimidade, privacidade, dados.

ABSTRACT

The central point of this paper is the possibility of Revenue to access bank data of the taxpayer through information obtained from financial institutions without judicial authorization. Supplementary Law No. 105 from January 10, 2001 institutes the confidentiality of financial institutions' operations and other measures and says that: "authorities and tax agents from the Union, States, Federal District and Municipalities can only inspect documents, books and files from financial institutions, including the ones referring to deposit accounts and financial investments, when there is administrative proceeding or tax proceeding and such inspection is considered indispensable by the competent administrative authority". The fact is that the mentioned law conflicts, at least in theory, with the rights to privacy and intimacy guaranteed by item X and XII from article 5 of the Federal Constitution. Given this conflict, it is necessary to consider values: in one hand, there is the State seeking to raise money in order to give dignity to the population, through public policies, and on the other hand, there are the taxpayers who do not want to have their individual rights violated without relevant reason and judicial authorization to do so. The research analyzes the key legal frameworks, considering the freedoms observed in a democracy. Also, there is a study on the harmonization of values that can be antagonists. Finally, the position of the Federal Supreme Court on the theme is verified as well as if this position confirms the questions addressed on previous chapters. Key words: bank secrecy, intimacy, privacy, data.

Sumário

Introdução	7
1.Democracia e liberdade	10
2.O Direito à intimidade e à vida privada	17
3.Lei Complementar nº 105/2001 e a quebra do sigilo bancário.....	26
4.Sigilo bancário x Função do tributo: a necessária ponderação de interesses.....	31
5.STF e a palavra final.....	40
Conclusão.....	47
Referências Bibliográficas.....	49

Introdução

O país atravessa momento de grande agitação e inquietude. Intensifica-se, no Brasil, acirrada discussão acerca da carga tributária que pesa sobre os contribuintes, diminuindo-lhes o patrimônio.

Pagar tributos é obrigação compulsória, ou seja, o contribuinte não tem escolha. Por óbvio, parcela significativa da população se rebela contra tal obrigatoriedade e não recolhe devidamente os tributos.

O desejo de não ver seu patrimônio diminuído somado à insatisfação com a destinação do tributo tomado pelo Estado, em cotejo com a desconfiança de que agentes políticos, em conluio com empresários desviam tais recursos em grandes esquemas de corrupção, aumentam o fenômeno da sonegação.

Nessa esteira, o contribuinte já bastante contrariado e descontente, por vezes busca evitar pagamentos por meio de ações que disfarçam ou omitem fatos geradores que dão ensejo à cobrança dos tributos. Muitos contribuintes, com efeito, buscam escapar dos tentáculos do Fisco.

A Constituição Federal, por seu turno, assegura ao indivíduo o direito à privacidade e intimidade. Desta feita, não pode o Estado invadir arbitrariamente esfera particular. Esses direitos estão insculpidos nos incisos X e XII, do art. 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, para efetivar a cobrança dos tributos, o Fisco, toma medidas de monitoramento e de fiscalização. Para tanto, em inúmeras situações faz-se necessário o exame das informações bancárias do contribuinte, sob pena de alçar voo cego na tentativa de localizar os fatos geradores.

Nesse contexto, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Tal comando legislativo preconiza que: “ As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente”.

A partir dessa autorização legislativa surge grande impasse, no que diz respeito ao alcance da possibilidade de o Fisco acessar informações bancárias e a proteção ao sigilo das correspondências e à privacidade dos contribuintes, previstas constitucionalmente.

Problematiza-se, assim, a contradição entre direitos fundamentais individuais e um anseio coletivo traduzido nos objetivos constitucionais, os quais são núcleos fundamentais do ordenamento. Em outras palavras: o que deve prevalecer?

Com efeito, no primeiro capítulo trabalha-se o conceito de liberdade no contexto democrático. Como as liberdades se inserem na democracia? Quais os significados? Busca-se a resposta para tais questões.

Em seguida, no capítulo segundo, analisa-se, à luz da doutrina sobretudo, o alcance dos dispositivos que asseguram a privacidade e intimidade. Investiga-se, assim, o alcance dos referidos dispositivos.

Na sequência, no capítulo terceiro, examina-se a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que tange aos aspectos que de alguma forma entram em conflito com os direitos trabalhos no capítulo anterior.

Na medida em que surgem os conflitos, é necessário ponderar valores e buscar a harmonização de direitos conflitantes. Dessa feita, busca-se entendimento acerca de como compatibilizar a função do tributo e a quebra do sigilo bancário.

Por derradeiro, no quinto capítulo, analisa-se qual a posição do Supremo Tribunal Federal no que atine aos pontos controversos abordados nos capítulos anteriores, buscando entrelaçá-los.

Serão analisados neste trabalho os principais constitucionalistas e tributaristas do país. O alvo final é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a confirmar ou não os posicionamentos dos doutrinadores.

1. Democracia e liberdade

A expressão democracia, em conceito inicial, designava uma forma de governo, cujo exercício efetivo pertence a todos os cidadãos. Essa simples definição refere-se a sentido mais restrito da acepção do termo. Em sentido mais amplo, a expressão democracia faz alusão a um leque de valores.

Esses valores, percebidos de forma sincronizada, formam um regime democrático. Assim, para ilustrar o que se pretende afirmar, traz-se à baila a liberdade de ação, liberdade de pensamento, liberdade de ação, liberdade de reunião, liberdade de associação, liberdade de profissão, liberdade de locomoção, liberdade pessoal e outras tantas.

Importante ressaltar que o vocábulo sincronização não foi mencionado sem razão. Isso pois democracia não é um conceito estático. Ao contrário, ele é dinâmico. Essa dinamicidade consiste, dentre outros elementos, no exercício de combinação entre diferentes facetas dos direitos fundamentais.

Conforme a lição do constitucionalista José Afonso da Silva, não se trata de um valor-fim, mas em veículo para a consecução de valores essenciais, sem os quais o convívio em sociedade torna-se insuportável.¹

Nesse sentido, o movimento também não acontece apenas em determinado período histórico, mas ao longo da história. Trata-se de exercício de ocupação de espaços, de avanços e recuos. É um trabalho de lapidação que nunca está e nem estará pronto. Isso porque as sociedades sofrem constantes processos de mutação.

Assim, o que para determinados grupos se afigura como fundamental hoje, amanhã poderá deixar de sê-lo. O opressor do hodierno poderá ser considerado libertário no horizonte. Democracia não pode ser explicada ou definida por simples

¹ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág.128.

conceitos estanques; a convivência social ora aceita determinado gesto, ora o repudia.

A democracia, em verdade, não se assenta em consenso. O que muitos chamam de consenso nada mais é que atenuação das contradições. Na medida em que os interesses são múltiplos, as forças naturalmente se opõem. Não haverá harmonia plena. Haverá, sim, espaços de convergência, zonas de pequenos entendimentos, de conformação de interesses.

Com efeito, um sistema democrático procurará arrefecer efeitos colaterais malignos que possam derivar desses interesses conflitantes. É a busca por zonas de coincidências entre cores antagônicas.

Na democracia sempre haverá grupos de atores que sentir-se-ão prejudicados. Reclamar-se-á dos privilégios. Falar-se-á em benesses. Eclodir-se-ão revoltas. Far-se-ão conchavos.

Democracia é, pois, uma eterna tentativa. Um filme inacabado. Um roteiro que sempre poderá ser melhorado. Essa missão é guiada, conforme já se sugeriu por princípios e valores. Como o objetivo desse trabalho não é o aprofundamento em conceitos relativos à democracia, menciona-se um dos mais importantes, o qual exerce papel de alicerce no tema proposto: o princípio da liberdade.

Nesse caleidoscópio composto por desejos e interesses, talvez a liberdade seja sua alma. É o anseio por liberdade que move os indivíduos. Não se pretende fazer proselitismo ao liberalismo. A intenção não é esta. A liberdade em referência tem alcance mais amplo.

Quando se diz tratar-se a liberdade do anseio que sustenta a democracia, quer-se afirmar que os indivíduos querem sentir-se livres dentro desse sistema. Não se trata de liberdade irrestrita. Mas as restrições não podem inviabilizá-la.

Nessa linha disserta José Afonso², cuja pena expressa tal idéia, conforme a transcrição abaixo:

²Ibid. Pág 128

Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis. Aí se insere o papel do poder político: satisfazer pela edição de medidas adequadas o pluralismo social, contendo seu efeito dissolvente pela unidade de fundamento na ordem jurídica”.

Nesse contexto insere-se o dilema em análise, qual seja, a quebra do sigilo bancário. O ponto de equilíbrio entre o avanço do Estado sobre informação particular e o direito ao sigilo, inerente ao indivíduo. São claramente interesses antagônicos, que devem ser moldados para que um não se sobreponha demasiadamente ao outro.

Com efeito, no amplo catálogo das liberdades, tendo em vista o objeto dessa pesquisa, ganha relevo a liberdade pessoal relativa à inviolabilidade da intimidade. Antes de adentrar o ponto, é preciso contextualizá-lo no Direito Brasileiro

Em sua tradução ampla, a expressão democracia também passou a admitir, ao longo do tempo, significado universal ligado aos direitos inatos do homem, enquanto ser humano, independentemente de aspectos culturais, linguísticos, raciais, de credo etc.

Afirmou-se, nos parágrafos acima, que os indivíduos aspiram liberdade. Muito embora tais aspirações tenham contornos particulares, indubitavelmente há traços em comum entre seres humanos. Mais do que isso: há relação de interdependência tanto entre seres humanos, considerados individualmente, bem como entre os grupos, informais ou formais.

Desta feita, em 1948 criou-se, no bojo das Nações Unidas, documento fundamental para a construção de zona de entendimento entre indivíduos e povos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

De alguma relevância para o desenvolvimento dessa pesquisa é o seu art. XII que preconiza que “ Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra ou

reputação. Todo homem tem direito à proteção da lei contra tais interferências e ataques.”

Não obstante tenha sido feita em 1948, o documento ainda conserva ares utópicos. O desembargador Reis Friede pondera:

Se não no presente, pelo menos no futuro espera-se que os direitos humanos estejam verdadeiramente assegurados para todos os homens no planeta, independentemente de suas respectivas nacionalidades, o que corresponderia ao sonho do passado de se construir uma genuína aldeia global, onde a democracia, sem sua vertente ampla, passaria a se constituir em realidade afetiva para todos, encerrando a possibilidade de existência de regimes políticos ilegítimos, de índole, sobretudo, totalitária.³

Nessa mesma linha, qual seja, a que faz a leitura do direito pátrio dentro de uma lógica global, leciona Raul Machado Horta:

Alcançou-se a plenitude jurídica dos direitos individuais quando, rompendo as resistências da soberania estatal, formulou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, incorporando ao Direito Internacional os direitos anteriormente reconhecidos na Constituição do Estado.⁴

A Declaração, retomando as ideias de revolução francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e fraternidade.⁵

O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶ reforça:

“Os direitos-liberdades, graças ao reconhecimento, ganham proteção. São garantidos pela ordem jurídica, pelo Estado. Isto significa passarem a gozar de coercibilidade. Sim, porque uma vez reconhecidos cabe ao Estado restaurá-los coercivamente se violados.”

³ FRIEDE, Reis. Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Teoria Constitucional e Relações Internacionais. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013. Pág 90.

⁴ HORTA, Raul Machado. Direito Constitucional. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. Pág 183.

⁵ COMPARATO. Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág 238

⁶ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 33

Constitucionalismo e direitos fundamentais são signo da longínqua batalha pela limitação do poder do Estado e pela construção, no plano jurídico-formal, de sistemáticas que se exibam eficientes para garantir a liberdade dos indivíduos – em suas múltiplas facetas. Também instrumentos que proporcionem freios a opressões, com preservação da imprescindível órbita de intimidade de cada ser humano.

Um Estado somente poderá ser tido como constitucional se em seu documento maior estiver prevista a proteção aos direitos fundamentais. Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é preciso ressaltar, veio a lume no contexto do surgimento do Estado Liberal de Direito que, em verdade, constituiu a primeira fora de Estado de Direito.

O regime democrático é uma garantia geral da realização dos direitos humanos fundamentais. Vale dizer, portanto, que é na democracia que a liberdade encontra campo de expansão. É nela que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem vai se libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.⁷

A lição do professor José Afonso da Silva⁸ faz distinção entre liberdade interna e externa:

Esse é o outro campo de discussão muito orientada pelo idealismo e pela metafísica. Liberdade interna é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada liberdade do querer. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, entre fins contrários.

E preconiza:

Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Liberdade opõe-se ao autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém à autoridade legítima.

⁷ SILVA, José Afonso da. São Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Pág. 236

⁸ Ibid. Pág. 234.

Como típicos direitos de liberdade, os direitos fundamentais denominados de primeira dimensão acabam por representar, o fenômeno da constitucionalização dos direitos humanos. É o aparecimento do Estado moderno.⁹

São direitos de primeira dimensão aqueles surgidos com o Estado Liberal do século XVIII. Deriva da luta contra o absolutismo estatal. O Estado, até então, agia com força por vezes desmedida e com irresponsabilidade por seus atos.

Foi a primeira categoria de direitos humanos surgida, e que engloba, atualmente, os chamados direitos individuais e políticos. O núcleo é o indivíduo, o homem.

São direitos ungidos pelo primeiro vetor da revolução francesa, qual seja, a liberdade. Há uma noção de escudo que protege o indivíduo da atuação do Estado. Trabalha-se com a ideia do “ não fazer”, com liberdades negativas.

Na lição de André Ramos Tavares, neste primeiro conjunto de direitos encontram-se a proteção contra a privação arbitrária da liberdade, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade e segredo de correspondência.

E conclui:

Também pertencem à primeira dimensão liberdades de ordem econômica, como a liberdade de iniciativa, a liberdade de atividade econômica, a liberdade de eleição da profissão, a livre disposição sobre propriedade. Já as liberdades políticas referem-se à participação do indivíduo no processo de poder político. As mais importantes são as liberdades de associação, de reunião, de formação de partidos, de opinar, o direito de votar, o direito de controlar os atos estatais e, por fim, o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições. ”¹⁰

O Estado Constitucional protege a liberdade pessoal em razão da dignidade humana e não da economia de mercado – de toda forma, conforme sua idéia real. A economia está para as pessoas, não a pessoa para economia. O fato de a

⁹ CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág 196.

¹⁰ TAVARES, André Ramo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 502.

¹¹liberdade ser favorável à economia de mercado é consequência direta, não objetivo.

Conforme preleciona Kildare Gonçalves Carvalho¹²:

A liberdade, no sentido geral, consiste no estado de não estar sob o controle de outrem, de não sofrer restrições ou imposições, tendo aqui sentido negativo. É a ausência de oposição ou impedimentos externos, que muitas vezes tiram o poder de cada um de fazer o que quer: neste sentido, liberdade não se confunde com capacidade, e a falta de capacidade não limita a liberdade.

E prossegue:

A liberdade é inerente à pessoa humana, condição de individualidade do homem. A liberdade é a distância do outro, o espaço social para o indivíduo perseguir seus próprios fins, dar a si mesmo as regras e normas de sua ação. A liberdade, como núcleo dos direitos humanos fundamentais, não é apenas negativa, ou seja, liberdade de fazer o que a lei não proíbe nem obriga, mas liberdade positiva, que consiste na remoção dos impedimentos (econômicos, sociais e políticos) que possam obstruir a auto realização da personalidade humana, o que implica na obrigação, pelo Estado, de assegurar os direitos sociais através de prestações positivas com vistas a proporcionar as bases materiais para a efetivação daquele direito.

Antes de adentrar o ponto fulcral do trabalho, qual seja, a questão da proteção do sigilo bancário, levanta-se a problemática acerca se a quebra do sigilo favorece o mercado ou, em sentido opostos, representa intervenção desmedida por parte do Estado ocasionando prejuízo à eficiência do mercado.

É da História que o Estado, mais precisamente o Executivo seja inimigo das liberdades. Assim, absurdo seria que a ele se desse o poder de instituir delitos, bem como o de disciplinar direitos reconhecidos, por assim dizer, contra ele, por intermédio de regulamento.¹³

De toda forma, isso não obsta que se utilize, para fins doutrinários e pedagógicos, a expressão “direito à privacidade” em sentido amplo, de molde a

¹¹ KRIELL, Martin. **Introdução à Teoria do Estado. Os Fundamentos Históricos da Legitimidade do Estado Constitucional Democrático**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009. Pág. 242.

¹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pág. 608.

¹³ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág. 34

comportar toda e qualquer forma de manifestação da intimidade, privacidade e, até mesmo, da personalidade humana.

Assim, como ensina o professor André Ramos Tavares pelo direito à privacidade, apenas a titular compete a escolha de divulgar ou não seu conjunto de dados, informações e referências individuais.¹⁴

2. O Direito à intimidade e à vida privada

A Constituição Federal protege expressamente direito fundamental consistente na intimidade e privacidade.

Com efeito, o inciso X, do art. 5º da Constituição Federal dispõe que:

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 (grifo nosso).¹⁵

Há que se observar, preliminarmente, que o dispositivo protege a pessoa física. A pessoa jurídica encontrou guarida em dispositivo anterior, qual seja, no inciso V.

Se declaram invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Portanto, a Constituição Federal prestigiou, expressamente, esses valores humanos à condição de direitos individuais.

“Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Banco Central do Brasil. Operações financeiras. Sigilo. 1. A Lei Complementar nº 105, de 10/1/01, não conferiu ao Tribunal de Contas da União poderes para determinar a quebra do sigilo bancário de dados constantes do Banco Central do Brasil. O

¹⁴ TAVARES, André Ramo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág.675

¹⁵.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm.

legislador conferiu esses poderes ao Poder Judiciário (art. 3º), ao Poder Legislativo Federal (art. 4º), bem como às Comissões Parlamentares de Inquérito, após prévia aprovação do pedido pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito (§§ 1º e 2º do art. 4º). 2. Embora as atividades do TCU, por sua natureza, verificação de contas e até mesmo o julgamento das contas das pessoas enumeradas no artigo 71, II, da Constituição Federal, justifiquem a eventual quebra de sigilo, não houve essa determinação na lei específica que tratou do tema, não cabendo a interpretação extensiva, mormente porque há princípio constitucional que protege a intimidade e a vida privada, art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual está inserida a garantia ao sigilo bancário. 3. Ordem concedida para afastar as determinações do acórdão nº 72/96 - TCU - 2ª Câmara (fl. 31), bem como as penalidades impostas ao impetrante no Acórdão nº 54/97 - TCU – Plenário. ”¹⁶

Existe relação estreita entre a intimidade e a vida privada. Ainda que o constituinte tenha optado por expressar as noções em vocábulos diversos, elas são indissociáveis.

Alguns autores, como Uadi Lammego, chegam até mesmo a classifica-las como expressões sinônimas. Intimidade e privacidade são sinônimos e devem ser considerados valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranquilo, em paz, de estar só.¹⁷

Busca-se a proteção do que pode ser equiparado a um segredo da vida privada. Ainda não é o momento, mas inegavelmente o sigilo bancário, mormente em uma economia de mercado, afigura-se como algo residente na esfera íntima do indivíduo.

A afirmação acima se dá tanto no plano das aparências, como no do jogo econômico. O primeiro porque ter dinheiro, de acordo com o funcionamento do sistema capitalista, confere status positivo ao indivíduo. Assim, o segredo possibilita o blefe social.

O outro aspecto, mais importante ao que se pretende analisar, diz respeito ao jogo propriamente dito. Sigilo nas movimentações financeiras caminha alinhado com estratégias negociais, bastante importantes em tão acirradas disputas.

¹⁶ Ementa do MS 22.801, de relatoria do Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 14.03.2009.

¹⁷ BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

O sigilo dá a oportunidade de desenvolvimento ao indivíduo. O protege de perturbações e interferências externas. Ainda na lição do constitucionalista Uadi, encontram-se as seguintes definições para intimidade e privacidade:

Intimidade é o modo de ser do indivíduo, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto se refere mesmo ao indivíduo. Revela a esfera secreta da pessoa física, sua reserva de vida, mantendo forte ligação com a inviolabilidade de domicílio, com o sigilo de correspondência e com o segredo profissional.

Privacidade, numa acepção ampla, abarca as manifestações da esfera íntima da pessoa física, tais como o *modus vivendi*, as relações familiares e afetivas, seus hábitos, sua particularidade, seus pensamentos, seus segredos, seus planos futuros. Dissociada destes itens, a privacidade descaracteriza-se, porque deixa de configurar, em última análise, o direito de estar só.¹⁸

Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é o repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo.

Os conceitos, relacionados, conduzem ao oposto de vida exterior. Nessa seara a ideia é tornar público atos considerados particulares. Há que se notar que, ainda assim, é incomum a exibição do sigilo bancário.

Tudo que se relaciona à esfera íntima da pessoa, diz respeito a intimidade; o modo de se comportar nos mais diversos contextos mais reservados ou de total exclusão de terceiros.

Segundo André Ramos Tavares:

Tem sido utilizada a ideia de camadas para representar a diferença entre intimidade e a vida privada. Assim, a intimidade seria a camada ou esfera mais reservada, cujo acesso é de vedação total ou muito restrito, geralmente para familiares. Já a vida privada estará representada por uma camada protetiva menor, embora existente.

¹⁸ BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág 147.

Muitos podem ter acesso, mas isso não significado a possibilidade de divulgação irrestrita, massiva, ou a desnecessidade de autorização.

Ainda que hodiernamente seja bastante comum a exposição nas redes sociais, não se verificam postagens de extratos bancários. De um lado, os indivíduos publicam suas vidas sexuais – com selfies após atos sexuais, mas nunca o saldo bancário.

Mesmo questões materiais são escancaradas com a reserva do segredo bancário. É comum fotografias de viagens, carros, objetos, ou seja, símbolos da riqueza, mas os números que as proporcionam ficam como o mais íntimo dos segredos.

E não é só. Mesmo nas relações interpessoais, amigos contam seus atos mais escabrosos, de cunho familiar, sexual, profissional, dentre outros, mas não é comum a circulação de informações a respeito das contas bancárias.

Nesse sentido, insere-se a própria identidade sexual. Integra a liberdade sexual a faculdade de o indivíduo definir a sua orientação sexual, bem assim de externá-la por meio não só de seu comportamento, mas de sua aparência e biotipia.

Esse componente de liberdade reforça a proteção de outros bens de personalidade como o direito à identidade, o direito à imagem e, em grande escala, o direito ao corpo.¹⁹

Em outra definição, Pinto Ferreira²⁰ preconiza:

Intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo, em que este tem o poder legal de evitar o conhecimento por parte dos demais. Ou, ainda, o modo de ser da pessoa e tudo o que a ela se refira, cujo conhecimento pode ser excluído de qualquer outro homem.

Privacidade é o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob o seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem poder ser legalmente sujeito.

¹⁹CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Luiz Lênio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág 278

²⁰FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Pág 76.

O preceito retrata o “ princípio do respeito” a todo ser humano. Trata-se de uma projeção do princípio da dignidade da pessoa humana. Segunda ensina Alexandre Issa Kimura:

A veiculação e a exploração de fatos ou ofensas que revelem uma inadmissível ingerência na vida particular de qualquer pessoa deflagra a possibilidade de o ofendido obter do Poder Judiciário indenização por dano material e moral, além do direito de resposta. ²¹

Esses apontamentos e percepções são importantes, seja para a reflexão dos parâmetros relativos aos itens contidos no conceito de liberdade atual, seja para compreender porque a quebra do sigilo bancário gera tanta indignação na sociedade.

O direito geral à vida privada desafia uma compreensão muito mais ampla, assentada na própria ideia de autonomia privada e da noção do livre desenvolvimento da personalidade.

Conforme preceitua Alexandre de Moraes²² encontra-se em clara e ostensiva contradição com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, com o direito à honra, à intimidade e vida privada, converter em instrumento de diversão ou entretenimento assuntos de natureza tão íntima quanto falecimentos, padecimentos ou quaisquer desgraças alheias que não demonstrem nenhuma finalidade pública e caráter jornalístico em sua divulgação.

E conclui:

Assim, não existe nenhuma dúvida de que a divulgação de fotos, imagens ou notícias apelativas, injuriosas, desnecessárias para a informação objetiva e de interesse público, que acarretem injustificado dano à dignidade humana, autoriza a ocorrência de indenização por danos materiais e morais, além do respectivo direito à resposta.²³

²¹ KIMURA. Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. Pág. 408.

²² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pág 600.

²³ *Ibid.* Pág. 600.

José Afonso da Silva toma a privacidade como um conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que circunstâncias.

A esfera de inviolabilidade assim é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações afetivas em geral, fatos hábitos, local, nome imagem, pensamentos e planos futuros do indivíduo.

A tutela constitucional visa a proteger as pessoas dos dois atentados particulares: ao segredo da vida privada e à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros.²⁴

A vida moderna, pela utilização de sofisticada tecnologia (teleobjetivas, aparelhos de escuta), tem acarretado enorme vulnerabilidade à privacidade das pessoas.

Se é verdade que se pode caminhar livremente, os passos se dão sob o olhar das câmaras. Daí a importância e relevância do dispositivo em apreço, conquanto o direito de estar só e à própria imagem, às vezes tão impiedosamente exposta pelos meios de comunicação de massa.²⁵

A honra, por seu turno, também é protegida no dispositivo. Trata-se, outrossim, de bem imaterial. Algo próximo da dignidade do homem. O apreço de que dispõe o indivíduo na sociedade.

Aqui, embora haja relação com privacidade e intimidade, fala-se da fama, da boa-reputação do sujeito com seus pares. É por meio da boa fama que o indivíduo consegue bom trânsito em círculos de pessoas.

²⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág.100

²⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Pág 600.

A honra, portanto, é o sentimento de temor do demérito em face da opinião pública. Em concepção mais objetiva é o que a sociedade pensa do indivíduo. Em acepção subjetiva é o receio do indivíduo em relação a tal opinião.²⁶

A honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom-nome, a reputação.

Conceitua-se direito à honra aquele que tem toda pessoa a ser respeitada perante si mesma e perante os outros. Toda nova informação sobre pessoa importa uma alteração sobre seu espaço de intimidade. Assim, as atividades que levassem à modificação do conceito social de alguém estariam violando sua intimidade porquanto não consentida.

Sob o direito à honra dá-se mais do que simples manipulação de um determinado dado pessoal, pois se acrescenta a intenção dirigida à sua depreciação, à sua desvalorização.²⁷

O valor à honra alcança tanto o valor moral íntimo do homem como a estima dos outros, a consideração social, o bom nome, a boa fama, enfim, o sentimento ou consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.

Conforme afirma Kildare Gonçalves Carvalho envolve a honra subjetiva e objetiva, a primeira tendo por núcleo o sentimento de autoestima do indivíduo, o sentimento que possui acerca de si mesmo, e a honra objetiva significando o conceito social que o indivíduo possui.²⁸

Ives Gandra, objetivamente, afirma que o inciso em referência assegura a privacidade e pune sua violação. Mas crítica a sua relativização por parte do Poder

²⁶ BULOS, Uadi Lamêgo. **Constituição Federal Anotada**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁷ CANOTILHO, JJ Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Luiz Lênio. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág 284.

²⁸ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 13 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Judiciário. Segundo ele, a relativização, coma convivência do Poder Judiciário, tem trazido maior insegurança jurídica que na época do regime de exceção.²⁹

O outro dispositivo constitucional que versa sobre o tema central desta pesquisa é o inciso XII, art. 5º da Constituição Federal, cuja transcrição segue abaixo:

XII - 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.³⁰ (grifo nosso).

Também no tocante à inviolabilidade assegurada pelo presente inciso e das exceções nele referidas, o texto constitucional estabelece outros limites, sendo de mencionar-se, aqueles os constantes do art.136, I, b e c, além do existente no art. 139, III. Assim, na conformidade deles, o decreto que instituir o estado de defesa poderá determinar restrições aos direitos de sigilo de correspondência e sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, enquanto que na vigência do estado de sítio poderão ser tomadas contra as pessoas restrições relativas à inviolabilidade na correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.³¹

O dispositivo dispõe 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 leitura se depreende que a lei ou a decisão judicial poderão, excepcionalmente, estabelecer hipóteses de quebra das inviolabilidades da correspondência, das comunicações telegráficas e de dados, sempre com vistas ao interesse público.

²⁹GANDRA, Ives; REZEK, Francisco. **Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. Edição Comemorativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pág 76.

³⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

³¹ DANTAS, Ivo. **Constituição Federal**. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Renovar 1994. Pág 237

Não pode, com efeito, servir a prerrogativa de inviolabilidade como proteção à prática de condutas ilícitas. Não é esse o espírito do texto positivado.

Importante destacar que a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior.³²

O sigilo de dados está imbricado com o segredo das comunicações telefônicas. Esse fato é bastante positivo, na medida em que fortalece a proteção da intimidade. Serve para precaver a intromissão demasiada nos registros na companhia telefônica. Não é do interesse de terceiros detalhes das chamadas, como datas, números, horários e valores.

Assevera José Afonso da Silva:³³

O sigilo de dados desdobra-se em duas vertentes: o segredo bancário e o segredo fiscal, formas relativas de direito à privacidade, porque podem ser quebradas pela Justiça Criminal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e até por requisição do Ministério Público. Essa última hipótese não é pacífica.

Em princípio o sigilo bancário é intocável. Apenas situações excepcionais permitem a quebra. Assim, prossegue o constitucionalista:

É possível a sua quebra quando existam fundados elementos que revelem o cometimento de um crime, bem como o inadimplemento da obrigação principal, v.g., débitos financeiros, tributários etc.

São requisitos que permitem a sua quebra:

1º) autorização do juiz;

2º) determinação proveniente de Comissões Parlamentares de Inquérito, que possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

3º) requisição do Ministério Público, algo que não encontra acolhida unânime entre doutrinadores e magistrados.³⁴

³² MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Pág 180.

³³ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

José Afonso da Silva pondera:

Entendemos que o sigilo de dados das comunicações não se refere necessariamente aos dados das comunicações telefônicas. Vale dizer, no nosso entendimento, mesmo que não houvesse referência ao sigilo de dados, entendemos que sigilo de dados se refere a cadastros em geral, inclusive os utilizados pela ciência da informática e dados dos cadastros bancários. ” Quer dizer, o sigilo bancário encontra aqui sua proteção constitucional.

3. Lei Complementar nº 105/2001 e a quebra do sigilo bancário

A Lei Complementar n^o 105 de 2001 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Conforme o raciocínio que se delineou nos capítulos anteriores, trata da regra, que é o sigilo.

Logo em seu artigo inaugural determina que as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. Ou seja, os bancos não divulgarão as informações bancários dos seus clientes.

Importante separar significados, a fim de que não haja quaisquer confusões no que tange às nomenclaturas. Esse sigilo a ser guardado pelas instituições financeiras é chamado de sigilo bancário. Ao passo que o sigilo fiscal diz respeito ao segredo (como regra) que o Fisco deve manter em relação as declarações dos seus clientes.

³⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág.160.

È no artigo 6º, com efeito, que reside o ponto mais questionado por advogados e doutrinadores. Eis a transcrição do referido dispositivo:

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.³⁵

Á autoridade, conforme se depreende do exame do dispositivo, não é conferida liberdade plena para o acesso aos dados bancários do contribuinte. Há a necessidade de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.

Conforme Kyioshi Harada³⁶:

A LC nº 105/2001, como se depreende de seu art. 6º, definiu a hipótese de quebra de sigilo bancário, circunscrevendo-a ao caso de existência de processo administrativo ou de procedimento fiscal instaurado contra o contribuinte, e a indispensabilidade do acesso às informações bancárias a juízo da autoridade administrativa competente.

Os comandos contidos na Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 são aplicáveis ao sigilo das transações de instituições de finanças. Essa norma inovou ao aceitar que a decretação de quebra de sigilo de dados das operações bancárias possa ser determinada por autoridades e agentes do Fisco da União, dos Estados e dos Municípios.

Evidente que além das referidas autoridades também pode o Poder Judiciário e as Comissões Parlamentares de Inquérito procederem ao acesso a tais informações.

Em primeiro raciocínio, é possível aferir que a quebra do sigilo bancário, com o escopo de provar em juízo, é medida que foge à regra, ou seja, é excepcional. Desta sorte, somente se justifica em razão de imperativo interesse público ou de estrita conveniência da Justiça. Com efeito, não é de bom alvitre o julgador lançar mão de tal expediente antes de esgotados outros meios de prova.

³⁵ Lei Complementar nº 105/2001. Sítio Planalto.

³⁶ HARADA, Kioshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Pág 542.

Conforme Alexandre Issa Kimura:³⁷

Os dados fiscais são elementos de informações da atividade tributária da União, do Estado, do Distrito Federal, e dos Municípios, relativas à situação econômica ou financeira de pessoa física ou jurídica.

O ângulo da comunicação de dados que mais relevância tem no cenário atual relaciona-se aos dados bancários e aos dados fiscais. Com efeito, dados bancários estão, em geral, a cargo de empresas privadas, salvo os casos de instituições financeiras estatais (estaduais ou federais), que, no entanto, são regidas pelos princípios da iniciativa privada, por terem os traços de sociedade de economia mista dedicada à exploração de Atividade econômica.

André Ramos Tavares³⁸ explica:

Na Lei Complementar nº 105/2001, em seu art. 6º concedeu-se, às autoridades e aos agentes fiscais tributários, a possibilidade de imiscuírem-se em dados financeiros, na hipótese de existir processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e, cumulativamente, ser esta medida indispensável.

Nessa ordem de ideias, o Estado não pode solicitar dados bancários sem que haja procedimento oficialmente aberto na repartição. Pode ser um processo administrativo ou fiscal.

Mas, além do procedimento, é fundamental que a solicitação esteja embasada por motivos que a justifiquem. É dizer: não basta a abertura protocolar de processo. Não é o número na repartição justificativa suficiente, é preciso que haja fundamentação.

Assim, deve haver contexto. A informação deve ser indispensável ao andamento ou ao deslinde do processo administrativo em curso. Se processo fiscal, deve ficar comprovado que a ausência dos dados bancários acaba por impedir a sequência fluida do procedimento.

Ainda assim, Roque Antônio Carraza³⁹ sempre discordou do comando:

³⁷ KIMURA, Alexandre Issa. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

³⁸ TAVARES, André Ramo. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Ora, a Lei Complementar 105, de 10.01.2001, a pretexto de – como consta da sua própria ementa – dispor sobre o sigilo das operações financeiras, paradoxalmente acabou por atentar contra as garantias constitucionais. Isso pode levar a situações embaraçosas, na medida em que informar a situação pessoal abala o natural relacionamento com seus clientes (fundado na confiança e no crédito), pois acarreta significativos reflexos, porque pode despertar a cobiça de terceiros com fins criminosos, a participação desleal de concorrentes em negócios, o irado procedimento de credores (perspectiva de bloqueio de valores) e da própria família.

O ilustre autor critica severamente a legislação e seus critérios:

Muito bem, à conta de evitar a fraude e a evasão fiscal, foi editada, a partir do projeto apresentado pelo Executivo Federal, a Lei Complementar 105/2001, que, grosso modo, permite que, em qualquer situação, o agente fiscal quebre o sigilo bancário do contribuinte que lhe suscitar suspeita. Basta intua – critério eminentemente subjetivo – a existência de alguma irregularidade (omissão de receita, aquisição de imóvel por valor inferior ao de mercado, gastos incompatíveis com os rendimentos declarados etc).

Ora não havia a necessidade de a Lei Complementar 105/2001 assim dispor. O Poder Judiciário tem-se, até hoje, mostrado sensível aos pedidos de quebra de sigilo bancário sempre que há fundada suspeita da ocorrência de ilícitos envolvendo dinheiros públicos. Ademais, o agente fiscal, sem embargo de sua nunca negada respeitabilidade e seu zelo pela coisa pública, não possui a imparcialidade do juiz, já que é parte.

Como é possível notar, o tributarista não aceita o argumento de que o agente fiscal seria uma figura desinteressada, imparcial em relação à informação obtida. Vittorio Cassone⁴⁰ lembra que:

A fiscalização poderá atuar inclusive junto às pessoas imunes ou isentas (além daquelas pessoas que podem ser consideradas como praticantes de operações de não-incidência tributária, descritas no art.197), uma vez que a autoridade administrativa tem não só o poder de fiscalizá-las, como também o dever funcional de assim proceder, a fim de verificar não só os requisitos comprobatórios da imunidade ou isenções como também se estão praticando alguma operação tributada, tal como a sujeita à retenção do IR na fonte e seu recolhimento, entre outras hipóteses.

³⁹ CARRAZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pág. 572.

⁴⁰ CASSONE, Vittorio. Direito tributário. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

Conforme já se asseverou, não há aleatoriedade na obtenção dos dados bancários. Há que se fazer procedimento oficial. Nesse sentido, Ricardo Alexandre⁴¹ destaca:

Conforme dispõe o art.196 do CTN, a autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

A atividade de fiscalização modifica o ambiente de funcionamento da empresa. Trata-se de um “ mal necessário” que não pode se eternizar. È por conta disso que a legislação de cada ente federado deverá prever o prazo máximo para conclusão das diligências, apesar de possibilidade de prorrogação.

Se de um lado o Fisco pode ter acesso às informações, de outro, como uma espécie de troca, deve guardar o sigilo dessas informações. Detalhe importante é que a solicitação ao acesso deve ser tida como exceção.

Nesse sentido, não se deve fazer dessa prática uma rotina. Não se trata de expediente para a colheita de indícios para que se proceda a novas investigações. Raciocínio é o contrário: é a partir de indícios que se quebra o sigilo e não partir da quebra que se recolhe indícios.

O indício vem antes. A justificativa é prévia. Não é arma de investigação. Não é instrumento para achar irregularidades aleatoriamente, mas sim para se apurar suspeitas previamente detectadas.

O lado reverso da obtenção da informação sigilosa é o dever de sobre ela guardar segredo por parte do servidor público. Nesse sentido, Luciano Amaro:⁴²

Há situações em que, exatamente em razão de “cargo, ofício, função, ministério atividade ou profissão”, algumas pessoas estão legalmente obrigadas a guardar segredo sobre certos fatos. No confronto entre o dever de sigilo e o dever de informar, o primeiro prevalece (Parágrafo único do art. 197).

Não há opção para essas pessoas entre manter sigilo e dar informação. Elas são obrigadas a manter segredo, o que significa que, nessa situação, o comando do art. 197 não se aplica.

A Fazenda Pública e seus servidores, sem prejuízo do disposto na legislação penal, estão, por sua vez, proibidos de divulgar informação, obtida em razão de ofício, sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e

⁴¹ ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquematizado.3 ed. São Paulo: Método, 2009.Pág. 515

⁴² AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20.ed. São Paulo: Saraiva,2014.Pág 511.

o estado dos seus negócios ou atividades (art.198, na redação dada pela LC nº 104/2001).

4. Sigilo bancário x Função do tributo: a necessária ponderação de interesses.

Os tributos não têm por desiderato a mera função arrecadatória. Eles possuem papel fundamental, qual seja, o de manter econômico-financeira do País e, ainda, fomentar entidades que atuam em cooperação com o Estado.

Nesse diapasão, se diz que um tributo tem função fiscal quando seu fim precípua é gerar receita aos cofres públicos. Doutro lado, se o objetivo principal do tributo não é arrecadatório, mas de intervenção, entende-se que ele possui função extrafiscal.

A reflexão, como sempre, deve passar pela Constituição Federal. É importante, com efeito, que se tenha como norte o conjunto de objetivos que a Carta Maior estabelece. Assim, o primeiro deles consiste em construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O segundo, por seu turno menciona o desenvolvimento nacional. O terceiro vislumbra a erradicação a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. A menção se faz com o objetivo de racionalizar a função do tributo.

Para a consecução dos supracitados objetivos se faz imprescindível amear-se recursos. Não se quer advogar por um Estado maior do que o necessário. Não se pretende partir da premissa de um Estado demasiadamente protetor.

No entanto, para o enfrentamento dos problemas que atravancam a consecução desses objetivos fundamentais, além do esforço individual, são necessários esforços do Estado, por meio de políticas públicas.

Conforme Eurico Marcos Diniz de Santi :⁴³

Nos últimos tempos muito tem se falado que a discussão sobre a carga tributária deve ser feita em consonância com a discussão sobre o gasto público. Passa a preocupar a crescente despesa pública. A partir dessas considerações e de uma proposta inicial de aproximação do Estudo do Direito Tributário com o Direito Financeiro, pretendemos construir novas formas argumentativas do gasto público na experiência de reconstrução do conceito de tributo empreendido a partir da CF/88.

O tributarista Kyoshi Harada⁴⁴ leciona sobre o conceito de atividade financeira do Estado:

Basicamente, a finalidade do Estado é a realização do bem comum. A noção de bem comum é difícil e complexa. Podemos conceitua-lo como sendo um ideal que promove o bem-estar e conduz a um modelo de sociedade, que permite o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas, ao mesmo tempo em que estimula a compreensão e a prática de valores espirituais.

E é justamente o Estado quem proporciona algumas atividades que permitem o desenvolvimento dessas potencialidades. Há relação e conexão entre o crescimento do indivíduo e alguns serviços prestados pelo Estado.

⁴³ SANTI ,Eurico Marcos Diniz de. Curso de Direito e Finanças Públicas. São Paulo: Saraiva,2008 Pág. 612.

⁴⁴ HARADA, Kioshi. Direito Financeiro e Tributário. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.Pág 3.

Como exemplo é possível citar o menino que vai à escola pública. Adquire conhecimento em aparelho público, a fim de que, mais tarde, possa inserir-se no mercado de trabalho. Não raro, utiliza transporte público para chegar ao espaço físico onde a escola está instalada.

O autor prossegue:

Algumas dessas necessidades são de natureza essencial, isto, é cabe ao Estado sua realização de forma direta e exclusiva, por exemplo, aquelas concernentes à segurança pública, à prestação jurisdicional etc. Tais atividades representam o interesse primário do Estado, sendo indelegáveis em função da indisponibilidade do interesse público. Outras representam interesses secundários do Estado. São as chamadas atividades complementares, que tanto podem ser desenvolvidas diretamente pelo Poder Público, como pelas concessionárias de serviços públicos, normalmente constituídas de empresas estatais.⁴⁵

Assim, se antes o Estado se valia da força, obrigando seus súditos a colaborar gratuitamente na realização de atividades primordiais, hoje em dia ele impõe obrigação aos contribuintes de pagar um tributo.

Passou-se ao regime da despesa pública. Paga-se para o atingimento do bem comum. As necessidades supracitadas dependem de custeio. O bem comum, nos termos acima definidos, necessitam de dinheiro público.

A reação que deve ser pensada é que quanto maior as necessidades, maior será a necessidade de arrecadação. Mas não é simples. Isso pois a aferição do que realmente é necessário depende de uma série de fatores.

O primeiro filtro é ideológico. Há disputa entre entendimentos, correntes acadêmicas e ideológicas que apontam para direções bastante distintas no que diz respeito às atividades que realmente pertencem ao Estado.

Grupos mais liberais, preferirão interferências estatais menores. A consequência, por óbvio, é defender carga tributária menor. É indignar-se com a obrigação de recolher impostos.

⁴⁵ Ibid Pág 3

De outro lado, um sujeito com visão mais socialista pensará o contrário: mais serviços, mais Estado, mais arrecadação. Surge um embate político.

Evidentemente que se trata apenas de um traço. A maior parte da população está longe desse debate de ordem mais acadêmica. Mas há diversos motivos, impossíveis de serem esgotados neste trabalho, que levam o indivíduo a indignar-se com a carga tributária.

Não se pretende a patrulha sobre aspirações e indignações. Quer-se traçar caminho para chegar-se à sonegação. Isso pois é ela a maior razão para a quebra do sigilo. É a desconfiança, por parte do Fisco, de que o sujeito passivo não está pagando o devido.

Cabe à Constituição Federal promover a integração político e social, mantido o respeito às diversidades básicas existentes. Aponta-se que serve de índice positivo do acerto de uma interpretação o efeito produzido de reforço da unidade política e o favorecimento à integração social e política.⁴⁶

Há, em grande medida, colisão entre valores previstos nas Constituição Federal. De um lado o direito à intimidade e à privacidade, já trabalhados em capítulo anterior do presente estudo. De outro a obstaculização aos objetivos fundamentais também previstos na Carta Magna.

Neste sentido, leciona Gilmar Mendes⁴⁷:

A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade.

Assim, a quebra do sigilo bancário representa a violação, por parte do Estado, dos direitos fundamentais ligados à privacidade e intimidade. É o Estado se valendo

⁴⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; MENDES ,Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pág 94.

⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; MENDES ,Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.Pág 237.

de sua força e invadindo esfera particular, de interesse predominantemente do indivíduo.

Importante asseverar, no entanto, que os princípios fundamentais não são absolutos. É essa a lição de André Tavares Ramos:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material. Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada 'princípio da convivência das liberdades', quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.⁴⁸

Mas a invasão ocorre por necessidade de arrecadação. E como já se afirmou a arrecadação tem a finalidade de viabilizar a concretização dos objetivos fundamentais da Constituição Federal.

Curioso perceber que no mundo há uma tendência de compatibilização de valores que se contrapõem, por meio do que se chama de harmonização dos princípios que se colidem, com uso da proporcionalidade.

A Convenção Europeia dos Direitos dos Homens⁴⁹ dispõe:

Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

⁴⁸ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 528.

⁴⁹ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

Da leitura se depreende que o Estado não pode interferir nos protegidos direitos à liberdade e privacidade, exceto para salvaguardar outros valores, como o bem-estar econômico do país e o cometimento de infrações penais.

Nessa ordem de ideias, os direitos fundamentais à privacidade e intimidade não podem exercer o papel de escudos para a prática de crimes fiscais e, ainda, não podem servir como atalhos para desfalcar o caixa nacional.

Não se trata de apontar este ou aquele valor como superior, mas de harmonizá-los. Tal harmonização não se dá prioristicamente, mas após a análise do caso concreto.

Na discussão proposta, a razoabilidade conduz ao entendimento de que a quebra do sigilo e a consequente violação dos direitos fundamentais deve ser feita com parcimônia, em casos específicos e com a observância de critérios previamente estabelecidos.

O Ministro Eros Graus ponderou:

Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege o art. 5º, X não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e, com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. No caso, a questão foi posta, pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora de direito, estando as exceções nas normas infraconstitucionais.⁵⁰

Nesse julgado o Ministro aposentado Eros Graus deixou claro que não há direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro. O comando por mais robusto que seja, deve ceder a outro, a fim de se estabelecer equilíbrio que vise ao interesse público.

Tal entendimento foi reforçado nesse ano de 2016 em julgamento feito pelo Ministro Celso de Mello⁵¹:

⁵⁰ AI 655.298 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 4-9-2007, 2ª T, DJ de 28-9-2007.

⁵¹ RTJ 173/807-808, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”

Reforça-se a orientação no sentido de harmonizar. Assim, não há privacidade ou intimidade absolutas. Devem ser sopesadas se houver conflito com outros valores fundamentais da Constituição Federal.

O tributarista Hugo de Brito Machado⁵² trabalha com o conceito de “tributação e solidariedade fiscal:

A solidariedade social não é apenas uma ideia. É um princípio de nosso direito positivo, pelo menos a partir da nossa Constituição de 1988, que o alberga expressamente em dispositivo segundo o qual constituem objetivos fundamentais da nossa república “construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). Coloca-se, então, a questão de saber se esse princípio deve ser entendido de modo que implique restrições a outros princípios constitucionais destinados a garantir o contribuinte contra o arbítrio do Estado – entre eles e o princípio da legalidade.

Há quem sustente que o princípio da solidariedade é hoje – e continuará sendo nos próximos anos – tão importante quanto o princípio da legalidade nos últimos anos. Não nos parece, porém, que seja exatamente assim. É inegável a importância da solidariedade, mas ela deve ser praticada especialmente no gasto público.⁵³

Interessante a relação feita entre a importância da solidariedade e o gasto público. Embora se deva gastar com prudência e com vistas ao respeito à responsabilidade fiscal, o dinheiro que se arrecada não é para uma empreitada empresarial, mas para ser gasto também visando à solidariedade.

⁵² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág.44

⁵³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. Pág.45

Mas Hugo de Brito Machado, em sua obra, faz questão de destacar a importância de sopesar a referida solidariedade com o princípio da legalidade. No estudo em curso, é possível estabelecer, novamente, que os comandos constitucionais que garantem e protegem a privacidade e a intimidade devem ser observados.

Deve-se, segundo ele, não perder de vista o princípio da legalidade:

Embora o tributo possa ser instrumento útil para uma política de distribuição de renda, na verdade, esta deve ocorrer essencialmente através do gasto público. Por outro lado, não podemos admitir que se considere o princípio da legalidade algo do passado, que possa ser de algum modo substituído pelo princípio da solidariedade.

A tese que coloca o princípio da solidariedade como fundamental na atividade de tributação é extremamente sedutora e perigosa. É sedutora porque apresenta a solidariedade como algo moderno e a legalidade como algo antiquado e inseparável do individualismo. É perigosa porque tende a destruir as mais importantes conquistas da humanidade no controle do exercício do poder estatal.⁵⁴

Há um contraponto bastante evidente que foi salientado pelo autor. Nesse sopesamento entre valores, o vetor da legalidade deve ser uma espécie de guia. Assim não se deve privilegiar apenas orientações abstratas, mas fincar as interpretações e fundamentos claramente expressos no texto constitucional, bem como nos textos infralegais.

Há, ainda, uma ideia de que o contribuinte se defende do Estado no que tange à obrigação de recolher tributos. A sensação, especialmente em um tempo que a internet confere velocidade à troca de informações, é de que o dinheiro não é utilizado para políticas públicas.

O noticiário reporta desvios de toda ordem. A verba da merenda que vai para o bolso do burocrata. Dinheiro dos aposentados que vai para a conta do Senador. No meio desse bombardeio de malfeitos, como convencer o contribuinte de que há um “fim nobre”?

Busca-se evitar, a todo custo, a tributação – não porque se negue a necessidade (e legitimidade) de apropriação da riqueza privada, mas porque os serviços públicos não serão beneficiados pelo incremento

⁵⁴ ibid. Pág.45

da tributação. Para o particular, opor-se à arrecadação tributária corresponderia a uma conduta defensável por dois fundamentos. Por um lado, constituir-se-ia em modalidade de 'legítima defesa' do contribuinte em vias de ser espoliado pelo Estado. Por outro, reduzir o montante de recursos em poder do Estado acarretaria correspondente diminuição de desperdício, desvio e corrupção⁵⁵

A relação entre 'custo do Estado' e 'sistema tributário' produz outra ordem de considerações, sob o ponto de vista ideológico. É que a inexistência ou ineficácia da atividade tributária produz efeitos diretamente sobre a própria sociedade. Em uma consideração puramente teórica, o cidadão é o principal beneficiário da atividade tributária do Estado. É o bem-estar do cidadão que justifica a existência do sistema tributário.

A pergunta que paira sobre a sociedade brasileira diz respeito ao real destino dos tributos. Tem-se a sensação de eles não são aplicados de acordo com os objetivos constitucionais. Até mesmo as contribuições ficam em xeque com tantas desvinculações.

É que o sistema tributário não se destina apenas e tão somente a abarrotar os cofres públicos de recursos. O direito tributário é instrumento – como toda as demais competências estatais – da realização dos valores jurídicos fundamentais. O direito tributário está comprometido com a consecução e realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana. Emanação direta deste é o postulado da supressão da pobreza e da eliminação das desigualdades individuais e sociais. Não é admissível dissociar o sistema tributário dos princípios constitucionais mais relevantes e fundamentais, que dão conformação ao Estado e ao poder público”⁵⁶

As relações entre tributação e justiça social evidenciam a insuficiência dessa concepção unitária 'fisco-contribuinte', em que se contrapõe o Estado ao particular 'pagador de tributos'. Não existe uma categoria unitária de particulares, com interesses homogêneos e comuns. Os diferentes particulares têm interesse distintos e diversos no tocante à atividade tributária do Estado. Isso deriva da ausência de homogeneidade na distribuição de riqueza. Enormes parcelas da sociedade são destituídas de riqueza mínima necessária a sujeitar-se a tributação direta de seus patrimônios. As garantias tributárias são relevantes e essenciais não para todo e qualquer 'cidadão', mas apenas para os titulares de fortuna. O conflito não se põe entre 'Estado e contribuinte', mas entre 'cidadão titular de riqueza' e 'cidadão destituído de riqueza.

⁵⁵ Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, pp. 215-233, p. 222

⁵⁶ Sistema Constitucional Tributário: uma aproximação ideológica. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998, pp. 215-233, p. 222.

Qualquer que seja a direção a ser tomada na ponderação haverá descontentamento. Para que uma carga tributária elevada seja aceita, ou, no mínimo tolerada pela maioria, deve haver transparência nos gastos.

5. STF e a palavra “final”

No início do ano de 2016, após longa espera, o Supremo Tribunal Federal julgou ações que versavam sobre o sigilo bancário e a possibilidade de quebra por parte do Fisco.

A palavra “ final” que intitula o capítulo está colocada entre aspas porque, em verdade, o posicionamento do STF nunca coloca ponto a controvérsias. Na realidade aponta uma direção que mais tarde pode ser modificada.

De qualquer forma, os pontos trabalhados nos capítulos anteriores foram debatidos e decididos pela Suprema Corte, de modo a, ao menos em tese, acalmar os ânimos e pacificar os entendimentos.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que não se tratou do julgamento de uma única ação. Foram reunidas algumas ações que versavam sobre pontos semelhantes.

Com efeito, há um conjunto de quatro ações, cuja relatoria pertencem ao Ministro Dias Tofoli. São as Ações Diretas de Inconstitucionalidade números 2.390, 2.397, 2.386 e 2.859. Além dessas ações, no conjunto em comento está o Recurso Extraordinário 601.314.

Pois bem, a ADIn nº 2390 tem como requerentes o Partido Social Liberal, a Confederação Nacional da Indústria, a Confederação Nacional do Comércio e o Partido Trabalhista Brasileiro. Os intimados foram a Presidente da República e o Congresso nacional. Questionou-se fundamentalmente o Parágrafo 4º do artigo 1º, artigo 5º e artigo 6º da LC 105/2001 e Decreto 3.724/2001.

A ADIn nº 2.397 foi proposta pela Confederação Nacional da Indústria, que também figura no polo da ação supracitada. Questionou-se fundamentalmente o artigo 1º, parágrafo 3º, VI (no tocante às remissões ao artigo 5º e 6º da LC 105/2001), artigo 3º, parágrafo 3º; artigo 5º e artigo 6º da LC 105/2001, artigo 1º da LC 104, no que alterou o artigo 198 do CTN, e Decreto 3.724/2001.

A ADIn nº 2386 foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio. Artigo 5º e artigo 6º da LC 105/200.

A ADIn nº 2859 foi proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro. Questionou-se fundamentalmente Artigo 5º da LC 105/2001 e decretos 4.489/2002 e 4.545/2002.

Embora este trabalho busque a análise por meio dos postulados jurídicos, é preciso enxergar os contornos políticos da disputa. Observa-se que estas ações têm os mesmos requerentes. Tais requerentes encontram-se no mesmo campo político, qual seja, seguimento próximo ao liberalismo.

São atores que buscam interferência menor do Estado nas relações comerciais. Importante esse parêntesis, na medida em que se há contraponto entre direitos fundamentais, alguns no campo individual, e outros na solidariedade, no campo coletivo.

O Recurso Extraordinário nº 601.314 foi interposto por Márcio Holcman. A principal tese contida (da Fazenda Pública) é a de que o art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação

aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal, além da aplicação retroativa da Lei nº 10174/2001.⁵⁷

É possível notar que as controvérsias orbitam principalmente em torno dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, que autorizam a quebra do sigilo bancário pelo Fisco sem autorização judicial.

Cumprе esclarecer que o Decreto 4.489/2002 regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

O Decreto 4545/2002, por seu turno, dispõe sobre a prestação de informações de que trata o Decreto nº 4.489, de 28 de novembro de 2002. O Decreto nº 3724, por fim, regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, 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, são decretos que regulamentam a Lei Complementar nº 105/2001.

No que tange ao Recurso Extraordinário nº 601.314, é importante assinalar que foi reconhecida a repercussão geral. Relatou o Ministro Ricardo Lewandowski:

Sustentou-se, em suma, a inconstitucionalidade do art.6º da Lei Complementar 105/2001, ao fundamento de que fornecer informações sobre a movimentação financeira diretamente ao Fisco, sem autorização judicial, configuraria quebra de sigilo bancário do contribuinte de maneira inconstitucional, por ofensa aos princípios que asseguram ser invioláveis a intimidade e o sigilo de dados, consoante dispõe o art. 5º , X e XII , da CF.

Aduziu-se, ainda, a impossibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 10174/2001, que alterou o art. 11, § 3º, da Lei 9311/96 e possibilitou que as informações obtidas, referentes à CPMF, também pudessem

⁵⁷ <http://www.stf.jus.br/>

ser utilizadas para apurar eventuais créditos relativos a outros tributos a exercícios anteriores à sua vigência.⁵⁸

O relatório do Ministro Edson Fachin emitiu relatório abordando os pontos trabalhados nessa pesquisa. Em primeiro lugar ponderou que 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.⁵⁹

Conforme se refletiu no capítulo 4 do presente estudo, a Doutrina trabalha com o conceito de ponderação de princípios, no sentido de harmonizá-los. Nessa esteira, se os incisos X e XII do art.5º forem interpretados como sigilos absolutamente invioláveis, ficariam os contribuintes com um escudo contra a fiscalização.

Esse escudo, não raro, enseja a sonegação, o que resulta na diminuição da arrecadação e, conseqüentemente, na impossibilidade de concretização dos objetivos fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente os que se vinculam à solidariedade.

Nessa ordem de ideias, ensina Gilmar Mendes:

O direito ao sigilo bancário não é absoluto, nem ilimitado. Havendo tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade, em torno do conhecimento de informações relevantes para determinado contexto social, o controle sobre os dados pertinentes não há de ficar submetido ao exclusivo arbítrio do indivíduo.⁶⁰

O Ministro Fachin também aborda a constitucionalização do Direito Tributário. Com efeito, não há de se encarar o Direito Tributário como uma ilha no ordenamento jurídico. Houve, com seu desenvolvimento, a constitucionalização da matéria. Isso quer dizer que ele deve ser dimensionado à luz do Direito Constitucional.

Eis o trecho do voto:

⁵⁸ <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606064>

⁵⁹ <http://www.stf.jus.br/>

⁶⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet ; MENDES ,Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.Pág.287

Em primeiro lugar, é imperativo pensar as questões constitucionais do sigilo bancário e dos limites dos poderes fiscalizatórios da Administração Tributária com a devida complexidade que o tema oferece em nível global. Por isso, revela-se também necessário ter em vista as peculiaridades do sistema tributário brasileiro, a começar por sua constitucionalização, porquanto a tradição pátria parece apontar por um processo de ampliação da rigidez e exaustividade do sistema constitucional em matéria fiscal.

Assim, não é demais apontar que uma perspectiva hegeliana de estrita separação entre sociedade civil e Estado, ao concebê-los como instituições distintas, com interesses divergentes e com alta carga de potencial conflitivo, mostra-se equivocada na atual quadra histórica. É necessário também atentar para os impactos socio-jurídicos ao corpo social, pois essa concepção da atividade tributária causa graves prejuízos ao consentimento fiscal, que se traduz em um dos alicerces da construção do Estado Fiscal e Social no século XX, cujo objetivo é a integração social pela garantia estatal de igual acesso dos cidadãos aos bens considerados essenciais.⁶¹

A exacerbada defesa do individualismo que paira sobre os dias atuais, não se coaduna com a idéia de um Estado social, que atenda à demanda do seu povo. Não se pretende cogitar um Estado alargado, municiador de muitos serviços. Fala-se de serviços essenciais.

A não-arrecadação em razão de sonegação acaba por ocasionar falhar em serviços básicos como saúde e educação. A consequência indireta é o aumento da violência nas cidades.

O Ministro segue com o raciocínio idêntico ao desenvolvido no presente trabalho:

Outra visão do Sistema Tributário Nacional a ser rechaçada é aquela que o entende como instrumento para o abastecimento dos cofres públicos, tendo em conta que essa contraria a própria axiologia inerente ao Estado Democrático de Direito não podendo desconsiderar a identificação do contribuinte, uma vez que a persecução dos objetivos da República, encartados no art. 3º da Constituição Federal, possui como condição de possibilidade a progressividade da matriz tributária brasileira.⁶²

O já exaustivamente mencionado art.3º da Constituição Federal é citado como argumento pelo Ministro como vetor do próprio sistema nacional tributário. O ministro

⁶¹ <http://www.stf.jus.br/>

⁶² Voto Fachin

vai além da redução de desigualdades sociais, chegando mesmo a apontar o sistema tributário como instrumento para a consecução da igualdade social.

Conclui-se, portanto, que do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, inclusive do Estado ou da própria instituição financeira. Na perspectiva do autogoverno coletivo, os tributos são contributos indispensáveis a um destino em comum e próspero de todos os membros da comunidade politicamente organizada.

Nesses termos, tendo em vista a decisão constituinte de formar um Estado Fiscal, pode-se conceber um dever fundamental de pagar tributos, em decorrência do princípio da subsidiariedade, segundo o qual há uma responsabilidade coletiva da comunidade política para satisfazer as necessidades dos cidadãos, especialmente aqueles mais vulneráveis nos aspectos socio-econômicos.

Por outro lado, ressalta-se que o autogoverno coletivo relacionado ao sigilo bancário não se restringe aos limites da territorialidade brasileira, dado que se trata de uma questão transconstitucional, de maneira a demandar tratamento em múltiplos níveis jurídicos. Refere-se, aqui, a um novo paradigma de tributação o qual o notável Professor Titular da USP Heleno Taveira Torres denominou de “Fisco Global”. Nesse sentido, é digno de nota que o G20, em conjunto com a OCDE, tenham estabelecido um Fórum Global, em abril de 2009, com a missão de acabar com a “era do segredo bancário”. Desde então, a República brasileira aderiu a diversos tratados internacionais em matéria tributária voltados para trocas, automáticas ou a pedido, de informações fiscais entre mais de cem países signatários, notadamente a “Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal”; e a “Convenção para Troca Automática de Informação Financeira em Matéria Tributária” (Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters). Ademais, o Brasil aderiu ao Programa da OCDE “Base Erosion and Profit Shifting”, de modo a evitar os efeitos negativos da chamada concorrência fiscal entre Estados soberanos, especialmente no tocante aos “paraísos fiscais”. Recentemente, também chancelou sua adesão ao Programa “Foreign Account Tax Compliance Act – FACTA”, o qual permitirá aos EUA enviar ao Governo brasileiro informações que se referem às contas correntes e situações patrimoniais de brasileiros disponíveis no sistema financeiro americano.

Em suma, no plano internacional, o Estado brasileiro tem reiteradamente tomado decisões soberanas a fim de se integrar ao conjunto de esforços globais de combate à fraude fiscal internacional, evasão de divisas, lavagem de dinheiro e paraísos fiscais, por meio do aprimoramento da transparência fiscal em relação às pessoas jurídicas e arranjos comerciais.

Como é possível notar, o STF declarou a constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 e validou a possibilidade de o Fisco requisitar – sem necessidade de autorização judicial- aos bancos as informações bancárias dos seus clientes visando à finalidade de cobrar tributos.

Foram três argumentos centrais para o supracitado conhecimento da constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001. O primeiro, amplamente trabalhado nesta pesquisa, diz respeito à relação intrínseca que há entre o conhecimento dos dados e o atingimento da Justiça Fiscal, com vistas à capacidade contributiva.

Também se apontou na decisão a tendência mundial no que tange à troca de informações entre os países. É que o capitalismo está sofisticando os meios de controle, de modo que há, ou está em curso, uma espécie de sistema integrado de troca de informações, de tal sorte que o sigilo bancário será em pouco tempo relativizado, ou até mesmo extinto.

Por fim, existe a demanda de mecanismos de controle que sejam verdadeiramente eficientes.

A decisão, com efeito, já ocasiona a relativização sugerida, na medida em que ao Fisco não se opõe o sigilo bancário. A contrapartida, por evidente, é o dever de sigilo com as informações cedidas pelas instituições financeiras.

A decisão autoriza não apenas a União, como também, o Estado, os municípios e o Distrito Federal. Para tanto, o Ministro Relator aclarou que há requisitos objetivos para a quebra, conforme se depreende da leitura de trecho do acórdão.

Veja-se que o artigo 6º da Lei Complementar 105/01 é taxativo ao facultar o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, somente se (i) houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e (ii) tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Demais disso, o parágrafo único desse dispositivo legal preconiza que “O resultado dos exames, as informações e os documentos a que

se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária”.⁶³

A divergência ficou por conta do Ministro Marco Aurélio que defendeu que a quebra do sigilo bancário só deveria ser levado a cabo, com autorização judicial, em respeito aos comandos constitucionais que asseguram o direito à privacidade e à intimidade.

Conclusão

As sociedades se modificam a todo tempo. As modificações, cada vez mais, se dão em velocidade extremamente acelerada. O Direito se molda, se modela por meio dessas modificações.

Não é, portanto, a sociedade que vai se moldando a partir de regras estanques e imutáveis. Os costumes se modificam, as práticas se alteram e as leis devem acompanhar a mutação.

A Constituição Federal Brasileira é, além, de pedra angular do ordenamento jurídico pátrio, um símbolo de uma virada no país. Ela marca a retomada de um período ditatorial, para um democrático.

Nessa virada de lógica, firmou-se um leque de Direitos Fundamentais atinentes à liberdade. Isso porque o traço fundamental dos governos não democráticos é a restrição às liberdades.

⁶³ <http://s.conjur.com.br/dl/voto-fachin-receita-federal-sigilo.pdf>

Com efeito, era comum incursões estatais nas vidas privadas, na intimidade dos brasileiros. Daí porque a positivação, de dois incisos que asseguram a proteção a estes valores.

O tempo passou, os dilemas de outrora não são os mesmos. As preocupações são outras. Além das questões jurídicas trabalhadas ao longo da pesquisa, há questões políticas extremamente delicadas, que influenciam a linha condutora de pensamento.

Há um processo de impedimento da presidente da república em curso. Ainda que haja muita discussão em torno das razões do eventual impedimento, há percepção, por parte da maioria da população, de que há corrupção generalizada na máquina estatal.

A corrupção se dá de diversos modos. Mas uma das consequências é o desvio de finalidade do dinheiro proveniente da arrecadação dos produtos. Políticos, em conluio com atores da sociedade civil, se apropriam, indevidamente, do erário.

Conexa, a percepção de eu os serviços públicos não funcionam. O contribuinte paga seus tributos e ao olhar para os serviços públicos não enxerga retorno. Evidente que não se trata de serviço ao consumidor, nem todos os tributos são vinculados, mas se espera um conjunto de aparelhos estatais minimamente satisfatórios.

A falta de credibilidade dos Governos, somada a narrada defasagem dos serviços, gera revolta no contribuinte. Que se agrava em tempos de crise econômica. A consequência é a aparição ou aumento de comportamentos pouco republicanos, consistentes na prática de comportamentos inadequados, com a finalidade de esquivar do recolhimento do tributo.

Essa óbvia leitura de cenário, no entanto, não parece ser suficiente para inverter a lógica. Não se pode, com efeito, fazer da invasão à intimidade do contribuinte a regra.

Não é suficiente o cumprimento de requisitos como a abertura de processo administrativo, com justificativas internas. No mundo real, a existência do processo administrativo significa pouco.

Não se quer afirmar que os dispositivos constitucionais devam ser escudos para ações escusas do contribuinte. Mas também não se pode partir da premissa de que o contribuinte é um malfeitor.

Para além da discussão acerca da finalidade do tributo e se ela é cumprida, há que se ter parcimônia na relação Estado-indivíduo. Evidente que o Fisco deve ter acesso às informações bancárias. Mas o acesso deve ser excepcional e por meio de autorização judicial.

Do contrário, o contribuinte fica exposto a, inclusive, interferências indevidas de ordem política. Por mais que o servidor tenha o dever de sigilo com a informação, na prática nem