

A CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA. DIREITO INDIVIDUAL À PRIVACIDADE VERSUS SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

*Fabio Henrique Martareli*¹

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata de um conflito interpretativo entre as disposições da Lei Complementar n.º 105/2001 (lei do sigilo bancário), artigos 5º e 6º e a Constituição Federal brasileira, mais especificamente os artigos 5º, incisos X e XII e artigo 145 §1º, que regulamentam a possibilidade do poder executivo, por meio do da Administração Pública, proceder à quebra de sigilo bancário de contribuintes sem que seja observada a reserva de jurisdição para tanto. Introduce o tema baseado no direito à intimidade consagrada pela Constituição. Fundamenta, ainda, nos conceitos de direito administrativo, tal como o poder de polícia e a supremacia do interesse público sobre o particular e finaliza demonstrando o que pensam os doutos ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca do tema. O presente trabalho fora desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica pelo método qualitativo/ indutivo.

PALAVRAS-CHAVE

Quebra de sigilo bancário. Direito à intimidade. Supremacia do interesse público sobre o particular.

¹ Estudante de direito do Univem, com experiência em serviço público - Procuradoria da Fazenda Nacional.

INTRODUÇÃO

Com o advento da era dos direitos fundamentais e com a crescente valorização dada a tais direitos e garantias na carta constitucional de 1988, grande problemática, ainda *sub judice* perante a suprema corte constitucional, nascera acerca da interpretação extensiva ou restritiva da aplicação da supremacia do interesse público em face do direito individual à privacidade, quanto à atividade típica do Estado em fiscalizar a intimidade financeira de determinados contribuintes, gerando forte impasse constitucional acerca dessa modalidade interventiva.

Na temática em questão, verifica-se tratar de direitos fundamentais de *status negativo*, ou seja, um dever de o Estado não interferir na esfera individual das pessoas. Portanto, o debate a ser elaborado acerca da constitucionalidade do tema tem suas bases no princípio da reserva de jurisdição, esculpida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que atribui, com exclusividade, ao poder judiciário a discricionariedade de deferir ou indeferir pedidos de quebra de sigilo bancário de contribuintes, e no poder-dever da administração tributária em fiscalizar, autuar e realizar diligências que, motivadamente, forem necessárias para a apuração de ações ou omissões tributárias geradoras de ilícitos em geral, em sede administrativa, conforme previsão legal constante do corpo de texto da Lei Complementar n.º 105/2001, em seu artigo 5º e 6º, Lei e entendimentos calcados no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Nesta toada, o presente trabalho visa examinar a juridicidade da quebra de sigilo bancário de contribuintes pelos órgãos da Administração Tributária, de maneira direta, isto é, independentemente de intervenção do Poder Judiciário.

1 DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

1.1 Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Nas palavras de Canotilho (1994, p. 541), os direitos e garantias fundamentais devem ser analisados sobre duas perspectivas de competência, quais sejam, a competência negativa e perspectiva positiva.

Destarte, entende-se das palavras retro transcritas que se trata de garantias e direitos preconizados na carta constitucional que limitam a atuação arbitrária do Estado em face dos particulares, garantindo aos cidadãos, destinatários de tais direitos, um rol protetivo mínimo no qual o poder público não poderá interferir

negativamente, sem a prévia chancela judicial, preservando, com isso, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, prescrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Já na visão de David Araújo e Nunes Júnior (2010, p.132), os direitos e garantias fundamentais possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade e necessidades.

Sob o entendimento consolidado nas palavras dos autores acima mencionados, os direitos e garantias fundamentais tratam-se de cláusulas imprimidas no texto maior que visam estabelecer um condão mínimo no convívio entre o ente público e particular, de forma a promover certa harmonia nesta relação, que, naturalmente, é desequilibrada, haja vista que o Estado possui o *ius imperium*, ou seja, o poder de impor sobre os administrados as suas vontades.

Diante de todo o conteúdo exposto, insta mencionar que os direitos e garantias fundamentais que se passará a discorrer são aqueles advindos, na acepção das ideias da primeira geração de direitos e garantias fundamentais, voltados para a preservação dos direitos individuais à privacidade, à intimidade e ao sigilo de dados.

1.2 Do direito individual à vida privada: breves explicações sobre os conceitos de direito à intimidade e à Privacidade. Diferenças nas acepções jurídicas.

A Constituição Federal, ao prescrever que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5.º, X), concebeu tais direitos como diversos uns dos outros.

Afonso da Silva (1998, p. 2009) usa a expressão direito à privacidade num sentido genérico e amplo, abarcando todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o inciso X do art. 5.º consagrou.

Toma-se a privacidade como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isto poder ser compelido pelo poder estatal ou por outro indivíduo.

Historicamente, atribui-se ao juiz americano Cooly, em 1873, a primeira manifestação pretoriana reconhecendo o direito à privacidade, quando este identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: *right to be alone*. Na mesma oportunidade, a Suprema Corte norte-americana prolatou que o *right of privacy* (direito à privacidade) compreende o direito de toda

pessoa tomar sozinha as decisões na esfera de sua vida privada.

Aludido direito constitucional desdobra-se em outros dois direitos subjetivos do indivíduo: o direito à vida privada e o direito à intimidade.

O direito à vida privada consiste no conjunto de modo de ser e de viver, como a faculdade de o indivíduo viver sua própria vida. Parte-se da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto de pesquisas e das divulgações de terceiros, justamente porque é pública. Já a vida interior que se “debruça” sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos é que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição Federal.

Nesse íterim, aprofundando-se no conceito que afunilará o tema, para Pinho (2014, p. 136) “o direito à privacidade é gênero, dos quais são espécies os direitos à intimidade e à vida privada”.²

Na visão Pinho (2014, p. 137), o direito à privacidade reflete “o relacionamento de uma pessoa com seus familiares. Trata-se de levar a vida pessoal sem a intromissão de terceiros de forma geral.

Já o direito a intimidade, na visão de Vidal Junior (2010, p. 174) tem valor exatamente quando oposto ao de privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade.

Aduz, ainda, o escritor acerca da teoria alemã das esferas, de maneira explicativa que “poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria apostado um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade.

Desta forma, é perceptível que os conceitos são diferentes e, portanto, de aplicabilidade distinta, sendo oportuno para a presente monografia ressaltar que tais direitos são de conceito indeterminado e aberto, devendo haver sopesamento na aplicabilidade dos direitos e garantias em face do sigilo de informações ora preconizado.

1.3 Do direito à intimidade e o englobamento das espécies de sigilo.

Dentre as diversas formas de sigilo protegidas constitucionalmente por meio da reserva de jurisdição, estão as prescrições descritas no artigo 5º, inciso XII, da Constituição

² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 2009.

Federal da República Federativa do Brasil, quais sejam, o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Por possuir alto grau de subjetividade e, por inexistir substancialmente na norma conceito que delimite com precisão seu significado e extensão, tal norma tem sua conceituação momentaneamente definida pelos interpretes do direito, de forma a considerar os entendimentos majoritários descritos na doutrina e nos textos jurisprudências, comprovando, assim, a classificação de tal norma como conceitual aberta e indeterminada.

Nesse ínterim, prescreve Bernardi (2005, p. 57) que “apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente a interceptação telefônica, entende-se que **nenhuma liberdade individual, ainda que com status de direito fundamental, é absoluta** (BERNARDI, 2005, p. 57).

A interpretação que o autor quis promover, *mutatis mutadis*, foi a da proporcionalidade no uso da norma garantidora objeto do presente trabalho, mostrando que se o caso concreto demonstrar a necessidade de violação de tal direito para salvaguardar interesse de maior valor, qual seja, o interesse público e coletivo na efetiva e igualitária coleta de impostos, em observância ao princípio da justiça tributária, o estado deverá assim proceder.

Desta forma, o que se veda pelo ordenamento jurídico é a obtenção de informações de maneira discricionária, sem fundamentação ou necessidade clara e prévia, (necessidade de se produzir prova documental no procedimento administrativo fiscal). Proíbe-se a utilização do *ius imperium* do Estado para “bisbilhotar” a vida alheia, para obter informações que não foram expostas às fontes públicas por razões distantes daquelas ditadas pelo interesse público.³

Ao passo que a pretensão da diligência da vida privada de determinado contribuinte, quando solicitadas informações às instituições financeiras e bancárias é a obtenção de dados interessantes à administração em geral, há, acima de tudo, interesse do Estado em aplicar justiça social em suas relações, haja vista ser ele o detentor do *ius puniendi*, ou seja, o direito de punir eventuais infratores, sonegadores de impostos aos cofres públicos.⁴

Diante dos argumentos expostos resta analisar se a interpretação dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal à intimidade reflete a busca pela interpretação autêntica e teleológica da norma.

³ BULOS, Lammêgo Bulos. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 476.

⁴ BULOS, Lammêgo Bulos. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 484.

2 DO DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS AÇÃO FISCALIZATÓRIA DA ADMISNISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Atuação administrativa e o poder de fiscalização

Carvalho Filho assevera (2015, p. 75-76) que o Estado necessita de mecanismos que garanta a colimação de suas finalidades, a fim de preservar o interesse público, instrumentando os órgãos que o representam para um bom desempenho de sua missão.

Assim, quando um agente público age em conformidade com a estrita legalidade e procede à investigação de determinadas atividades ou situações econômicas que envolvam determinados bens ou pessoas, não o faz em desatendimento a esses comandos, mas sim com total observância a eles, uma vez que deve atuar sobre as necessidades públicas e fazer destas prioritárias sobre os particulares, limitando, destarte as garantias individuais.

Sob a ótica do programatismo constitucional, quando se realiza determinada atividade fiscalizatória, busca-se contemplar, a priori, um dos objetivos fundamentais relatados no texto constitucional, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária no que tange à efetiva distribuição do “indigesto” ônus de pagar impostos.

Neste linear, salienta Carvalho Filho (2015, p. 86) que “Não adiantaria deter o estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse dos mecanismos necessários para à fiscalização da conduta destes. Assim, o poder de polícia reclama do poder público à atuação de agentes fiscalizadores de conduta dos indivíduos.”⁵

Complementando o conceito doutrinário atribuído ao Poder de Polícia, encontra-se o significado da prerrogativa de autoexecutoriedade

Por autoexecutoriedade dos atos administrativos compreende-se a prerrogativa de a Administração Pública proceder às estipulações ou propostas do ato administrativo por conta própria, sem a necessidade de intervenção de outro poder ou órgão.

Cumpre salientar que a autoexecutoriedade do ato administrativo fiscalizatório compreende a desnecessidade de chancela judicial para que o poder

⁵ MEIRELLES, HELY LOPES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007, p. 162

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2015, p. 123-124.

executivo exerça sua função precípua, qual seja, de administrar e fiscalizar os cidadãos e seus respectivos bens e negócios, haja vista que existe interesse econômico por parte do Estado.

2.2 Da supremacia dos interesses públicos sobre os interesses particulares: breves explicações⁶

Esta prevalência de interesse trata-se de conceito aberto e indeterminado, porém, determinável, tratado pela doutrina como dever do Estado em promover políticas públicas que atendam as necessidades coletivas e o interesse social, *a priori*. Por isso, supremacia do interesse público consubstancia-se no dever que o estado possui em realizar suas atividades, suas compras e suas finalidades com a maior proximidade possível de seus interesses

De outra sorte, prescreve Di Pietro (2003, p. 68) que, “Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei, como no momento da sua execução em concreto pela administração pública. Inspirando e vinculando o legislador e a autoridade em sua atuação.”

Diante do exposto, fica demonstrado que a interferência promovida pelo Poder Público na privacidade das pessoas resta justificada no dever que o Estado tem de defender os interesses coletivos, de promover a isonomia de tratamento e, fazer prevalecer, em virtude do *ius imperium*, os interesses que atendam às necessidades de uma vasta gama de pessoas ou grupos.

2.3 Fundamentos constitucionais pertinentes

Em atendimento aos pressupostos de validade das normas legais atinentes a fiscalização tributária, impende relacionar os fundamentos impressos no texto constitucional que autorizam a realização da atividade administrativa fiscalizatória, sem que haja interferência de outro poder para sua efetivação (desnecessidade de observar a reserva de jurisdição).

Nesta toada, passa-se a empenhar a seguir os fundamentos específicos de validade da fiscalização administrativa exercida pelo poder executivo, qual seja, aqueles fundados na Teoria dos Poderes Implícitos (*inherent powers*).

⁶JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed ver. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 377

Por isso, ressalta-se que o princípio em comento é fomentado, de maneira não expressa na Constituição Federal, mas está presente nas interpretações constitucionais implícitas reconhecida a determinados princípios não previstos física e expressamente na Constituição Federal de 1988, demonstrando total alinhamento com o interesse público, em especial, com o interesse em evitar a prática de ilícitos em matéria tributária.

Acerca do tema, assevera o autor Pedro Lenza (2012, p. 978-979) que, o princípio da legalidade deve ser interpretado de maneira diferenciada para o particular e para o ente público. Para aquele, ressalta que será permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, para este tudo que ela não determine.

Por isso, quando se edita determinada lei que tem a pretensão de viabilizar eficientemente a atividade fiscalizatória, o faz em atendimento ao dever de profissionalismo e eficiência, que devem estar presentes nas atividades desenvolvidas por quem quer que faça parte da Administração Pública.

Sob a égide do princípio da legalidade é que se desenrola o conceito implícito do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que nas palavras de Bandeira de Mello (2006, p. 92), “[...] reputa-se implícito nos princípios consagrados no caput do artigo 37 por ser dele decorrente, ou seja, abrigados logicamente pelos conceitos descritos no comando constitucional, isto é, consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; [...]”

Visto que **Bandeira de Mello** (2006, p. 93) trata o princípio da supremacia do interesse público como um pressuposto lógico da convivência em sociedade, a atividade administrativa fiscalizatória se vê justificada quando é realizada para atender exclusivamente o interesse público, seja ele primário ou secundário.

3 CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS

3.1 Do conteúdo da Lei Complementar n.º 105/2001

A quebra de garantia fundamental do contribuinte, qual seja, o direito ao sigilo de informações bancárias e fiscais foi regulamentado pela Lei Complementar n.º 105/2001, com o objetivo de estabelecer as diretrizes da atividade de fiscalização da Administração Pública fazendária, insatisfeita pela proposta do já revogado artigo 38 da Lei 4.595 de 1964.

Assim, compete a Administração realizar todos os atos materiais e formais acerca da quebra do sigilo bancário, não havendo, nos termos do artigo 5º da Lei

Complementar 105/2001, a necessidade de se valer de outro Poder constituído para providenciar os atos satisfatórios para fiscalização da vida financeira de um dado contribuinte.

E neste linear, ressalta-se que a Administração Pública apenas poderá fazer solicitação de informações bancárias ou financeiras protegidas por sigilo quando houver suspeitas sobre a realidade fático-tributária obrigatoriamente documentada por essas instituições, ensejando, com isso, a instauração de procedimento administrativo, com a finalidade de apurar, sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa e do devido processo legal, em geral (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988), a ocorrência de ilícitos.

Portanto, a solicitação de informações acobertadas por sigilo pelas administrações tributárias dar-se-ão tão somente quando observado esses preceitos, e serão documentados de maneiras genérica e global, não sendo permitida a pormenorização dessas informações, de forma que exponha a particularidade do contribuinte.

Ressalta que, atende, ainda, ao princípio da ampla defesa, haja vista que, em momento oportuno, permite ao contribuinte, constrangido em prol do atendimento das necessidades públicas, possa provar a desnecessidade da interferência e a autenticidade das informações por ela prestada ao órgão tributário, produzindo provas contrárias às provas documentais obtidas junto às instituições financeiras.

E, por fim, a legislação atende ao princípio do devido processo legal aplicado ao processo administrativo, porque faz com que o agente público incumbido do dever de fiscalizar analise documentos e exija esclarecimentos, se necessário, baseado em composições documentais, providenciadas para seu uso exclusivo, para o uso delimitado pelo interesse público.

Findado incontestemente o argumento de inconstitucionalidade, procede-se ao alinhamento da Lei complementar sob a análise às diretrizes normativas gerais expressas no Código Tributário Nacional.

O artigo 195 daquele diploma trata do direito da Fazenda Pública analisar, irrestritamente, quaisquer documentos que possam exprimir realidade fático-tributária, tendo os responsáveis por sua elaboração e fomento, o dever de exibí-los., estando, destarte a lei complementar sob comento em perfeito alinhamento com as normas gerais de direito tributário

3.2 Do memorial da Fazenda Nacional no *leading case* Recurso Extraordinário n.º 601.314

Em atenção à repercussão geral reconhecida para o Recurso Extraordinário n.º 601.314, formulado pelo contribuinte Marcio Holcman em face da União, a Fazenda Nacional, apresentou memoriais descritivos para fundamentar a tese da constitucionalidade das disposições da Lei Complementar 105/2001.

Em uma breve síntese, o memorial trata da exposição processual de um mandado de segurança que tinha por objetivo impedir a administração tributária federal de ter acesso direto aos dados financeiros do impetrante em posse de instituições bancárias, por tal procedimento violar o direito a intimidade do contribuinte (artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal), ensejando uma possível inconstitucionalidade.

Inconformado com a acertada decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o impetrante utilizou-se de Recurso Extraordinário para ver suas razões apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, a demanda ainda se encontra pendente de efetivo julgamento.

O documento que elenca as razões finais utilizadas pela União Federal no convencimento dos julgadores expropria-se de argumentos tecidos pelo Douto Ministro Ayres de Britto, desenvolvidos na direção da compatibilidade do acesso direto da Administração Tributária aos dados financeiros do contribuinte com o artigo X, da Constituição Federal, visto que os argumentos se direcionam para o entendimento de que é permitido ter acesso às informações relacionadas do “ter” de um determinado contribuinte, ou seja, acerca de seus ativos patrimoniais.

Em outras palavras, o Estado não só pode como deve fiscalizar porque são por meio de suas políticas públicas que serão realizadas todas as propostas de governo, todos os benefícios, e seria impossível obter quantias monetárias fidedignas com o montante de riquezas em circulação na economia, sem que pudesse, o estado, vir a fiscalizar, bens, rendas, capitais e atividades de potenciais contribuintes, que, em virtude da alta carga tributária legalmente prevista, se furtam ao correto compartilhamento de despesas pelo Estado

Afrontoso seria abarrotar o judiciário com demandas desnecessárias para a apuração de fatos geradores tributários, função de alçada administrativa.

Nesse diapasão, o memorial elaborado no caso paradigmático RE 601.314/RG (2011, p. 16) assenta entendimento de que “[...] a função primordial dos direitos individuais é proteger os particulares contra ações ilegítimas do Estado, e não inibir as legítimas atividades estatais que busquem garantir diversos direitos fundamentais

sem qualquer lesão à dignidade do indivíduo.”

Nesse ínterim, para que tal atividade fiscalizatória seja legítima, há de se observar os seguintes requisitos descritos na Lei Complementar 105/2001 e Decreto Lei 3.724: **a)** a existência de processo administrativo instaurado; **b)** a indispensabilidade dos dados bancários para a apuração do crédito tributário, o que somente ocorre nas restritas hipóteses do art. 3º do Decreto, as quais revelam grande probabilidade de ocorrência de evasão fiscal no caso concreto; **c)** a confirmação de tal indispensabilidade num triplo grau de análise, que envolve o exame por parte de três graus hierárquicos no âmbito da Receita Federal; **d)** a prévia intimação do contribuinte para que proceda à apresentação espontânea das informações, sendo essas requisitadas às instituições financeiras somente diante da negativa daquele; **e)** a rígida manutenção do sigilo das informações bancárias obtidas, sob pena de responsabilização penal do servidor público responsável pela sua divulgação a terceiros.

Outrossim, o art. 7º do Decreto determina que as informações sejam enviadas pela instituição financeira em dois envelopes lacrados, um externo e um interno, sendo que este último deverá conter observação de que se trata de matéria sigilosa, ou, se encaminhadas por meio eletrônico, sejam obrigatoriamente criptografadas; os documentos sigilosos sejam guardados em condições especiais de segurança; seja mantido controle de acesso ao procedimento administrativo fiscal, ficando sempre registrado o responsável pelo recebimento, nos casos de movimentação. (grifo nosso)

Corroborando com os requisitos rígidos exigidos para a solicitação de informações bancárias e fiscais, está elencado no *Leading Case* (2011, p. 17) que o procedimento e a forma como este funciona são de extrema confiabilidade e segurança, haja vista que seguem rígido procedimento de transferência de dados e não denotam nenhum “vazamento” de informações maléfico ao investigado, demonstrando total comprometimento dos agentes fiscais com a prudência na utilização de tais informações.

Ex positis, o procedimento eleito pelo legislador ao instituir a Lei Complementar 105/2001 e o Decreto Lei n.º 3.724, mostra-se em consonância com o real objetivo buscado pela lei e pelo espírito do legislador, mostrando-se teologicamente alinhado com a carta magna brasileira.

No entanto, o tema ainda não se encontra pacificado perante a suprema corte brasileira, pois as ações diretas de Inconstitucionalidade 2.386/DF, 2.390/DF e 4.010/DF ainda aguardam por julgamento e dependem do deslinde do *Leading Case* in comento (RE n.º 601.314).

Faz-se mister salientar que o julgamento do RE 389.808 não poderá

ser levado em consideração para determinar o posicionamento dos Doutos Ministros no deslinde do RE n.º 601.314, porque fora maculado de dois grandes vícios. O primeiro, pela violação a cláusula de plenário, prevista no artigo 97, da Constituição Federal de 1988. O segundo, consubstancia-se na desconformidade com o Regimento Interno do STF, uma vez que não observou procedimento formal de vistas necessário para sua validação.

Não tendo observado as formalidade e peculiaridades atinentes à declaração de inconstitucionalidade da norma, quais sejam, a observância da cláusula de plenário e ao procedimento previsto no Regimento Interno do STF, ressalta-se que o julgamento daquele recurso não serve como norte interpretativo para o caso paradigmático que ainda encontra-se sub judice no Supremo Tribunal Federal.

Estando ainda pendente de julgamento, impende ressaltar que há nítida cisão de entendimento por parte dos Ministros acerca do caso, haja vista que os Min. Cezar Peluso, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Gilmar Mendes se deram no sentido da inconstitucionalidade da aplicação do dispositivo e o entendimento dos Min. Ellen Gracie, Ayres Britto, Dias Toffoli e Cármen Lúcia no sentido favorável, não tendo se manifestados dois ministros (Joaquim Barbosa – que estava ausente no dia do julgamento e Luiz Fux – que ainda não havia tomado posse).

Conforme se verifica, os votos pendem para que, mal grado, seja reconhecida a inconstitucionalidade do procedimento administrativo fiscalizatório exercido pelas autoridades fiscais em um autêntico exercício de fiscalização. No entanto, há que se ressaltar que ainda não fora proferido voto pelo Ministro Luiz Fux que, em suas manifestações tem adotado posição favorável à atividade realizada pelo fisco, bem como que no lapso desses dois anos houve troca do quadro de ministro, tendo saído o Douto Ministro Joaquim Barbosa, podendo haver mudança de posicionamento destes.

3.3 O direito à intimidade na visão da Suprema Corte e de outros tribunais nacionais

Para finalizar, passa-se a analisar acerca do entendimento dos ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a tese em comento.

Inicialmente, nos termos do RE n.º 389.808, os respeitáveis ministros decidiram que conflita com mandamento constitucional esculpido no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, a atividade administrativa de solicitação de

dados bancários sem a observância da reserva de jurisdição, conforme previsão procedimental pormenorizadamente descrita na Lei Complementar 105/2001.

Entretanto, em debate constitucional promovido pelo Min. Marco Aurélio, no RE n. 389.808 (2011, p. 266-267), não prevaleceu o entendimento acerca da restrição na atividade administrativa de quebra do sigilo de informações bancárias, em sede de procedimento de investigação criminal ou em instrução processual penal, pois não tendo sido acolhida pela maioria, mostrou-se não ser afirmativa acerca da necessidade de se observar a reserva de jurisdição.

Assim sendo, verifica-se que o posicionamento restritivo acerca do tema não reflete o entendimento jurídico de todos os membros componentes do Supremo Tribunal Federal, pois nem todos recepcionaram as razões do Min. Marco Aurélio como reflexas à situação jurídica *sub judice*, entendendo, em contraposição ser possível à quebra de sigilo bancário pelas autoridades administrativas que preencherem os pré-requisitos necessários a válida e legal solicitação de informações financeiras do contribuinte.

O Min. Celso de Mello manifestou-se, no caso, que a quebra de sigilo bancário pelas autoridades administrativas incorre em ruptura da reserva de jurisdição, no entanto não reconheceu a restrição específica defendida pelo Douto Min. Marco Aurélio, que entende ser cabível tal quebra apenas em sede de processo penal, para a averiguação de crime, desvinculando a possibilidade de quebra administrativa, promovida por órgãos vinculados ao poder executivo de qualquer das esferas federativas brasileiras.

Pelas razões acima expostas, verifica-se inexistir posicionamento formado pela Suprema Corte acerca da extensão do conceito constitucional inserido no artigo 5.º, inciso XII, da carta política, ápice do ordenamento jurídico brasileiro, seja em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Expostos os argumentos da Suprema Corte, por uma questão didática, passa-se a expor, de maneira hierárquica, o entendimento oposto formulado pela composição do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, haja vista que o Recurso Especial de n. 1.134.665-SP (2009/0067034-4) traduz vontade jurídica favorável à constitucionalidade do diploma complementar e, por consequência, pela não violação do direito fundamental à intimidade no qual o administrado é destinatário.

Desta forma, inclina-se o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça pela constitucionalidade da quebra do referido sigilo nos exatos termos prescritos pela Lei Complementar, quais sejam, a prévia instauração e processo administrativo, a utilização de dados globais para a averiguação de eventual elisão fiscal ou crime de sonegação fiscal, afastando-se de uma pesquisa imotivada e lesiva

à intimidade do contribuinte, ora administrado, que deverá, como *conditio sine qua non*, ser notificado previamente ao pedido para que apresente provas ou razões que desconstitua positivamente as dúvidas surgidas na atividade administrativa de fiscalização.

Ainda, no mesmo texto jurisprudencial encontra-se alta carga valorativa, consubstanciada na razoabilidade da conduta administrativa fiscalizatória que não tem o condão de lesar o contribuinte, mas fiscalizar a autenticidade das informações prestadas pelo contribuinte, de evitar com veemência, crimes fiscais e abusos que, com uma possível flexibilização dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar, irão passar a ser cometidos com mais frequência pelos contribuintes.

Insta mencionar que, como a grande maioria dos créditos tributários no Brasil são constituídos por meio do lançamento por homologação, procedimento em que o próprio contribuinte apura o *quantum* devido ao erário público e verte antecipado pagamento, demonstrando que tais irregularidades podem ser facilmente praticadas, tendo a administração o dever de homologar a quantia real devida aos cofres do estado, como forma de contemplar a eficiência administrativa e, indiretamente, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que também fazem parte do conteúdo situado na ponta da pirâmide jurídica elencada pela teoria de Hanz Kelsen (teoria pura do direito).

Os parágrafos do julgado acima colacionado vão ainda mais além dizendo que o procedimento não só está em conformidade com a constituição, como está exercendo função diretamente formatada pela Constituição Federal, qual seja, “criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, conforme prescrição descrita no memorial elaborado pela Fazenda Nacional no *Leading Case* RE n.º 601.314/RG.

Corroborando com os fundamentos elaborados pelo Superior Tribunal de Justiça, encontram-se os Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª e 5ª Regiões administrativas.

Para fortalecer ainda mais a tese da constitucionalidade do procedimento previsto nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, denota-se que o controle difuso de constitucionalidade exercido pelos tribunais do país inclina seus entendimentos para a possibilidade da referida quebra como forma de interpretação conforme a constituição, haja vista o conteúdo do artigo 145, §1º da Carta magna e o dever da administração promover o interesse que atenda a necessidade social, tudo por meio de razoabilidade interpretativa.

Nesse linear, colaciona mais um importante julgado favorável a corrente

da constitucionalidade emanado pelo relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, membro do Tribunal Regional Federal da 5ª Região administrativa, no qual afirma que *“do art. 5o, X e XII, da CF/88 não é possível extrair a existência de um direito constitucional ao sigilo bancário. No respeitante ao inciso X, é de se considerar que a proteção constitucional à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) dirige-se à liberdade individual de ser, estar e agir, alcançando a esfera exclusiva da pessoa, ou seja, o campo da personalidade que concentra informações de interesse unicamente do seu titular ou de um grupo de convivência estreita. As informações abarcadas pelo direito à privacidade são, assim, destituídas de repercussão social”* (TRF-5 - AC: 466584 CE 0000531-73.2008.4.05.8102, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 14/05/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 10/07/2009 - Página: 432 - Nº: 130 - Ano: 2009) (grifo nosso)

Por isso, verifica-se que o entendimento dos Tribunais se encontra bem próximo ao entendimento dos doutrinadores supra citados, haja vista que a interpretação do direito à privacidade não abarca, a vida patrimonial do contribuinte, mas sim sua subjetividade essencial.

Nesse sentido, elucida a mesma ementa do acórdão do Tribunal Regional da 5ª Região administrativa o seguinte, *in verbis*:

[...]

6. A legislação em exame - art. 11, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, a LC nº 105/2001 e o Decreto nº 3.724/2001 - não contém excessos, bem como não extrapolou os limites constitucionalmente fixados. Muito ao contrário, apreende-se a concretização de disposição explícita da Constituição Federal (parágrafo 1o, art. 145) e constata-se a preocupação do legislador com a particularização do procedimento e a definição dos elementos informativos a que deve ter acesso a Administração Tributária. 7. O alcance, pelo Fisco, das informações bancárias dos contribuintes prescinde de autorização judicial. A permissão para o acesso aos valores globais referentes à CPMF encontra-se na Lei nº 9.311/96. De outro lado, a possibilidade de utilização desses dados pela Receita Federal, para fins de instauração de procedimento administrativo, destinado a verificar a existência de crédito tributário, está assente na Lei nº 10.174/2001 e presumido mesmo no parágrafo 1o, do art. 145, da CF/88.

[...]

(TRF-5 - AC: 466584 CE 0000531-73.2008.4.05.8102, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de

Julgamento: 14/05/2009, Primeira Turma, Data de Publicação:
Fonte: Diário da Justiça - Data: 10/07/2009 - Página: 432 - Nº: 130 -
Ano: 2009) (grifo nosso)

Ante ao exposto não resta dúvidas de que o movimento judicial nacional sobre o caso mostra-se assente e decido pela constitucionalidade, com os fundamentos calcados na característica não absoluta de diretos e no dever da administração pública em utilizar mecanismos que acentuem uma atividade direcionada ao atendimento da supremacia do interesse público e que efetivem uma justiça fiscal distributiva e isonômica. E mesmo estando o Supremo Tribunal Federal, até o momento, manifestando-se em sua maioria pela inconstitucionalidade, o que se espera dos doutos Ministros é que não se distanciem dos inúmeros e bem fundamentados argumentos elencados pelos juristas investidos no respeitável exercício judicante pelo Brasil afora, nos mais respeitados tribunais do país.

CONCLUSÃO

Pelos argumentos expostos na presente monografia, verifica-se que a atuação direta das autoridades administrativas na transferência do sigilo bancário mostra-se atenta à vontade do legislador constituinte, uma vez que não viola as garantias fundamentais do contribuinte/administrado consubstanciadas no artigo 5.º, inciso X, pois não interfere na esfera do “ser” do contribuinte, ou seja, nas informações relativas à sua personalidade e privacidade, mas apenas na esfera do “ter”: na vida patrimonial das pessoas, base para apuração das rendas do estado, conquistadas a título de obrigação tributária.

Outrossim, ressalta-se que a exigência da observância da reserva de jurisdição insculpida no artigo 5.º, inciso XII, se mostra contrária à intenção da constituição federal, em especial a vontade inserta no artigo 145, §1º da Constituição da República, haja vista que tal dispositivo fundamenta o direito da Fazenda Pública utilizar de métodos e procedimentos que, nos termos da lei, atendam as necessidades do respectivo órgão e, por consequência, ao interesse público, bem como aos mandamentos constitucionais atinentes ao direito tributário prescritos pela carta magna brasileira, quais sejam, o princípio da justiça distributiva e da personalidade na contribuição do ônus de pagar impostos, obrigação indesejada pela sociedade, mas necessária à manutenção do estado democrático de direito e da estrutura a ele atrelada, vinculando a observância da reserva de jurisdição a um

liame lesivo à teoria da separação dos poderes, bem como um conteúdo lesivo aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, frisa-se que os dispositivos insertos na Lei Complementar n.º 105/2001, artigos 5.º e 6.º, respeitam princípio de grande valor constitucional, conforme teoria dos valores implícitos da Constituição, qual seja, a supremacia do interesse público sobre o particular, sem esquecer-se de mostrar perfeito alinhamento dos atos fiscalizatórios com as características dos atos administrativos, em geral. E, apesar de o Egrégio Supremo tribunal Federal estar, em sua maioria de membros se manifestando pela inconstitucionalidade, acredita-se deparar com irrazoável entendimento sistemático dos doutos ministros, por desrespeitar a vontade do constituinte em contemplar os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da justiça fiscal, inclinando a utilização da legis não em prol da vontade geral, mas da vontade do particular

Assim sendo, mal grado a tese de inconstitucionalidade parcial da Lei complementar 105/2001 esteja ganhando forma concreta no julgamento do *leading case* Recurso Extraordinário n.º 601.314 em tramite perante o Supremo Tribunal Federal, há de se ressaltar que os tribunais *a quo* espalhados pelo país tem, acertadamente, permitido a atividade fiscalizatória direta sob o fundamento de que tal exercício alinha-se com o desejo da constituição e do legislador em utilizar de aparatos para contemplar os objetivos da República Federativa do Brasil, delineadas no artigo 3º do referido diploma, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria, com total enfoque no desenvolvimento nacional, observando, assim, a necessidade atual de se fazer uma interpretação sistemática da fonte ápice do direito brasileiro na busca da justiça social tributária de forma razoável juridicamente.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ALENCAR BRASIL, Cynthia Facundo. A relativização do sigilo bancário através da Lei Complementar n.º 105/2001 pela Receita Federal. Disponível em: < http://www.esaf.fazenda.gov.br/a_esaf/biblioteca/arquivos_monografias/arquivo.2013-04-17.2127071142.> acesso em 06 de outubro de 2015.

ARAÚJO, Edimir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados**. 1ª ed. São Paulo: Editora Fiúza, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2015.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Silvia. **Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Campos Elísios Editora Atlas S.A., 2003.

FERREIRA MENDES, Gilmar, MARTÍRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Re. E atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. IOLANDO LOUREÇO e IVAN RICHARD, Entulho autoritário, 2013 <Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-03/ha-30-anos-poder-votava-aos-civis-no-brasil>>. Acesso em: dezesseis de agosto de 2015

Jéssica Ramos Farineli. Censura e Direitos Fundamentais. <http://www.infoescola.com/direito/censura-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 18/10/2015

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed ver. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. Re., atual e ampl. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

LOURENÇO, Iolando e RICHARD, Ivan .**A ditadura militar e a constituição cidadã**. Disponível em : <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-04/marco-entre-ditadura-e-democracia-constituicao-de-1988-completa-25-anos>>. Acesso em: 10 de nov. 2014.

MEIRELLES, HELY LOPES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Editora Método, 2013.

RABELLO PINHO, Rodrigo Cesar. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

Jéssica Ramos Farineli. Censura e Direitos Fundamentais. <http://www.infoescola.com/direito/censura-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 18/10/2015