



**COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO E
FINANÇAS PÚBLICAS**

PEDRO RAPOSO JAGUARIBE

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001

**Brasília – DF
2014**

PEDRO RAPOSO JAGUARIBE

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001

Monografia apresentada como requisito obrigatório à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, do Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**Brasília – DF
2014**

PEDRO RAPOSO JAGUARIBE

INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001

Monografia apresentada como requisito obrigatório à obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, do Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Banca Examinadora

Orientador

Examinadora Interna

Examinadora Externa

**Brasília – DF
2014**

RESUMO

O presente estudo apresenta os principais posicionamentos das correntes contrária e a favor da Lei Complementar nº 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº. 3.724/2001. Os referidos diplomas legislativos são responsáveis pela legitimação da autoridade administrativa em efetuar a quebra automática de sigilo bancário do contribuinte. O ponto cerne do trabalho consiste na discussão da possível supressão de algumas garantias constitucionais, como a reserva da jurisdição e algumas dimensões dos princípios. Antes de adentrar com profundidade ao tema, faz-se necessário tecer uma pequena síntese da evolução histórica do sigilo bancário, seu conceito, o objeto protegido, as hipóteses de mitigação previstas na CRFB/88, bem como valorar-se os legitimados pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional que podem mitigar a garantia constitucional. No que tange ao mérito da polêmica, analisamos alguns direitos e garantias fundamentais, possivelmente ofendidos pela publicação da legislação em comento. Em resumo, o objeto do presente trabalho consiste no fornecimento de elementos conceituais e legislativos que possibilitem auferir a constitucionalidade da Legislação em questão.

Palavras-chave: relativização do sigilo bancário; autoridade administrativa; Lei Complementar 105/2001; Decreto nº 3.274/2001.

ABSTRACT

This study presents the main positions of current contrary and in favor of Complementary Law No. 105/2001, regulated by Decree. 3724/2001. These pieces of legislation are responsible for the legitimacy of administration in making the wrapping bank secrecy of the taxpayer. The work of the core point is the discussion of the possible removal of some constitutional guarantees, such as the reservation of jurisdiction and some aspects of the principles. Before entering in depth the topic, it is necessary to make a small summary of the historical evolution of banking secrecy, its concept, the protected object, mitigating circumstances set forth in the CRFB/88 and up valuing the legitimized by the highest law and the constitutional legislation that can mitigate the constitutional guarantee. Regarding the merits of the controversy, we analyze some fundamental rights and guarantees, possibly offended by the publication of the legislation under discussion. In short, the object of this study is to provide conceptual and legislative elements that allow obtaining the constitutionality of the legislation in question.

Keywords: relativization of bank secrecy; administrative authority; Complementary Law 105/2001; Decree No. 3.274/2001.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 DIREITO A PRIVACIDADE, INTIMIDADE E AO SIGILO	7
1.1 Sigilo da comunicação de dados	9
1.2 Sigilo fiscal e bancário.....	10
1.3 Definição e natureza jurídica do sigilo bancário.....	12
2 A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DO CONTRIBUINTE PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA – (IN)CONSTITUCIONALIDADE.....	14
2.1 Hipóteses legais e ilegais de quebra do sigilo bancário	17
2.2 Legitimados a efetuar a quebra do sigilo bancário	18
2.2.1 Ministério Público, Poder Judiciário e Comissão Parlamentar de Inquérito	19
2.2.2 Administração tributária.....	21
2.2.3 Constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001	23
3 SOBREPOSIÇÃO DO DIREITO PÚBLICO AO DIREITO PRIVADO	25
3.1 Transferência de dados.....	26
3.1.1 Mitigação do princípio da reserva de jurisdição	27
3.1.2 Devido processo legal	28
3.1.3 Princípio da capacidade contributiva.....	29
4.1 Direito ao sigilo <i>versus</i> poder de fiscalização	30
4.1.1 Transferência de dados	34
4.1.2 Princípio da reserva da jurisdição.....	35
4.1.3 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e TRF 1° Região	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS.....	43

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende abordar os principais aspectos legais relacionados à previsão da quebra do sigilo fiscal do contribuinte, prevista na Lei Complementar 105/2001, intentando traçar o limite e a extensão das garantias constitucionais e do princípio da capacidade contributiva frente ao poder de arrecadação/fiscalização do Estado.

Será demonstrado que a controvérsia não é novidade no mundo jurídico, entretanto, com a edição da Lei Complementar 105/2001 reacendeu-se a polêmica no que tange a faculdade concedida à autoridade administrativa de solicitar aos bancos a denominada Requisição de Movimentação Financeira (RMF), sem o amparo de uma ordem judicial.

Em breve síntese, pode-se observar a profundidade do tema em comento por meio da seguinte assertiva: A LC 105/2001 ao autorizar a quebra do sigilo bancário do contribuinte solapa os pilares da Constituição Federal/88?

Estudiosos do controvertido tema se dividem em duas correntes a saber, quais sejam: As defensoras da constitucionalidade da LC 105/2001 e as desfavoráveis a constitucionalidade da legislação, à qual me filio.

A necessidade de pacificar e conseqüentemente assentar o entendimento pela inconstitucionalidade ou não da referida Lei objetiva e delimitar o real alcance dado pela Carta Política aos direitos e garantias individuais.

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar se as relativizações aos direitos e garantias constitucionais estão em consonância com a CF/88, bem como se estas estipulam limites a Fazenda Nacional.

Ato contínuo, o segundo capítulo deste trabalho remonta ao aspecto histórico do princípio, ao conceitua-lo, delimita-se sua função e apresenta suas demais correlações. O terceiro capítulo aborda a motivação da quebra do sigilo bancário, seus legitimados e os requisitos para efetuar a quebra do sigilo bancário, bem como argumentos favoráveis e contrários a quebra do sigilo automático do contribuinte, com ênfase em uma análise principiológica dos direitos e garantias individuais. O capítulo quinto, por sua vez, manifesta o posicionamento do autor sobre a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar objeto do estudo.

Finalmente, apresentar-se-á conclusão ponderando pela inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário automático do contribuinte.

1 DIREITO A PRIVACIDADE, INTIMIDADE E AO SIGILO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X e XII, institui o direito à Privacidade, a Intimidade e ao Sigilo, *verbis*:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes: X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; 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 (BRASIL, 1988).

As atrocidades cometidas no passado obrigaram o Estado a proibir a autotutela e a monopolizar a solução dos conflitos ocasionados pela transgressão à ordem jurídica. O poder de dizer o direito, traduzido no vocábulo jurisdição, passou a ser exercido pelo juiz, devidamente investido no poder do Estado, por intermédio do processo. Este, por sua vez, se exterioriza pela “sucessão ordenada de atos dentro de modelos previstos pela lei, que é o procedimento”, ou seja, da mesma forma que uma ovelha é um elemento formador de um rebanho, a sucessão de vários atos é o formador de um processo (GRECO FILHO, 2008, p. 87; CÂMARA, 2006).

Assim, essas garantias constitucionais consistem basicamente em limitações à liberdade de expressão, prevista no artigo 5º, inciso IX da CF/88: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

O legislador brasileiro buscou, ao não restringir o Direito a Liberdade de Expressão, zelar pela dignidade do povo e pela moralidade, determinando que a manifestação do pensamento, criação, expressão e a informação não sofressem qualquer restrição. Nesse passo, grande parte da doutrina considera o Direito à Intimidade espécie do gênero Privacidade. No entanto, tais conceitos são distintos.

Nas palavras de Dotti, (apud SILVA, 1996, p. 202) a intimidade se caracteriza como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais.” Por outro lado, o conceito do direito a intimidade ocorre nos momentos mais íntimos vivenciados pelo indivíduo, ou melhor, é a possibilidade concedida a alguém de preservar até mesmo de sua vida privada suas paixões e problemas.

Ferraz Junior (apud VALENTE, 2006, p. 79), com excelência, disserta sobre o tema:

A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserve para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance de sua vida privada, que por mais isolada que seja, é sempre um viver entre outros (na família, no trabalho, no lazer em comum).

Em contrapartida, o direito à privacidade possui conceito mais amplo. Sua principal distinção é a possibilidade de algumas pessoas do círculo de confiança conhecerem seus segredos e particularidades. Sendo assim, o ordenamento jurídico Brasileiro divide a privacidade em duas faces. A exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e em sua atividade pública e a interior que recai na mesma pessoa, em família, seus afetos. Está é a parte inviolável em que menciona a Carta Magna de 1988. Em outras palavras, busca o direito da privacidade preservar a personalidade dos indivíduos.

No magistério de Branco (2010, p. 469):

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre de personalidade.

Ou seja, podemos dizer que a intimidade encontra-se vinculada a personalidade do homem, como imposição de sua existência singular e a liberdade, determinando o devido respeito à sua autonomia e as características que o distinguem dos demais. Assim, privacidade é o direito de restringir o acesso a sua vida pessoal e social, tendo como objeto a integridade moral do ser humano (MONTEIRO, 2014).

Parar sanar qualquer dúvida sobre o tema, transcreve-se trecho da obra de Miranda (apud FOLMANN, 2003, p. 51):

[...] O termo sigilo encerra o conceito de liberdade de não emitir o pensamento para todos ou além de certas pessoas. Dessa liberdade nasce o direito ao sigilo da correspondência, porque se exerce aquela. Portanto, da liberdade de não emitir o pensamento irradia-se o direito ao sigilo.

O art. 5º, XII da CF/88 consagra a integridade física, psíquica, intelectual e moral dos cidadãos contra as ofensivas sofridas em suas relações, deixando a salvo as informações comprometedoras de sua intimidade.

O direito ao sigilo se divide em quatro partes a saber: (i) sigilo de correspondência; (ii) sigilo das comunicações; (iii) sigilo das comunicações de dados bancários e fiscal e, (iv) sigilo das comunicações telemáticas. Tais direitos são consagrados pela Constituição Federal no rol das Cláusulas Pétreas, considerados assim como direitos individuais e imutáveis.

Diante disso, o particular e o Estado são obrigados a manter segredo sobre quaisquer informações confidenciais de pessoas físicas/jurídicas, caso contrário, estará violando o direito à privacidade, ao arrepio da CF/88.

Moraes (2012, p. 72) ajuíza:

A inviolabilidade do sigilo de dados complementa a previsão ao direito a intimidade e a vida privada, sendo ambas as previsões de defesa da privacidade regidas pelo princípio da exclusividade, que pretende assegurar o direito do indivíduo.

Apesar dos vários conceitos terem contribuído para a solução da controvérsia, as mesmas se mostraram insuficientes ao caso, conforme será demonstrado no decorrer do trabalho.

1.1 Sigilo da comunicação de dados

O sigilo das comunicações de dados visa a proibir a exteriorização de dados particulares em poder de terceiros sem o consentimento de seu proprietário. Tal proibição constitui-se em uma proteção conferida ao proprietário que tem por escopo proteger tanto o particular quanto o Estado da divulgação de dados pessoais.

Para aclarar o real significado de “comunicação de dados”, Bulos (2010, p. 566) assim o conceitua:

As comunicações de dados compreendem toas as informações confidenciais sobre pessoas físicas ou jurídicas presentes nos bancos; nas instituições financeiras, creditícias e fazendárias; nos fichários, pastas, arquivos e cadastros dos órgãos do Poder Público e dos organismos privados.

Desta forma, o sigilo das comunicações de dados confere a garantia de que os seus detentores não irão utilizar seus dados sem a devida e prévia autorização de seus proprietários.

Por fim, sabe-se que essa espécie de sigilo subdivide-se em sigilo fiscal e bancário, como será abaixo demonstrado.

1.2 Sigilo fiscal e bancário

O sigilo fiscal e bancário, apesar de diferentes, possuem algumas semelhanças. Aquele primeiro consiste na vedação imposta a Administração Pública de divulgar informações obtidas em razão de seu ofício, salvo por determinação judicial, visando a garantir que os dados sobre rendimentos, dívidas e patrimônio prestados pelos particulares não sejam tornados públicos.

O Código Tributário Nacional determina que a atividade do Lançamento Tributário, assim entendido como o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador de determinada obrigação tributária é atividade privativa da autoridade administrativa. Entretanto, tal atividade fiscalizatória não é irrestrita, possuindo limites constitucionais e tributários do qual requer observação.

O sigilo fiscal, ademais, se encontra previsto no artigo 198 do Código Tributário Nacional, o qual, proíbe a Fazenda Pública e seus servidores de divulgar informações referentes a obrigações tributárias dos sujeitos passivos ou de terceiros, senão vejamos:

Sem prejuízo do dispositivo da legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre natureza e o estado de seus negócios ou atividades. (BRASIL, 1966).

Machado (2005) ensina que a administração tributária, exercendo seu poder fiscalizatório, deve respeitar os direitos individuais e o que a lei prescreve, tomando os devidos cuidados ao divulgar informações que estão em seu poder.

A Lei nº 556/1850, instituidora do Código Comercial, em seus artigos 17, 119 e 120 introduziu em nosso ordenamento jurídico o Sigilo Bancário. O dispositivos estabeleceram normas rigorosas a respeito da possibilidade de revelação dos dados bancários dos clientes das instituições financeiras a qualquer autoridade administrativa por qualquer motivo que fosse.

Porém, desde a edição deste diploma normativo, houve a previsão, em caráter excepcional, da quebra do sigilo bancário. O Supremo Tribunal Federal inclusive editou as súmulas nº 390 e 439 relativizando a rigidez desta norma.

Com a edição da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964 - responsável pela reorganização do Sistema Financeiro Nacional - ocorreu uma relativização da garantia ao sigilo bancário, prevista no Código Comercial. O artigo 38, §§ 5º, e 6º da Lei em apreço permitiu que a administração tributária tivesse acesso às informações bancárias desde que houvesse processo instaurado e as informações fossem consideradas indispensáveis pela autoridade competente para a instrução do referido processo.

Entretanto, em face de brechas legislativas, o artigo 38 não determinou que tipo de processo deveria ser instaurado, se judicial ou administrativo, além de ter dado um caráter subjetivo quanto à importância ou não de qual documento seria necessário gerar-se à requisição da quebra do sigilo bancário. Tais fatos geraram discussões doutrinárias sobre a possibilidade ou não da administração tributária obter informações bancárias dos contribuintes.

Posteriormente, o Código Tributário Nacional, nos artigos 195 e 197, concedeu poderes à Administração Fazendária para requisitar documentos de contribuintes fiscalizados, desde que observadas as regras impostas pela lei do sigilo profissional, Lei nº 4.595/64.

Ocorre que aquele dispositivo se tornou inócuo, pois o Superior Tribunal de Justiça já havia consolidado entendimento no sentido de que as expressões “processo” e “autoridade” constantes do §5º do art. 38 da Lei nº 4.595/64 referiam-se a processo judicial e não processo administrativo-fiscal, uma vez que o sigilo bancário encontraria fundamento no art. 5º da Constituição Federal, só podendo ser levantado mediante ordem emanada do Poder Judiciário.

Com o objetivo de pacificar a celeuma, foi editada a Lei 8.021/90 que estabeleceu em seu artigo 8º a necessidade, apenas de processo administrativo fiscal em curso, e o juízo de valor da autoridade administrativa da necessidade de ser decretada a quebra de sigilo. Vale ressaltar, que esse dispositivo derogou o artigo 38 da Lei nº 4595/64.

Apesar do legislador buscar solucionar o impasse sobre a possibilidade da quebra de sigilo com a edição da Lei nº 8.021/90, dois novos temas vieram a cena impedindo a aplicação da supracitada lei.

O primeiro dizia respeito ao caráter constitucional formal, tendo em vista que o artigo 192 da CRFB/88 exige que o Sistema Financeiro Nacional detenha cunho de reserva legal, ou seja, deve ser disciplinado através de Lei Complementar.

O segundo condiz com a própria aplicabilidade da norma, uma vez que o seu art. 8º prevê a expedição e a obediência de normas regulamentares a cargo do Ministro da Economia, Fazenda e Planejamento as quais nunca foram regulamentadas.

Diante de tamanha controvérsia, as autoridades administrativas Fazendárias realizaram imenso *lobby* o qual gerou a edição da Lei Complementar 105/2001, viabilizando a quebra do sigilo bancário sem o amparo de ordem judicial. Tal estratégia resultou e ainda resulta em enorme embate doutrinário e jurisprudencial, sendo que alguns doutrinadores advogam a inconstitucionalidade da referida Lei Complementar e outros, a sua constitucionalidade.

1.3 Definição e natureza jurídica do sigilo bancário

Conceituar Sigilo Bancário não é tarefa fácil. Desde o seu surgimento muitas discussões pautaram sua existência. Sem sombra de dúvidas, tais discussões ocorreram devido à grande repercussão na vida social e econômica gerada por este princípio, uma vez que cada cidadão e operador do direito busca seu significado de forma que melhor atenda seu interesse.

Fora isso, aguardamos ansiosos o “xeque-mate” do Supremo Tribunal Federal, que, independente da linha que for seguida, deixará marcas na história de muitos contribuintes.

O sigilo bancário pode ser definido como o dever jurídico imposto as instituições de crédito, as organizações auxiliares e a seus empregados de manter segredo sobre as informações e documentos de seus correntistas, não permitindo que operações bancárias realizadas cheguem ao conhecimento de terceiros, refletindo a privacidade e intimidade.

Fragoso corrobora com essa linha de raciocínio:

O sigilo bancário é o dever jurídico que tem as instituições financeiras de crédito e as organizações auxiliares e seus empregados de não revelar nem direta nem indiretamente os dados que cheguem ao seu conhecimento, por razão da atividade que exercem.

Assim, fica claro que a obrigação sobre o sigilo das informações que as instituições financeiras estão obrigadas a resguardar, está respaldada na Constituição Federal, no que tange à proteção a intimidade de seus correntistas e também a terceiros que não são clientes, ou seja, os detentores de informações devem proteger inclusive aqueles que realizam uma única transação, sob pena de responsabilidade civil e penal.

De resto, o sigilo bancário como sendo um direito erigido constitucionalmente, visa proteger individualidade todos os cidadãos no que diz respeito a sua intimidade, o livre arbítrio de dispor daquilo que é inerente à sua personalidade.

2 A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DO CONTRIBUINTE PELA AUTORIDADE FAZENDÁRIA – (IN)CONSTITUCIONALIDADE

O advento da Lei Complementar nº 105/2001 representou um marco político-jurídico no ordenamento pátrio. De forma sorrateira tentou o legislador infraconstitucional positivizar o artigo 6º da referida Lei, abrindo a possibilidade de as autoridades administrativas fiscais das três esferas políticas terem acesso direto as informações bancárias dos contribuintes, independente de decisão judicial.

Acerca dos ditames legais disciplinadores do sigilo bancário, mais especificamente o art. 6º da LC 105/01, a inovação legislativa pulverizou frenesi na comunidade jurídica. A ousadia não fora bem recepcionada. Com ânsia de arrecadação, o legislador acabou instituindo a colisão de direitos fundamentais de distintas dimensões, gerando calorosas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

De um lado, tem-se o interesse público, fundamentado em um sistema tributário hígido, garantindo eficácia social, erradicando a pobreza e as desigualdades sociais. De outro, tem-se o direito individual à inviolabilidade ao recôndito pessoal consagrado dentro de um complexo de conquistas dos indivíduos perante o Estado. Conquistas essas lastreadas em normas constitucionais de intangibilidade abolicionista (Cláusulas Pétreas – art. 60, §4º, IV, CF/88), por elencarem aberto rol de direitos e garantias individuais.

Sob esse conflito de ditames constitucionais, há de se analisar a importância do tema sobre o prisma da importância do peso e do valor. Há um atrito por mútua preponderância de mandamentos de otimização caracterizados por serem satisfeitos em graus variados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo o âmbito das possibilidades jurídicas determinado pelos princípios e regras colidentes.

Para a controvérsia posta, excelente é a preleção de Humberto Ávila, de que a interpretação e aplicação de princípios e regras constitucionais colidentes dar-se-ão com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam, a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade (ÁVILA, teoria dos princípios, 10. Ed., p. 144 -185).

Martins entende:

[...] a sonegação deve ser combatida e pode ser combatida com os fundamentos legais antes existentes. O que não pode é pisotear direitos fundamentais do contribuinte, alijando o Poder Judiciário do exame desta questão, o que de resto, o inc. XXXV do art. 5º da CF proíbe. Parece-me, pois, que a questão é, pois meramente jurídica. A Lei Complementar afasta direitos fundamentais dos contribuintes (art. 5º, X, XII e XXXV) e não objetiva proteger o sonegador de quebra do sigilo – proteção que nunca teve – mas impedir o Poder judiciário de exercer a função de Poder Neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco.

Os ditames tributários estampados na Constituição da República refletem limitações ao poder de tributar do Estado, conferindo aos contribuintes direitos e garantias individuais de liberdade. Ou seja, ao invés de outorgar prerrogativas ao Fisco, os regramentos constitucionais determinam campos de atuação estatal negativa, de modo que o exercício daqueles direitos conferidos aos contribuintes sejam preservados contra ensaios autoritários e arbitrários de repressão expropriante.

Em outras palavras, exemplificando o que foi dito acima, o artigo 145, 1º da Lei Maior, que ao dispor sobre o sistema tributário nacional, prescreve que a administração tributária, quando no exercício de sua competência, respeite os direitos individuais das pessoas em geral e dos contribuintes em particular.

É de se reafirmar que, segundo a jurisprudência dominante, não há direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico. Em determinadas circunstâncias, havendo colisão de direitos fundamentais, haja necessidade de mitigação de um deles, cedendo lugar ao outro.

Nessa toada, é de se indagar: pode a Administração Tributária, sob o argumento do interesse público de arrecadação tributária eficiente, afastar o sigilo bancário do contribuinte para apurar sua obrigação tributária e capacidade contributiva perante o Estado? Entendo que não.

O poder de tributar e a obrigação de carrear recursos ao Estado é uma relação poder direito; e não poder força. Tendo em vista que todas as disciplinas de competência tributária, como as dos direitos individuais têm seu fundamento de validade imediato retirados do mesmo diploma normativo, ou seja, a CF/88, tem-se que é perfeitamente possível a convivência harmônica dos direitos do fisco e do contribuinte.

Não pode a lei, na condição de instrumento normativo infraconstitucional, regradar de forma geral, genérica e abstrata as possibilidades de afastamento das

garantias individuais do contribuinte. Tais hipóteses sempre hão de ser erigidas a um terceiro imparcial dotado de função jurisdicional – PODER JUDICIÁRIO -, a quem competirá, legitimamente, aplicar o princípio da proporcionalidade caso a caso.

Se assim não o fosse, estaria a se banalizar os direitos e garantias individuais dos contribuintes, já que o que era para ser uma medida última, excepcional – quebra do sigilo bancário -, acabaria por se tornar medida ordinária, verdadeiro ato instaurados de procedimento contencioso.

O Supremo Tribunal Federal (STF), mesmo com ausência definitiva acerca da matéria sob o enfoque da repercussão geral ou do controle abstrato de constitucionalidade, já enfrentou a matéria por duas vezes. Nessas ocasiões, proferiu arestos ao que tudo indica, dominantes no sentido de que o sopesamento entre os direitos colididos há de ser feito sempre em âmbito jurisdicional de cognição de circunstância fática.

Nessa linha, o STF, quando do enfrentamento do RE 389.808, decidiu, em apertado placar, a controvérsia nos seguintes termos:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto a correspondência, as comunicações telegráficas, aos dados e as comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL. Conflita com a Carta da Republica norma legal atribuindo a Receita Federal – parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Martins (apud DELGADO, 2001, p. 30-31) assim dispõe:

Pelos incisos X e XII do artigo 5º tem o contribuinte o direito de preservação de sua intimidade, de sua privacidade e de que terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-las. Não pode pois a fiscalização exigir de terceiros informações que apenas pode obter do próprio contribuinte. Em determinadas hipóteses, todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o interesse privado/individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem, com o que poderá, o Poder Judiciário, autorizar, se convencido estiver o magistrado de que a hipótese é de gravidade e de lesão ao interesse público, a quebra do direito ao sigilo bancário. Estou convencido ser esta a melhor informação jurídica da questão, idealizada pelos constituintes, defendida pela doutrina e consagrada jurisprudência, corrente exegética esta a que me filio desde os meus primeiros escritos sobre a matéria.

De fato, após todo o exposto, perfilho-me ao entendimento de faz-se necessário a Fazenda Nacional requerer a diligência prévia, qual seja, a permissão do Poder Judiciário, para que possa promover a quebra do sigilo bancário ao contribuinte, não podendo a mesma realiza-lo sem emanada ordem judicial.

2.1 Hipóteses legais e ilegais de quebra do sigilo bancário

Como já manifestado, o ordenamento jurídico brasileiro impõe que o interesse individual não deve sobrepor-se ao interesse público.

Para que a quebra do sigilo bancário possa ser decretada, faz-se necessário a presença dos seguintes requisitos: (i) Ordem judicial fundamentada; (ii) indispensabilidade dos dados constantes na instituição financeira; (iii) existência de fundados elementos de suspeita; (iv) individualização do investigado e do objeto da investigação; (v) obrigatoriedade de manutenção do sigilo em relação as pessoas estranhas ao procedimento investigatório e, (vi) utilização dos dados obtidos somente para a investigação que lhe deu causa. Todos esses requisitos foram delimitados quando do julgamento do inquérito nº 923/DF pelo Supremo Tribunal Federal.

Preenchidos os requisitos acima delineados, não encontra óbice quanto a decretação da quebra do sigilo bancário.

As hipóteses ilegais de quebra do Sigilo Bancário, conforme entendimento de Hungria (1980, p. 270), são as seguintes:

O sigilo bancário é uma condição imprescindível, não só para a segurança do interesse dos clientes do banco como para o próprio êxito da atividade bancária. Raros seriam, por certo, os clientes de bancos, se não contassem com a reserva do banqueiro e seus prepostos. Em nenhuma outra atividade profissional é de se atender, com mais adequação, a advertência de que a alma do negócio é o segredo. Pode-se dizer, aqui, em relação a certos fatos, que *le secret va de soi*. Entretanto, no conhecimento da vida financeira de seus clientes, o banqueiro está adstrito a silêncio em torno de quaisquer fatos que, se revelados ou comunicados a terceiros, acarretariam aqueles efetivos ou possível dano.

Com o objetivo de determinar o real significado do Sigilo, a Constituição Federal do Brasil e a legislação esparsa definiram os legitimados para efetuar a quebra do sigilo bancário, conforme será explicado no decorrer do trabalho.

Nesse diapasão, o Código Penal Brasileiro, em seus artigos 153, 154 e 325, tipificou hipóteses de crime contra a inviolabilidade dos segredos, quais sejam: divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem; Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem e; Revelar fato de que tem ciência em razão de cargo e que deve permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação.

Mirabete (2007) entende que as mencionadas condutas visam garantir a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, tanto é que a objetividade jurídica dos crimes consiste em manter em segredo informações que possam ocasionar danos a outrem, ocorrendo sua consumação quando alguém divulga e outra pessoa toma conhecimento do segredo anteriormente vazado.

Apesar das tipificações de ilicitude acima descritas, o Código Penal Brasileiro não previu como especificidade a conduta de quebra ilícita do sigilo bancário. Ficando a cargo das futuras legislações a normatização do delito, tal como se verifica a Lei nº 7.492/86 (Lei do Colarinho Branco) que tipificou como crime a conduta de violar sigilo de operação ou de serviços prestados por instituições, a Lei 9.034/95 autorizando em fase de persecução criminal o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias e a Lei 9.613/98, definidora dos crimes de lavagem de dinheiro, os quais acarretam o enfraquecimento do direito ao sigilo bancário.

Assim, a Lei Complementar 105/2001, em seu artigo 10, lista os tipos de sanções para a quebra do sigilo bancário do contribuinte, tais como reclusão e multas pecuniárias.

2.2 Legitimados a efetuar a quebra do sigilo bancário

A Constituição Federal bem como a Legislação Ordinária dispuseram sobre os legitimados para efetuar a quebra do sigilo dos dados bancários. Nesse sentido, restaram dúvidas a serem esclarecidas quanto a real capacidade dos entes de efetuar a referida diligência.

O Poder Judiciário é o primeiro dos legitimados a poder efetuar a quebra do sigilo bancário. A autorização que lhe foi concebida veio do artigo 5º, inc. X e XII

bem como do inc. XXXV da CRFB/88 o qual consagrou o princípio da reserva de jurisdição, responsável pela inafastabilidade do controle judicial, determinando que nenhuma espécie normativa poderá inviabilizar a tutela jurisdicional.

Importante mencionar que a autorização outorgada aos legitimados não tratam especificadamente do sigilo dos dados bancários, e sim do sigilo a correspondência, das comunicações telegráficas e dados como um todo. No entanto, devido ao abrangente objeto da autorização constitucional, a Fazenda Pública, como era de se esperar, advogou que devido a ausência de previsão específica sobre o “sigilo bancário”, dispensável seria a ordem judicial. Diante de tal fato, discussões pairaram de todos os lados, sendo uns favoráveis à tese fazendária e muitos contrários, fundamentados que estavam na hermenêutica constitucional.

No decorrer do trabalho, será analisada a tese Fazendária, bem como reafirmada a posição sobre a necessidade de ordem judicial fundamentada para efetuar a quebra de dados bancários.

2.2.1 Ministério Público, Poder Judiciário e Comissão Parlamentar de Inquérito

A competência do Ministério Público para efetuar a quebra do sigilo bancário encontra muita resistência na jurisprudência e doutrina. Os defensores da legitimidade do *parquet* fundamentam-se no artigo 129, inc. VI da CF/88 combinado com a Lei 75/993, artigo 8º, incs. II, IV, VIII e §2º, bem como com a Lei nº 8.625/93, art. 80.

Suas ideias então têm como fundamento o fato o desatendimento de requisições feitas ao MP, na esfera de suas atribuições. Segundo tal entendimento, a requisição de quebra de sigilo bancário não poderia ser negada de forma alguma, eis que a negação implica em crime de prevaricação ou desobediência. Note que a corrente é adepta a uma ditadura fiscalista.

Por outro lado, perfilho-me ao entendimento de que a quebra do sigilo bancário somente poderá ser decretada por ordem judicial emanada pelo poder judiciário, em respeito ao princípio da reserva de jurisdição.

Bulos (2010, p. 575) dispõe:

A natureza administrativa das funções ministeriais impede que seus membros atuem como se magistrado fossem. Incide nessa seara, o

princípio da reserva de jurisdição, pelo qual é imprescindível mandado do juiz para o rompimento do sigilo.

O eminente Ministro Carlos Velloso, no julgamento do RE 215.301/CE, assim discorreu sobre o assunto:

CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art.129, VIII.I.- A norma inscrita no inc. VIII, do art.129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito a privacidade, quer a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitima o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. – R.E. não conhecido. (BRASIL, RE 215301, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, Julgado em 13/04/1999, DJ 28-05-1999).

Conclui-se, portanto, que à luz da CF/88 o Ministério Público não possui competência para decretar a quebra do sigilo bancário. O Poder Judiciário, por sua vez, é o único autorizado para tal desiderato, eis que tal legitimação foi outorgada constitucionalmente.

A autorização concedida ao Poder Judiciário nasce do artigo 5, X e XII da CRFB/88, o qual assegura a quebra de sigilo em caráter excepcional, mediante ordem judicial. O referido dispositivo consagra o princípio da Reserva de Jurisdição, artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, responsável pela inafastabilidade do controle judicial, ou seja, nenhuma espécie normativa pode inviabilizar a tutela jurisdicional.

Ressalte-se que a autorização dada aos legitimados não trata especificadamente do sigilo bancário, e sim do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas como um todo. Essa circunstância acarreta tremenda discussão no âmbito judicial e doutrinário, devido ao fato de alguns operadores do direito entenderem que a ausência de previsão da expressão sigilo bancário no inciso tornaria a ordem judicial dispensável para ser decretada a quebra.

No que tange as Comissões Parlamentares de Inquérito, o artigo 58, § 3º da CRFB/88 prevê a criação da CPI, quando a Câmara dos Deputados ou Senado Federal, conjunta ou separadamente, por meio do requerimento de 1/3 dos seus membros determinam sua formação. Possuem estas a finalidade de apurar os fatos

determinados, cuja a conclusão será remetida ao Ministério Público para que este promova a apuração de eventuais responsabilidades civil ou criminal.

Ato contínuo, o próprio artigo 58, §3º da CRFB/88 garantiu poderes próprios de investigação às CPI's, conforme se depreende do trecho “[...] que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.”

Posteriormente, a Lei nº 1.579/52 concedeu amplo poder de pesquisa para apurar fatos determinados que deram origem a formação da CPI. Contudo, as CPI's devem sujeitar-se aos mesmos limites constitucionais impostos aos magistrados, como por exemplo o dever de fundamentação previsto no artigo 93, incisos IX, X da CRFB/88.

Todavia, o STF determinou que as CPI's não estão imunes ao controle jurisdicional. Assim, caso os membros das CPI's ajam em desconformidade com a CRFB/88 poderão ser responsabilizados pelos atos praticados.

2.2.2 Administração tributária

Com a edição da Lei Complementar 105/01, o artigo 6º concedeu à Administração Tributária autorização para efetuar a quebra automática do sigilo bancário do contribuinte, por meio do envio de Requisição de Movimentação Financeira as instituições bancárias. E, sem sombra de dúvidas essa concessão é a mais controvertida no âmbito do poder judiciário bem como no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).

Como já discorrido, o Legislador infraconstitucional, ao acrescentar o artigo 6º da LC 105/2001, como forma de garantir uma tributação eficiente e em concordância com a capacidade contributiva de certos contribuintes, colidiu frontalmente com os direitos individuais protegidos pela Constituição Federal.

Vejamos o teor do art. 6º:

Art. 6º- As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária. (BRASIL, 2001).

De fato, os termos utilizados pelo legislador no texto do artigo 6º da referida Lei Complementar o deixaram lacunoso. Percebendo essa deficiência, o Senador Lúcio Alcântara, relator do projeto de lei, defendeu-o com base nos seguintes argumentos:

O pilar básico de qualquer sociedade que possa se caracterizar como democrática é indubitavelmente a prerrogativa de cada cidadão quanto a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

De fato, tal princípio, inscrito como cláusula pétrea de nossa Carta Magna em seu art. 5º, é a base sobre a qual se assentam as instituições democráticas, impedindo que se reproduzam os exemplos ditatoriais que dominaram o Século XX.

Somente os direitos e garantias individuais impedem que a tirania do Estado possa se impor sobre as pessoas, elevando-as a cidadãos. Neste contexto político e filosófico é que se insere a questão do sigilo bancário-financeiro como uma proteção do cidadão contra a exposição de sua privacidade de forma indevida e prejudicial.

Entretanto, é importante que consigamos diferenciar direito de privilégio. O direito é algo necessário e inalienável, já o privilégio é algo discriminador que prejudica a sociedade como um todo, minando as instituições democráticas.

Ninguém pode questionar a importância do sigilo como instrumento que garanta a privacidade, mas generalizar tal argumento para todas as situações é extremamente perigoso para a construção democrática em nosso país. O sigilo a todo custo e sem possibilidades efetivas para que se possa quebrá-lo em determinadas circunstâncias é, de fato, um privilégio, portanto inaceitável.

Nesse contexto, desde os anos 70, com a preocupação crescente por parte das autoridades de vários países em relação ao tráfico de drogas, a “lavagem” de dinheiro e aos crimes de desvio de recursos públicos, além de atividades relacionadas ao crime organizado, criou-se um movimento para a flexibilização do entendimento do chamado sigilo bancário [...].

Prosseguindo na defesa do texto legal, afirmou o Senador que os princípios e direitos individuais emanados pela constituição são de extrema importância para o sistema democrático em que vivemos, no entanto, contrarrebateu seus argumentos afirmando que as garantias não poderiam ser confundidas como privilégios; finalizou afirmando que em decorrência da crescente criminalidade, seria imperioso que o Estado pudesse ter informação sobre os dados bancários de qualquer cidadão. No mínimo, curiosa tal conclusão, uma vez que generalista como é, trata o assunto como se toda a população tivesse o intuito de burlar o sistema financeiro e tributário nacional.

Nesse diapasão, Gomes e Salomão (2001, p. 153) lecionam: “[...] o legislador já não pode, a pretexto de regulamentar os direitos fundamentais, restringi-lo além do que o marco constitucional lhe permite.”

Por fim, entendo que caso fique sacramentado pelo Egrégio STF que o interesse público deverá sobrepor-se os direitos individuais constitucionalmente previstos, estaremos voltando ao período ditatorial, descambando para a teoria das doutrinas totalitárias.

2.2.3 Constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001

Com a edição da Lei Complementar n° 105, de 2001, reacendeu-se o debate sobre o sigilo bancário, uma vez que os indicativos de sonegação fiscal e práticas ilícitas oriundas de movimentações financeiras se tornaram alarmantes. Como já era de se esperar, após a promulgação da Lei Complementar, a maioria do empresariado e dos doutrinadores manifestaram sua inconformidade com a permissividade legal da quebra do sigilo bancário, sob a alegação de que a lei afronta os direitos cristalizados nos incisos X e XII do art. 5° da CF.

Os defensores da possibilidade da quebra de sigilo bancário sustentam seu posicionamento principalmente sobre a alegação de que não se trata de quebra de sigilo bancário e sim de mera transferência de dados entre pessoas jurídicas responsáveis por manter o sigilo. Continuam, argumentando que inexistente direito absoluto, fazem uma mitigação ao princípio da reserva da jurisdição, do devido processo legal e ainda, da justiça fiscal e igualdade tributária.

Ademais, fortalecem a tese ao argumentando de que por ser de competência do Poder Judiciário o exame da constitucionalidade *a posteriori*, no caso da Lei Complementar n° 105, de 2001, ela já existe e portanto, já passou pelo crivo do Poder Legislativo, não podendo deixar de ser aplicada enquanto não for declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário ou modificada por outra lei complementar, tendo em vista que sua atividade é vinculada.

Assim, entendem que o interesse público deve prevalecer em detrimento do respeito a intimidade, até porque a Administração Tributária deseja fazer valer a justiça fiscal, a igualdade tributária, a livre concorrência, a capacidade econômica ou contributiva.

Para Coelho (p. 100-101):

O “sigilo bancário” visa preservar as pessoas físicas e jurídicas de intromissões indevidas tanto por parte de particulares como por parte as autoridades públicas. Inobstante, o “sigilo bancário” não é absoluto, eis que

diante do legítimo Poder de Polícia do Estado, como ocorre nos EEUU, na França, na Alemanha e na Inglaterra, países sabidamente democráticos e capitalistas, admite-se a sua relativização por fundados motivos de ordem pública, notadamente derivados do combate ao Crime, de um modo geral, e a evasão fiscal omissiva e comissiva.

Queiroz (apud QUEZADO, 2002) defende o poder do fisco conhecer, em procedimento fiscal, dados bancários sigilosos, sustentando que todos os rendimentos do contribuinte já devem constar anualmente da sua declaração de Imposto de Renda, não havendo porque impedir que a Fazenda de conhecer os valores que o declarante dispõe em banco. E, conclui afirmando não dispor o contribuinte do direito subjetivo individual ao segredo de informações bancárias. (Do lançamento tributário – execução e controle).

3 SOBREPOSIÇÃO DO DIREITO PÚBLICO AO DIREITO PRIVADO

Nosso ordenamento jurídico consagra a limitação de todo e qualquer direito, ou seja, não existe um direito que se sobreponha a todos os outros mesmo estando inserido no rol de direitos e garantias fundamentais. Existe, sim, um direito que em determinada situação será enaltecido em relação ao outro.

Assim, o alcance dos direitos e garantias fundamentais estão determinados nas normas de mesma natureza. Nesses casos, deverá ser observado o princípio da concordância prática ou da harmonização.

Conforme o princípio da concordância prática ou da harmonização, nos ensina Alexandre de Moraes (apud Slivinskis, (2008), *on line*):

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou harmonização de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

O sigilo bancário, apesar de ser uma proteção do cidadão contra a exposição de sua privacidade de forma indevida e prejudicial, não foge a regra. Pois, preenchidos os requisitos e observado o procedimento estabelecido em lei a mitigação do direito ocorrerá de pronto, dando causa a possibilidade da quebra do sigilo bancário.

Entendimento este seguido no julgamento do RE 219780/PE, de Relatoria do Min. Carlos Velloso:

I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege 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 do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.

II - R.E. não conhecido. (BRASIL, RE 219780, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/04/1999, DJ 10-09-1999 PP-00023).

Tem então que o sigilo bancário é uma espécie do gênero intimidade (âmbito exclusivo do indivíduo que reserva somente para si), caso sua ação (movimentação bancária) venha gerar relação com terceiros deixa de ter a característica de intimidade.

Valente (2006) especificou os fatos que devem ficar acobertados pelo sigilo: a própria operação bancária ativa (empréstimo, financiamento, abertura de crédito, desconto e crédito documentário) ou passiva (depósito, conta corrente e redesconto), os serviços prestados (custódia de valores, cobrança de títulos etc.) e os dados pessoais e patrimoniais relacionados ao nego realizado (operação, montante, forma de pagamento, destinação etc.), além daquelas informações que, apesar de o cliente não ter confiado ao banco, chegaram ao seu conhecimento em virtude da operação realizada ou que se pretendeu realizar.

Dessa forma, o art. 5º, §2º e §5º da Lei Complementar nº 105/2001, garante a inviolabilidade do sigilo bancário e respeita as relações que estão acobertadas pelo sigilo, salvo nos casos em que a quebra é legal.

3.1 Transferência de dados

Os defensores da constitucionalidade da Lei Complementar 105/2001 sustentam que neste caso não ocorre a quebra de sigilo bancário, e sim, uma mera transferência dos dados constituindo dever dos órgãos e entidades que receberam os dados, a manutenção do sigilo.

Ainda segundo os defensores de tal tese, ocorreria na realidade uma permutação. O sigilo deixaria de ser considerado bancário, pois sairia da instituição financeira e passaria ao status de sigilo fiscal, uma vez que estaria em poder da Administração Fazendária. Porém, sempre estaria sendo observada a obrigatoriedade de manutenção do sigilo, uma vez que o Fisco não poderia dar divulgação aos dados obtidos.

A corrente defensora da nupercitada tese abraça a ideia de que os dados requisitados à instituição financeira têm como função precípua o cruzamento de informações do contribuinte com o que foi por ele declarado, não observando o Fisco sobre o uso que o cidadão fez com o numerário em sua conta.

Argumentam ademais que a quebra de sigilo é considerada somente quando há a divulgação do conteúdo de dados ligados à vida privada e intimidade das

peças. E, caso venha a ocorrer tal divulgação, a Administração Pública teria meios de punir aqueles agentes que divulgarem as informações a ela confiada. Nesse sentido, entendem que a lei infraconstitucional não fere as garantias constitucionais do cidadão.

Sobre o tema, Saraiva Filho (apud PIZOLIO; VIEGAS JÚNIOR, 2005, p. 132-133) leciona:

O ganho de eficiência dos meios da fiscalização tributária é a consequente maior arrecadação do que é legalmente devido, o que já foi notado pela sociedade brasileira imediatamente após a publicação da Lei complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, que permite a transferência direta do sigilo bancário para a administração tributária, traz, entre nós a clara percepção de que os verdadeiros inimigos e concorrentes desleais dos contribuintes são aqueles que, apostando nas amarras e na ineficiência do Fisco, conseguem se evadir de suas obrigações tributárias, forçando o Estado, que não pode prescindir da arrecadação que lhe é necessária, a tributar, cada vez mais, os que pagam os tributos honestamente, o que vai de encontro a razoabilidade da tributação, proporcionadora da liberdade, justamente aquilo que o estado fiscal visa assegurar.

Em sentido contrário, Dantas (apud PIZOLIO; VIEGAS JÚNIOR, 2005) entende que o interesse público se sobrepõe ao privado, ou seja, o interesse do Estado justifica a intromissão na privacidade do cidadão sempre que houver justificativa razoável para tanto. Também se justifica no princípio da capacidade contributiva, uma vez que possibilita ao Fisco a identificação do patrimônio e rendimentos dos contribuintes, bastando que a Administração Fazendária não divulgue as informações obtidas a terceiros e que também não as usem além dos objetivos fiscais, de modo a não atingir a vida privada do contribuinte.

Assim, se porventura o dever de sigilo for levado ao extremo, o fato do Fisco ter acesso ao conjunto de bens do contribuinte por meio da declaração do imposto de renda seria desconsiderar a ideia de quem pode mais pode menos. Pois, o Fisco tem acesso a todos os bens do contribuinte, porque não poderia ter acesso aos seus dados bancários?

3.1.1 Mitigação do princípio da reserva de jurisdição

O princípio da reserva da jurisdição encontra-se previsto no art. 5^a, XXXV da CRFB/88. Referida previsão constitucional preconiza que nenhuma espécie normativa poderá inviabilizar a tutela jurisdicional. A Lei Complementar 105/2001 ao

legitimar a alguns órgãos e entidades a terem acesso aos dados bancários dos cidadãos entendeu pela desnecessidade da autorização judicial. Tal previsão fez surgir grandes questionamentos a respeito da mitigação do princípio da reserva da jurisdição.

Novamente, os defensores da constitucionalidade da LC 105/2001 se pronunciam pela “mitigação” do princípio da reserva da jurisdição pelo fato de que a mera transferência de sigilo não prescinde de prévia autorização judicial, tendo em vista que, o ato de transferir está fora do núcleo de proteção do Art.5º, X, XII da CRFB/88. E, ainda, que o princípio da reserva da jurisdição acoberta tão somente as interceptações telefônicas. Além do mais, caso os legitimados transpassem as barreiras conferidas pela legislação ou venha a cometer abusos, o Poder Judiciário poderá rever os atos praticados em conformidade com o estabelecido na CRFB/88.

3.1.2 Devido processo legal

O princípio do Devido Processo Legal (art. 5, LIV da CRFB/88) abarca uma série de outros princípios constitucionais, implícitos e explícitos que servem para limitar a ação do Poder Público. Como bem ensinou Dantas (apud BULOS, 2010, p. 663): “o verdadeiro significado da terminologia *due process of law*, no nosso idioma, seria a perfeita adequação ao Direito e não devido processo legal.”

São exemplos de princípios abraçados pelo devido processo legal: a isonomia, a inafastabilidade da jurisdição, o duplo grau de jurisdição, a razoabilidade, o juiz e promotor natural, o contraditório e a ampla defesa, a proibição da prova ilícita, a motivação das decisões, a publicidade, a razoável duração do processo e a presunção de inocência.

As entidades e órgãos autorizados pela LC 105/2001, regulamentada pelo Decreto nº 3.724/01, devem observar o procedimento adequado para que não venham a violar o princípio do devido processo legal.

Tal procedimento está insculpido no art. 4º§ 2 do Decreto 3.724/01. Em síntese, o referido dispositivo legal assevera que o devido processo legal será observado quando os legitimados motivam o ato que enquadra o cidadão na categoria de investigado; o investigado é previamente intimado para apresentar informações sobre sua movimentação financeira; e ainda, poderá o Poder Judiciário rever o ato administrativo responsável pela quebra de sigilo bancário.

Dessa maneira, não há o que se falar a respeito de violação do princípio do devido processo legal.

3.1.3 Princípio da capacidade contributiva

O Poder de Tributar dos Estados encontra limite em algumas normas constitucionais, dentre elas o princípio da capacidade contributiva, art. 145, §1º da CRFB/88:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Este dispositivo constitucional tenta desonerar a carga tributária dos cidadãos que não possuam uma condição sócio econômica razoável, senão vejamos a Lição de Luciana Grassano (2008, p.105):

A capacidade contributiva é considerada o critério adequado para se distinguir os contribuintes nas hipóteses em que a finalidade da imposição tributária seja fundamentalmente arrecadatória (finalidade fiscal). Se o fim da lei for garantir que todos contribuam para os gastos públicos, parece claro que, para se atingir esse fim de forma isonômica, deve-se utilizar como critério para diferenciar a participação dos contribuintes frente a esse dever, a capacidade que os mesmos têm para contribuir. Assim, apesar de ser um dever de todos, a participação de cada um vai ser mais ou menos intensa, a depender da maior ou menor capacidade contributiva de cada um.

Seguindo esse entendimento, o Min. Marco Aurélio no julgamento do RE 423.768 (informativo STF 433) afirmou que “o § 1º do art. 145 possui cunho social da maior valia, tendo como objetivo único, sem limitação do alcance do que nele está contido, o estabelecimento de uma gradação que promova justiça tributária, onerando os que tenham maior capacidade para pagamento de imposto.”

Com base nesses fundamentos os defensores da constitucionalidade da lei sustentam que a CRFB/88 ao prever o princípio da capacidade contributiva, na realidade criou uma exceção aos princípios da privacidade e da inviolabilidade da comunicação de dados.

Porém, para que exista essa ponderação entre os dispositivos constitucionais se faz necessária a observação da razoabilidade, sob pena de as garantias

individuais servirem de obstáculo intransponível para o Estado quando este buscar tributar cada um na medida de sua capacidade contributiva.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º DA LC 105/2001

O assunto já foi combatido com exaustividade no tópico 3 do presente trabalho. Entretanto, cabe-nos fazer uma pequena digressão fática para rebater e selar o entendimento defendido na presente monografia, qual seja, pela sua inconstitucionalidade.

4.1 Direito ao sigilo *versus* poder de fiscalização

Conforme, o exposto no tópico (4.1.1) os defensores da constitucionalidade da LC 105/2001 tentam desviar a atenção do real debate a respeito da constitucionalidade do diploma.

Os sofismas estão presentes quando voltam o foco da discussão para a possibilidade de quebra do sigilo bancário, e não para quem realmente é legitimado para proceder a quebra.

A referida manobra é definida por Copi (1978, p. 86) como falácia de conclusão irrelevante, consistente em: “Um argumento que pretende estabelecer uma determinada conclusão é dirigido para provar uma conclusão diferente.”

Nesse sentido, expõe Machado (2010, p. 68):

Se é certo que o direito ao sigilo não é absoluto, devendo ser conciliado com as atribuições de uma fiscalização a fim de prestigiar os princípios da capacidade contributiva e da isonomia, é igualmente certo que as atribuições dessa fiscalização também não são absolutas, e não podem suprimir o direito ao sigilo de que se cuida. A regra é o respeito ao sigilo, sendo exceções a sua quebra, em face de circunstâncias que justifiquem a atribuição de maior peso aos princípios que justificam a fiscalização que aos que protegem a intimidade do fiscalizado.

A outorga concedida pela legislação, ora debatida, transforma a exceção instituída constitucionalmente para a quebra de sigilo em regra, ao possibilitar a regulamentação da LC105/2001 por Decreto.

Além disso, o interesse fazendário não se confunde com o interesse público, tal ideia já fora a muito superada. A voraz ânsia arrecadatória do Estado deve antes de mais nada subordinar-se ao interesse público.

Segundo Folman (2003, p. 142):

Nessa linha, o sigilo bancário justifica-se "mais por razões de interesse público do que privado", pois ao tempo que preserva a confiabilidade no sistema financeiro, respeita objetivamente o direito secular do contribuinte, o que, como membro da comunidade jurídica ao ter resguardada sua privacidade, indiretamente transmite segurança aos demais de que também terão seus direitos resguardados.

A sede de arrecadação do Estado, conforme demonstrado encontra limites no interesse público, que por sua vez é regido por alguns princípios presentes na constituição, dentre eles os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Esses dois princípios são de obrigatória observância no momento de aplicação, criação e regulamentação de qualquer norma.

Nessa linha de raciocínio, chegamos a conclusão de que o sigilo bancário faz parte da intimidade do indivíduo, pois este confia ao banco e em suas intenções, fazendo-o, muitas vezes, seu confidente.

Assim, como o artigo 5º inciso XII da Carta Magna dispõe ser inviolável o sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados..., consubstancia em uma extensão do direito de privacidade previsto no inciso X, uma vez que garante o sigilo de dados, e como operações financeiras são dados, estas estão protegidas pela Constituição.

Esta, por exemplo, é a opinião de Cabral (2001, *on line*, disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1996>), que assim se manifesta:

Sendo o sigilo bancário uma cláusula pétrea, a quebra não poderia ter sido efetuada nem mesmo por uma Emenda, pelo fato de a Constituição Federal, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, repugnar propostas de emendas constitucionais tendentes a abolir direitos e garantias individuais, como são as garantias de inviolabilidade de dados e da intimidade.

Aqueles que advogam a inconstitucionalidade da Lei Complementar, no qual o autor deste trabalho se perfilha, sustentam que para que o Fisco tenha acesso aos dados bancários do contribuinte, imperioso que este tenha uma ordem judicial, uma vez que, a participação do Poder Judiciário não pode ser suprimida, pois estaria se ferindo o Princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial, previsto no artigo 5º,

XXXV, da CF/88, segundo o qual: “a lei não excluía da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Somado a isso, se não houver a participação do Poder Judiciário, a violação de um direito extremamente relevante não se sujeitaria ao contraditório e a ampla defesa, já que seria um ato tomado em sede de fiscalização, de forma arbitrária, violando o princípio da intimidade e o direito à privacidade.

Em outras palavras, a quebra do sigilo bancário é o exercício da voracidade arrecadatória do fisco, para quem os fins justificam os meios e, portanto, permite abrir possibilidade de eliminar os obstáculos ou vedações constitucionais.

O julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452, de 16 de setembro de 1999, os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio Mello, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Carlos Velloso, pronunciaram-se favoravelmente quanto a necessidade de apreciação de Apreciação do Poder Judiciário na determinação da Quebra do Sigilo bancário; desse modo, a decisão culminou a tese de inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2011. Ou seja, admite-se a quebra do sigilo apenas mediante ato de órgão equidistante (Estado—Juiz).

Por fim, a doutrina e jurisprudência ainda são convergentes; ainda relativamente ao tema, em reconhecimento de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

RE 387.604

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA RECEITA FEDERAL: IMPOSSIBILIDADE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Relatório

1. Recurso extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“EMBARGOS INFRINGENTES. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS VERSUS ORDEM TRIBUTÁRIA HÍGIDA. ART. 5º, X e XII. PROPORCIONALIDADE.

1. O sigilo bancário, como dimensão dos direitos à privacidade (art. 5º, X, CF) e ao sigilo de dados (art. 5º, XII, CF), é direito fundamental sob reserva legal, podendo ser quebrado no caso previsto no art. 5º, XII, 'in fine', ou quando colidir com outro direito albergado na Carta Maior. Neste último caso, a solução do impasse, mediante a formulação de um juízo de concordância prática, há de ser estabelecida através da devida ponderação dos bens e valores, in concreto, de modo a que se identifique uma 'relação específica de prevalência' entre eles.

2. No caso em tela, é possível verificar-se a colisão entre os direitos à intimidade e ao sigilo de dados, de um lado, e o interesse público à arrecadação tributária eficiente (ordem tributária hígida), de outro, a ser

resolvido, como prega a doutrina e a jurisprudência, pelo princípio da proporcionalidade.

3. Com base em posicionamentos do STF, o ponto mais relevante que se pode extrair desse debate, é a imprescindibilidade de que o órgão que realize o juízo de concordância entre os princípios fundamentais - a fim de aplicá-los na devida proporção, consoante as peculiaridades do caso concreto, dando-lhes eficácia máxima sem suprimir o núcleo essencial de cada um - revista-se de imparcialidade, examinando o conflito como mediador neutro, estando alheio aos interesses em jogo. Por outro lado, ainda que se aceite a possibilidade de requisição extrajudicial de informações e documentos sigilosos, o direito à privacidade, deve prevalecer enquanto não houver, em jogo, um outro interesse público, de índole constitucional, que não a mera arrecadação tributária, o que, segundo se deduz dos autos, não há.

4. À vista de todo o exposto, o Princípio da Reserva de Jurisdição tem plena aplicabilidade no caso sob exame, razão pela qual deve ser negado provimento aos embargos infringentes” (fl. 275).

2. A Recorrente alega que o Tribunal a quo teria contrariado o art. 5º, inc. X e XII, da Constituição da República.

Argumenta que “investigar a movimentação bancária de alguém, mediante procedimento fiscal legitimamente instaurado, não atenta contra as garantias constitucionais, mas configura o estrito cumprimento da legislação tributária. Assim, (...) mesmo se considerarmos o sigilo bancário como um consectário do direito à intimidade, não podemos esquecer que a garantia é relativa, podendo, perfeitamente, ceder, se houver o interesse público envolvido, tal como o da administração tributária” (fl. 284).

Analizados os elementos havidos nos autos, DECIDO.

3. Razão jurídica não assiste à Recorrente.

4. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 389.808, Relator o Ministro Marco Aurélio, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal afastou a possibilidade de ter acesso a Receita Federal a dados bancários de contribuintes:

“O Plenário, por maioria, proveu recurso extraordinário para afastar a possibilidade de a Receita Federal ter acesso direto a dados bancários da empresa recorrente. Na espécie, questionavam-se disposições legais que autorizariam a requisição e a utilização de informações bancárias pela referida entidade, diretamente às instituições financeiras, para instauração e instrução de processo administrativo fiscal (LC 105/2001, regulamentada pelo Decreto 3.724/2001). Inicialmente, salientou-se que a República Federativa do Brasil teria como fundamento a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e que a vida gregária pressuporia a segurança e a estabilidade, mas não a surpresa. Enfatizou-se, também, figurar no rol das garantias constitucionais a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII), bem como o acesso ao Poder Judiciário visando a afastar lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV). Aduziu-se, em seguida, que a regra seria assegurar a privacidade das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, sendo possível a mitigação por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. Observou-se que o motivo seria o de resguardar o cidadão de atos extravagantes que pudessem, de alguma forma, alcançá-lo na dignidade, de modo que o afastamento do sigilo apenas seria permitido mediante ato de órgão equidistante (Estado-juiz). Assinalou-se que idêntica premissa poderia ser assentada relativamente às comissões parlamentares de inquérito, consoante já afirmado pela jurisprudência do STF” (Informativo n. 613).

O acórdão recorrido não divergiu dessa orientação.

5. Nada há, pois, a prover quanto às alegações da Recorrente.

6. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).
Publique-se.
Brasília, 23 de fevereiro de 2011.
Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora [...].”

Diante do acima exposto conclui-se que somente o Poder Judiciário, como órgão imparcial, e a quem a Constituição Federal concedeu o poder de dizer o direito, é que poderá decidir se o interesse público é de tal grandeza que poderá suplantar um direito individual. Assim, o legislador ao criar e regulamentar a L.C. 105/2001 não analisou com o costumeiro cuidado a Carta Magna, tendo em vista que esta legislação perseguiu fins diferentes daqueles outros protegidos pela constituição ao relativizar uma exceção ao ponto de torná-la regra.

4.1.1 Transferência de dados

A argumentação de que a Lei Complementar 105/2001 institui uma hipótese de transferência de dados e não uma quebra de sigilo, de modo algum deve prosperar.

Como restou demonstrado no presente estudo, ocorre a quebra de sigilo bancário quando um terceiro não autorizado tem acesso aos dados particularidades dos clientes. Dessa maneira, somente os correntistas e as instituições financeiras são abraçados pelo sigilo bancário. A tentativa de mitigar o sigilo bancário, por meio da falácia de que ocorre mera transferência de dados não deve assustar, haja visto que quando este é quebrado por ação fiscal, pela Secretária da Receita Federal do Brasil, a própria fiscalização já é o terceiro, violador do princípio.

A corroborar o entendimento acima encetado, vejamos a reflexão de Sá (2010):

Arremata-se, por fim, que é sofisma afirmar que a transferência de informações da instituição financeira ao fisco não seria quebra do sigilo bancário e sim transferência do dever de sigilo do banco para o fisco. Ora, como já se disse em linhas outras, ainda que possua interesse público e que esse interesse público no caso concreto venha a ser mais caro e mais importante do que o direito à intimidade e privacidade, esse fato não muda uma realidade, qual seja, a de que o FISCO não é parte da relação entre o contribuinte e a instituição financeira. Logo, quando se passa ao fisco os detalhes e minúcias da relação havida entre o contribuinte e a instituição financeira, se está a divulgar dados a terceiro, eis que o fisco aí é terceiro.

Os dados divulgados, como antes se disse, são dados da intimidade do contribuinte, relativos à sua vida privada e, como tal, quando revelados a terceiros expõem a intimidade e privacidade do contribuinte ao terceiro.

Esta revelação, quando se dá sem a autorização do contribuinte, que é o titular da intimidade e privacidade devassada, caracteriza e materializa a VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE, PRIVACIDADE E SIGILO BANCÁRIO.

Para que ocorra a violação não é necessário que várias pessoas tenham acesso a ela, mas, sim, que uma e tão-somente uma terceira pessoa estranha a relação havida entre o cidadão e o banco tenha acesso aos dados bancários.

Quando isso ocorre – e isso corre quando o banco transfere os dados ao Fisco – violou-se a intimidade e privacidade do contribuinte, bem como o seu sigilo bancário, mesmo que o fisco mantenha sigilo sobre as informações recebidas.

Nesse passo, assevero que o cidadão não tem direito à privacidade apenas em face de determinadas pessoas, mas sim em face de toda a coletividade. Releva notar, que os direitos e garantias individuais surgiram justamente para ser oponíveis ao Poder Público que historicamente é o ente que mais os viola.

4.1.2 Princípio da reserva da jurisdição

O cerne do princípio da reserva da jurisdição é garantir que qualquer lesão ou ameaça de lesão a determinados direitos só possam sofrer atenuações mediante prévia autorização judicial. No que se refere, aos princípios da reserva da jurisdição e ao sigilo bancário a Carta Magna é muito clara ao prescrever que a quebra de sigilo bancário só poderá ser procedida nos casos de investigação criminal ou instrução processual, mediante autorização judicial.

O caráter da quebra do sigilo bancário é tão extremo que à sua quebra é indispensável a comprovação de autoria e materialidade delitiva, além da uma fundamentação razoável, um motivo racional e uma suspeita objetiva coerente. Ou seja, é uma medida que deverá ser tomada apenas em um último caso, após esgotados todos os outros meios possíveis para a consecução de seu objetivo.

Dessa forma, a argumentação de que caso a Administração Tributária venha a tornar público os dados do contribuinte (após a quebra administrativa do sigilo) geraria uma responsabilização não deve prosperar uma vez que a culpabilidade sempre será feita após o aparecimento do dano e nesse caso a futura reparação é insuficiente em comparação com a mazela causada.

Ante as dificuldades em reparar os danos, impõe-se o controle preventivo para limitar a quebra de sigilo bancário. Se, por acaso, vier ser necessário o acesso aos dados bancários do contribuinte para enquadrá-lo em algum tipo de delito, bastaria à Administração tributária solicitar ao judiciário a quebra do referido sigilo.

O que não pode existir é a violação indiscriminada de uma garantia constitucional, ao ponto de presumir que toda a sociedade sonega tributos. As dificuldades impostas para a quebra de sigilo foram erigidas com o intuito de preservar os contribuintes das arbitrariedades via de regra cometidas pela Administração estatal.

Nesse passo, tem-se que a CRFB/88 não concedeu à Administração Pública poder para tolher garantias constitucionais dos contribuintes e muito menos para possibilitar ao eventual infrator uma maneira de praticar atos ilícitos, tanto que nomeou o Poder Judiciário como sendo o encarregado para mitigar a necessidade da garantia em vista do interesse público.

4.1.3 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e TRF 1º Região

Diversos são os acórdãos favoráveis à inconstitucionalidade da Lei Complementar 105/2001, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, quase sempre se valendo da necessidade da autorização do Poder Judiciário para a quebra do sigilo bancário.

Importante mencionar o Acórdão proferido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 1994, que tratou da matéria no julgamento do Recurso Especial nº 37.566-5/RS:

TRIBUTÁRIO.SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA COM BASE EM PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO-FISCAL. IMPOSSIBILIDADE

O sigilo bancário do contribuinte não pode ser quebrado com base em procedimento administrativo-fiscal, por implicar indevida intromissão na privacidade do cidadão, garantia esta expressamente amparada pela constituição federal (artigo 5º, inciso X). Por isso, cumpre as instituições financeiras manterem sigilo acerca de qualquer informação ou documentação pertinente a movimentação ativa e passiva do correntista/contribuinte, bem como dos serviços bancários a ele prestados. Observadas tais vedações, cabe-lhes atender as demais solicitações de informações encaminhadas pelo Fisco, desde que decorrentes de procedimento fiscal regularmente instaurado e subscrito por autoridade administrativa competente.

Apenas o poder judiciário, por um de seus órgãos, pode eximir as instituições financeiras do dever de segredo em relação as matérias arroladas em lei.

Interpretação integrada e sistemática dos artigos 38, §5º, da Lei nº 4.595/64 e 197, inciso II e §1º do CTN. (Resp nº 37566, Processo nº 199300218980/RS – Primeira Turma, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, 02/02/1994, DJ 28/03/1994, p. 6294).

Nesse mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em um dos seus mais emblemáticos acórdãos sobre o tema, assim se manifestou:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA OBTIDA POR QUEBRA ILEGAL DE SIGILO- AUTUAÇÃO FISCAL POR OMISSÃO DE RECEITA (IRPF) – AGRAVO NAO PROVIDO.

1. A movimentação bancária e eventuais sinais exteriores de riqueza outros não consubstanciam, per si, prova de elevação patrimonial e omissão de receita nas declarações anuais para fins de IR.

2. A quebra de sigilo bancário somente se legitima se efetuada em respeito a lei – *in casu*, ademais, tal não houve, eis que as requisições foram dirigidas pelo Fisco diretamente as instituições financeiras sem o crivo judicial.

3. Precedentes desde TRF1 e Súmula nº 182 do Extinto TFR (Agravo de Instrumento nº 01000088038, Processo nº 200201000088038/AC, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral. 26/08/2003, DJ 19/09/2003, p. 131).

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO POR AUTORIDADE FISCAL – INFORMAÇÕES QUE NAO ENVOLVAM ATOS DE CRÉDITOS E DÉBITOS – POSSIBILIDADE

4. O Fisco somente tem autorização legal para exigir das instituições financeiras informações acerca de negócios, bens, operações e atividades que não envolvam atos de créditos ou débitos, ou prestação de serviços (portanto, não pode revelar, por exemplo, operações de crédito ou débito do correntista), *ex vi* do artigo 197 do Código Tributário Nacional, e artigo 38, §5º, da Lei nº 4.595/64, então vigente.

5. A Lei Complementar nº 105/2001, artigo 6º, outorgou ao Fisco, *motu próprio*, a ruptura do sigilo desde que haja procedimento administrativo aberto e, a juízo da autoridade fazendária competente, seja indispensável a obtenção dos dados sigilosos do contribuinte, o que não foi comprovado nos autos. (Apelação em Mandado de Segurança nº 01381317, Processo nº 199601381317/DF, Terceira Turma Suplementar, Relator Juiz Evandro Reimão dos Reis (Conv.), 03/10/2001, DJ 29/04/2002, p.501).

Tem-se, portanto, que a jurisprudência vem se inclinando pela ilegalidade da quebra do sigilo bancário do contribuinte sem autorização judicial.

Nesse sentido, cabe-nos aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria em questão, que é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A função fiscalizatória tem seus limites estabelecidos nos direitos e garantias individuais, dentre os quais encontram-se o sigilo bancário. E, não há que se falar na impossibilidade de quebra de sigilo bancário em vista do princípio da “reserva absoluta de jurisdição”, na medida que o Estado Constitucional de Direitos e Garantias não legitima a ideia de que o Poder Público esteja alijado da disposição do poder de auto execução, no exercício regular de suas competências legais e constitucionais, sempre – é claro – sob o regime de controle, *a priori*, mas igualmente, *a posteriore* e de efetiva e ampla responsabilidade, seja do próprio ente, seja do respectivo agente.

Nos termos do artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal “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 forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual.

O artigo 145, §1º, do Texto Maior, por sua vez, estabelece o quanto segue:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos.

[...]

§1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir a efetividade a esses objetivos identificar, respeitados individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Da leitura combinada dos dispositivos constitucionais acima transcritos, denota-se que a proteção ao princípio do sigilo bancário possui sede constitucional, como um direito e garantia individual, constituindo-se, portanto, em cláusula pétrea da Carta Magna, de modo que ao se proteger o sigilo bancário está se resguardando a intimidade e a vida privada da pessoa, seja ela física ou jurídica.

A despeito de ser uma cláusula pétrea, este preceito pode ser relativizado, o que não significa, todavia, que o interesse público possa se sobrepor indiscriminadamente sobre o direito individual, mormente quando não há qualquer indício de fraude à legislação tributária, tal como se verifica no caso vertente.

Com efeito, é certo que não há no sistema constitucional direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mas é imprescindível que o órgão que realize o juízo de concordância entre os princípios fundamentais aplique-os de forma proporcional, a fim de proteger de um lado a integridade do interesse social e de outro as liberdades individuais.

Corroborando o acima exposto, é o entendimento da Primeira Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que ao analisar a colisão dos direitos fundamentais, diante da quebra do sigilo bancário do contribuinte, se manifestou que a imprescindibilidade de que o órgão realize o juízo de concordância entre os princípios fundamentais, a fim de aplica-los na devida proporção. :

Não é outro o entendimento da doutrina, conforme se extrai da lição de Sunfeld (p. 67/69), *in verbis*:

O Estado de Direito é governado por uma fundamental finalidade: fazer com que o exercício do poder político não elimine o necessário espaço de liberdade individual. A sociedade que o Estado de Direito quer construir é aquela onde os indivíduos disponham do máximo possível de liberdade e onde, não obstante, se possam realizar os interesses públicos. Ao Estado de Direito não basta a submissão das autoridades públicas à lei - senão, é evidente, a superioridade da lei seria um fim em si. Fundamental que o sistema sirva à preservação da liberdade.

Por isso, a lei não pode tudo. A própria Constituição lhe prescreve limites: os direitos individuais e coletivos que protege, de modo implícito ou explícito, os quais não de ser preservados, ainda quando o legislador preferisse suprimi-los, em nome de um entendimento pessoal no sentido do interesse público.

Decerto que a garantia de direitos em favor dos indivíduos - preocupação central do sistema do Estado de Direito - não impede o Estado de regulá-los por via legislativa. Porém, os condicionamentos que da lei resultem para os direitos só serão legítimos quando vinculados à realização de interesse público real, importante e claramente identificado.

Todo condicionamento é constrangimento sobre a liberdade. Esta, sendo valor protegido pelo Direito, só pode ser comprimida quando inevitável para a realização de interesses públicos. Daí a enunciação do princípio da mínima intervenção estatal na vida privada. Por força dele, todo constrangimento imposto aos indivíduos pelo Estado deve justificar-se pela necessidade de realização do interesse público. O legislador não pode cultivar o prazer do poder pelo poder, isto é, constranger os indivíduos sem que tal constrangimento seja teologicamente orientado. O princípio da mínima intervenção estatal na vida privada exige, portanto, que: a) todo condicionamento esteja ligado a uma finalidade pública, ficando vetados os constrangimentos que a ela não se vinculem; b) a finalidade ensejadora da limitação seja real, concreta e poderosa; c) a interferência estatal guarde relação de equilíbrio com a inalienabilidade dos direitos individuais; e d) não seja atingido o conteúdo essencial de algum direito fundamental.

Como se vê, o direito ao sigilo de dados somente poder ser preterido em prol do interesse público quando houver fortes indícios de que alguma atividade ilícita esteja sendo praticada, o que evidentemente não se verifica no caso sob comento.

Ademais, sabe-se que a Receita Federal, com o objetivo de aumentar, sem limites, a arrecadação, instrumentaliza-se com procedimentos ofensivos as garantias previstas no texto constitucional, ou seja, diante da voracidade arrecadatória do fisco, para quem os fins justificam os meios e, portanto, permite abrir a possibilidade de eliminar os obstáculos ou vedações constitucionais.

Isso não pode acontecer!

Nessa hipótese, por força, do artigo 5º, inciso XII, *in fine*, da Constituição Federal, a quebra do sigilo bancário somente poderá advir de ordem judicial, não podendo tal atribuição ser delegada a outro órgão, que não o Poder Judiciário, sob pena de violação a uma cláusula pétrea.

Nesse sentido, vale trazer à colação, trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo. Ministro Carlos Mário, da Colenda Segunda Turma do Egrégio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 219.780:

CONSTITUCIONAL SIGILO BANCÁRIO. QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF. ART. 5º, X.

1. Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie do direito à privacidade, 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 corrente sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.

Dessa forma, somente prova robusta do ilícito é que poderia determinar a quebra do sigilo bancário pelo Poder Judiciário, e desde que obedecidos os trâmites legais pertinentes e respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Conclui-se, portanto, que o artigo 6ª da Lei Complementar nº 105/01, que veicula a possibilidade das autoridades administrativas quebrarem o sigilo bancário é incompatível com os princípios constitucionais vigentes, visto que o sigilo de dados nem sempre pode se opor ao interesse público, sendo certo que sua quebra somente pode decorrer de determinação judicial.

E não se alegue que a quebra do sigilo bancário justificar-se-ia em razão do seu poder fiscalizatório, conferido pelo 1º do artigo 145 do Código Tributário Nacional, uma vez que está expressamente consignado no referido dispositivo, que a despeito de o Poder Público gozar de amplos poderes e de todos instrumentos necessários para apurar a ocorrência do fato imponible, ele deve respeitar os direitos individuais.

Por fim, não há que se falar que Receita Federal do Brasil não pode tomar qualquer outra atitude, senão solicitar a quebra do sigilo bancário do contribuinte, pois sua atividade é vinculada, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal. Ocorre, entretanto, que os atos autorizados ao Fisco pela Lei Complementar nº 105/01 são claramente discricionários, na medida que cabe ao ente arrecadador decidir quais pessoas serão fiscalizadas, sem qualquer respaldo na lei, tal como determina o artigo 37 do Texto Maior.

Cumprir registrar que nada justifica a discricionariedade da medida ora estudada, porquanto tais atos manipulam direitos e garantias individuais tornados indisponíveis pela Constituição Federal que os assegura como cláusulas pétreas (artigo 5º, X e XII). Dessa forma, é certo que a aludida Lei Complementar nº 105/01 caminha em sentido contrário ao da Constituição Federal quanto ao princípio da legalidade, conforme leciona Bonavides (1983, p. 115):

O princípio da legalidade nasce do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem obrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a inquietude, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas.

Resta evidente, portanto, que o poder fiscalizatório da Administração está subordinado aos direitos e garantias individuais, não podendo prevalecer sob as vedações contidas no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal.

Por derradeiro, mas não menos importante, salienta-se que o contribuinte não pode ser obrigado a fornecer extratos ou comprovantes de origem dos recursos, tendo em vista que tal diligência cabe exclusivamente ao agente fiscal encarregado pela fiscalização. Ademais, ninguém pode ser obrigado a apresentar documentação,

tendo em vista que é princípio constitucional de que todos se presumem inocentes, bem como não pode o contribuinte produzir provas contra si próprio.

Assim, conclui-se diante de todos os fatos alinhados no presente trabalho que a Lei Complementar 105/2001, ao autorizar a quebra automática do sigilo bancário do contribuinte por meio de requisições de movimentações financeiras sem o amparo de ordem judicial fundamentada, incorre em flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. **A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10. Pg. 144-185.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Limitações Legais ao Sigilo Bancário. **Revista de Direito do Consumidor**, abr./jun. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 set. 2014.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/LeisComplementares/2001/leicp105.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 de outubro de 1966.

BULOS, Uadil Amêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, Luiz Rodolfo. Argumentos contra a quebra de sigilo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n.50, 1 abr. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1996>. Acesso em: 21 nov. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, v. 1.

COELHO, Sacha Navarro. **Caderno de Pesquisas Tributárias**. . ed. São Paulo: Saraiva, v. 18, 1993.

DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 13, p. 13-51, jan./mar. 2001.

FOLMAN, Melissa. **Interpretação Constitucional e Princiológica e Sigilo**. Curitiba: Juruá, 2003.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. **CPI e o sigilo bancário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n° 38, 1 jan. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/204>. Acesso em 14 dez 2014.

GOMES, Luiz Flávio; SALOMÃO, Heloísa Estelina (Org.). **Direito Penal Empresarial - Crimes tributários e quebra do sigilo bancário**. São Paulo: Dialética, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

LOURENÇO, Claudia Luiz. **A quebra do sigilo Bancário pelas autoridades fiscais com o advento da LC 105/2001**.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Atlas, 2005, v. 3.

MARTINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (administrative e judicial)**, São Paulo: Dialética, 2001.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Estado social e tributação: uma abordagem sobre o dever de informar e a responsabilidade por infração**. Recife: UFPE, 2008.

MÉLO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Estado social e tributação: uma abordagem sobre o dever de informar a responsabilidade por infração**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2008, P. 105.

MONTEIRO, Camila de Carvalho. **Quebra do Sigilo Bancário pela Administração Tributária: Análise da constitucionalidade do tema à luz dos princípios constitucionais**. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 10 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48535&seo=1>>. Acesso em: 1 dez. 2014.

PIZOLIO, Reinaldo; VIEGAS JÚNIOR, Jayr. **Sigilo fiscal e bancário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

QUEZADO, Paulo; LIMA, Rogério. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

SÁ, Luiz Ricardo de Azeredo. **A quebra do sigilo bancário pelo Fisco. Perigoso precedente judicial que afronta direito e garantia individual assegurado pela Constituição da República**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2723, 15 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18035>. Acesso em: 21 nov. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

SLIVINSKIS, Hugo Brazioli. Quebra de Sigilo Bancário. **UFSC**, 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14612-14613-1-PB.htm>>. Acesso em: 22 set. 2014.

SUNFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. O Sigilo Bancário. **ABADPP**, [200-]. Disponível em: <<http://www.abadpp.com.br/upload/sigilobancario.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

VALENTE, Christiano. **Sigilo Bancário - Obtenção de Informações pela Administração Tributária Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.