

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

A (IN) CONSTITUTIONALITY BREACH OF THE BANK SECRECY FOR TAX ADMINISTRATION

Ricardo Pinha ALONSO ¹
Ana Flavia de Andrade Nogueira CASTILHO ²

Artigo recebido em: 02/07/2016

Artigo aprovado em: 03/09/2016

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto a (in) constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. Fez-se um estudo da fundamentação jurídica e legal do plenário do Supremo Tribunal Federal que levaram à constitucionalidade do dispositivo. Deu-se plena valorização aos direitos fundamentais à privacidade e à intimidade do indivíduo. Portanto, enfatizou-se a legitimidade da Administração Tributária em executar suas obrigações nos moldes da lei em comento. O tema se justifica pelas divergências das fundamentações apresentadas pelos ministros do STF quando da votação de constitucionalidade da referida lei complementar. Sob este contexto, fundaram-se os questionamentos na hipótese do dispositivo em questão ferir direitos fundamentais do indivíduo. Por meio da presente pesquisa, considerou ser constitucional o artigo 6º da

¹ Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade de Marília/SP. Professor da graduação e do Mestrado em Direito no Centro Universitário Eurípedes de Marília/SP. Professor da graduação e pós-graduação das Faculdades Integradas de Ourinhos/SP. Procurador do Estado de São Paulo.
E-mail: rijial@terra.com.br

² Mestranda em Direito na área de concentração “Teoria do Direito e do Estado” no UNIVEM/Marília-SP. Integrante dos grupos de pesquisas INPP (Intervenção do Estado na Vida da Pessoa) e CODIP (Constitucionalização do Direito Processual) no UNIVEM. Pesquisadora do tema Tributação Sustentável. Bolsista CAPES.
E-mail: afancmch@gmail.com

Lei 105/2001, sob o respaldo de não configurar quebra de sigilo bancário, mas transferência de dados e de sigilos entre a instituição bancária e a Receita Federal do Brasil, órgão legítimo para exercer a fiscalização tributária. A pesquisa se realizou com abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, com objetivos exploratórios textuais.

PALAVRAS-CHAVE: LC 105/01. Administração Tributária. RE 601.314. Quebra de sigilo bancário.

ABSTRACT: This work has the purpose of (un) constitutionality of Article 6 of Supplementary Law nº 105/2001. There was a study of legal and legal basis of the plenary of the Supreme Court that led to the device's constitutionality. He was given full value to the fundamental rights to privacy and intimacy of the individual. Therefore, emphasized the legitimacy of the Tax Administration to perform its obligations in the manner of the law under discussion. The theme is justified by differences in the reasoning presented by the ministers of the Supreme Court when the said supplementary law constitutional vote. In this context, the questions were based on the device's hypothesis in question injure fundamental rights of the individual. Through this research, it considered to be constitutional Article 6 of Law 105/2001, under the support of not configuring breach of bank secrecy, but data transfer and sigils between the bank and the Internal Revenue Service of Brazil, legitimate body for exercise fiscal supervision. The research was conducted with a qualitative approach, the hypothetical-deductive method, textual exploration goals.

KEY WORDS: LC 105/01. Tax administration. RE 601.314. Break bank secrecy.

1 Introdução

Desde 2001, com a publicação da Lei Complementar nº 105, se instalou a discussão sobre a inconstitucionalidade do acesso aos dados financeiros do contribuinte pela Administração Tributária sem autorização judicial. O impasse se fundamenta pela disposição do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que aduz sobre o direito à intimidade e à privacidade do indivíduo, representando um obstáculo para tal ato administrativo da Receita Federal.

Sob a ótica da (in) constitucionalidade do artigo 6º da Lei 105/2001, o trabalho se desenvolveu analisando-se os fundamentos aplicados pelo plenário do Supremo Tribunal Federal tanto para a análise da constitucionalidade como da inconstitucionalidade do referido dispositivo.

A priori, a abordagem foi realizada em torno do direito fundamental à privacidade e à intimidade, conexas com a quebra de sigilo bancário pela Administração Tributária, sem prévia ordem judicial. Realizaram-se conceituações terminológicas, além de destacar a atuação da administração pública em prol do bem comum.

Quanto aos poderes da Administração Tributária, o foco está na sua atuação fiscal dentro dos limites da lei, visando, essencialmente, a supremacia do interesse público. Destaca-se, sobretudo, o poder de polícia que o poder público tem o direito/dever de exercer para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.

Sobre a (in) constitucionalidade do artigo 6º da Lei nº 105/2001, refletiu-se a respeito dos requisitos necessários para efetiva transferência de dados bancários para o fisco, sob a interpretação do Decreto Federal nº 3.724/2001, que regulamenta o citado dispositivo. Ademais, alçou-se pelas controvérsias existentes sobre a temática no Supremo Tribunal Federal, que não é pacífico até hoje em sua decisão, sendo a constitucionalidade alcançada sem unanimidade.

Ao tratar a respeito da constitucionalidade da quebra do sigilo bancário pela Administração Pública, a interpelação deu-se pelo julgamento do RE 389.808, no ano de 2010, que com 5 votos a 4, decidiu ser inconstitucional tal ato do poder público. Posteriormente, foi considerado um julgamento incapaz de formar precedente por inconformidades com o artigo 97, CF e artigo 173 do regimento interno do STF, por não respeitar a reserva de plenário estabelecido para julgar constitucional ou inconstitucional, preceito ou de ato impugnado.

Ressaltaram-se as manifestações contrárias e favoráveis dos ministros presentes para a votação do RE 389.808 e do RE 601.314, além das argumentações jurídicas da doutrina. E, nas considerações finais, sem ser conclusivo, fez-se uma reflexão sobre alguns aspectos relevantes, como a insegurança jurídica trazida por uma jurisprudência não pacífica e das divergências de interpretações dos dispositivos da lei e do texto constitucional.

Neste contexto, questionou-se, se a constitucionalidade do dispositivo em questão fere direitos fundamentais do indivíduo, realizando-se reflexões a respeito. A pesquisa teve por objetivo estudar os fundamentos que declararam a constitucionalidade do artigo 6º da Lei nº 105/2001, justificando-se pelas controvérsias de interpretações no tocante ao tema abordado. O trabalho se realizou com abordagem qualitativa, pelo método hipotético-dedutivo, com objetivos exploratórios textuais.

2 Do direito à privacidade - sigilo de dados bancários

A palavra sigilo, em síntese, significa segredo inviolável. Os dados bancários de uma pessoa consistem em informação íntima e individual quanto à rotatividade financeira, representando para a pessoa física ou jurídica um direito fundamental à privacidade. O sigilo poderá ser sobre dados bancários, fiscal, profissional, telefônico, entre outros.

“Dados”, de acordo com o dicionário jurídico de José Oliveira Netto (2010, p. 198) são “elementos conhecidos que constituem o princípio em que se baseia a formação de um juízo”. Para Ovídio Sandoval (2001, p. 110), dados são “registros sobre atos efetuados por uma pessoa, natural ou jurídica, ou sobre fatos a ela relacionados, e que servem de eventual informação sobre a conduta dessa pessoa”. Por outro ângulo, pode-se interpretar que dados se trata de informação de qualquer gênero que se encontra afixado em determinado lugar, sob o poder de alguém.

Atualmente, os dados de uma pessoa estão intimamente ligados à tecnologia da informação, ou seja, à informática, haja vista ser uma ferramenta de trabalho dos serviços públicos e privados, o que importa em armazenamentos de dados em computadores e nos sistemas virtuais. José Afonso da Silva (2001, p. 208), demonstra preocupação relativa à privacidade e à informática quando se manifesta que “o amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadrinhamento das pessoas, que ficam com sua individualidade

inteiramente devassada”.

Sandoval (2001, p. 113), na mesma perspectiva que Silva comenta os necessários avanços tecnológicos e o perigo do seu mau uso quanto à divulgação de dados pessoais por terceiros:

O avanço da informática, com as sucessivas conquistas no campo das transmissões de dados, de forma instantânea, está a indicar o bom rumo do legislador constituinte em autorgar o direito subjetivo fundamental de proteção aos dados pessoais. A realidade demonstra que “muitas vezes, no campo dos direitos da pessoa humana, o mal uso do computador e de outras tecnologias avançadas tem contribuído para violar a intimidade, invadindo indiscriminadamente e discricionariamente a privacidade da pessoa humana (SANDOVAL, 2001, p. 113).

Ao comentar sobre os avanços da informática e o direito à privacidade, tanto Silva como Sandoval teme pelo uso inapropriado da tecnologia, no qual leva a facilitar a divulgação de dados sigilosos e o armazenamento destes dados muito facilmente em dispositivos de informática, como computadores, pendrive e internet, ferindo o direito à privacidade do indivíduo.

No entanto, necessário se faz analisar a extensão do entendimento de dados. Os dados podem se tratar de assuntos particulares, financeiros, contábeis, bancários, fiscais, entre outros. Afirma Sandoval (2001, 114-115), que quando a Constituição Federal garante o sigilo de dados, também se inclui o sigilo bancário e os demais, apesar de não estabelecer especificações. Desta forma, ao ocorrer a quebra de sigilo bancário da pessoa física ou jurídica, conseqüentemente, haverá um desrespeito ao texto da Constituição.

Em seu artigo 5º, inciso XII, a Constituição Federal de 1988 prevê a inviolabilidade dos sigilos das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, sendo possível a quebra do sigilo apenas, quando tratar-se de ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. O direito à privacidade e à intimidade vem expresso na Constituição em seu artigo 5º, inciso X, que aduz ser invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Relevante considerar que antes da previsão constitucional sobre o sigilo de dados e o direito à privacidade, em 1984, por meio da lei nº 7.232, foi

inserida em nosso ordenamento jurídico a Política Nacional de Informática, que em seu artigo 2º dispõe sobre estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas.

José Afonso da Silva (2003, p. 205) inclui no conceito de direito à privacidade, o direito a intimidade, na qual descreve tal conceito abarcando todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou. “A intimidade está inserida na esfera da privacidade, sendo mais limitada a assuntos os quais o indivíduo não revela nem mesmo a pessoas da família, pois não envolve direito de terceiros”, esclarece Peruzzo (2000, p. 2).

Ao que se refere ao conceito da terminologia “privacidade”, trata-se do conjunto de informações a cerca da pessoa que ela pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou decidir a quem, quando, onde e em que condições divulgarem (SILVA, 2003, p. 205). A doutrina sempre se lembra do conceito de um dos primeiros significados jurídicos dado a privacidade pelo juiz americano Cooley, em 1873, que identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: *right to be alone* (SILVA, 2003, p. 205). Segundo a Corte Suprema dos Estados Unidos, o *right of privacy* compreende “o direito de toda a pessoa tomar, sozinha, as decisões na esfera da sua vida privada” (KAYSER, citado por SILVA, 2003, p. 205).

Todavia, o direito fundamental à privacidade não tem caráter absoluto. A quebra do sigilo bancário é possível, mediante cumprimento de indispensáveis requisitos. Segundo Sandoval (2001, p. 116), enseja a quebra de sigilo bancário quando provado existência de sérios indícios da prática de ilícitos, o nexos entre os indícios da prática de ilícitos e a pessoa titular da conta bancária e a necessidade de que a quebra do sigilo seja fixada dentro do período de tempo em que as práticas de ilícitos tenham, supostamente, ocorridas.

A partir do ano de 2001, com a publicação da Lei Complementar nº 105, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras, começou a discutir-se sobre a violação do direito à privacidade por meio do artigo 6º da referida lei, que confere à Receita Federal do Brasil o direito de solicitar dados bancários dos contribuintes, às agências bancárias, que estiverem sob fiscalização, sem que para isso necessite de prévia autorização judicial.

Diante deste contexto, após análises das acepções do termo privacidade, acentuado a sua propriedade como direito fundamental do homem, verifica-

se a partir de agora os fundamentos que levaram a mudança da jurisprudência, que outrora permitia o acesso aos dados bancários somente mediante ordem judicial (Lei nº 4.595/64) e, atualmente, se manifestou contrária a tais argumentos.

Entretanto, resiste o argumento de que as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para o benefício de toda a sociedade, mesmo quando age de imediato por interesse único estatal, pois o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público (CARVALHO FILHO, 2015, p. 34).

3 Poderes da administração tributária

A administração pública deve atuar para a prevalência do princípio da supremacia do interesse público. Desta forma, existe uma relação jurídico-administrativa, no qual de um lado está a Administração Pública e, de outro, o administrado, considerado este como o indivíduo que, de alguma forma, esteja vinculado àquela (CAVALHO FILHO, 2015, p. 75).

Neste ínterim, Carvalho Filho (2015, p. 75) analisa a atuação do poder público e assevera a importância de seus mecanismos para atingir os interesses públicos:

[...] o Estado precisa ter mecanismos próprios que lhe permitam atingir os fins que colima, mecanismos esses inseridos no direito positivo e qualificados como verdadeiros *poderes* ou prerrogativas especiais de direito público. Um desses poderes resulta exatamente do inafastável confronto entre os interesses público e privado, e nele há a necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos. É preciso ressaltar, contudo, que tais benefícios não são despropositados, mas imprescindíveis, “a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão” (CAVALHO FILHO, p. 75-76).

Observa-se que, apesar do possível conflito entre o Estado e o particular, aquele por meio da Administração Pública se reveste de legitimidade para sua atuação, uma vez que deve assegurar os interesses públicos e, quando há a necessidade da Administração Pública adentrar na esfera dos direitos individuais, o Estado está exercendo legalmente seu poder de polícia (CARVALHO FILHO, 2015, p. 75).

Hely Meirelles (1997, p. 115) conceitua o poder de polícia como a faculdade que “dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”. Meirelles (1997, p. 115), interpreta que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem que possui a administração Pública para conter os abusos do direito individual e tem por finalidade assegurar os interesses públicos.

O poder de polícia administrativo tem seu conceito no Código Nacional Tributário Nacional, em seu artigo 78, que assim dispõe:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Em conformidade com a lei, a Administração Tributária tem o dever de fiscalizar as atividades fiscais dos contribuintes respeitando a capacidade contributiva do contribuinte, “o que prestigia o interesse deste e da própria sociedade de que o sistema tributário brasileiro respeite critérios de equidade e de solidariedade, realizando justiça fiscal”. (LEAL, 2013, p. 29).

Leal (2013, p. 29) defende que, justamente por ter o dever de realizar justiça fiscal, que o Estado deve assegurar meios de conhecer quais são os bens, as rendas e as atividades econômicas do contribuinte. Desta forma, a Administração Tributária deve ter o poder de verificar se determinado contribuinte colaborou financeiramente com a manutenção da sociedade no montante devido ou, se este se omitiu “total ou parcialmente, desse dever cívico, relegando, egoisticamente, aos demais cidadãos e pessoas jurídicas a carga integral do sustento de obras e serviços públicos que beneficiam toda a comunidade, inclusive aquele devedor” (LEAL, 2013, p. 29).

Entretanto, enfatiza Leal (2013, p. 31) a importância de não ignorar que a função primordial dos direitos individuais é proteger os particulares contra ações ilegítimas do Estado, e não impedir as legítimas atividades estatais que empenham em garantir diversos direitos fundamentais sem qualquer lesão à dignidade do indivíduo.

Neste diapasão, importante ressaltar que o poder da Administração

Pública tem limitações legais. No Estado de Direito, a Administração Pública deve obediência à lei em todas as suas manifestações, mesmo que trate de atividade discricionária, o administrador público fica sujeito às prescrições legais (MEIRELLES, 1997, p. 93). Assim, fica o contribuinte assegurado de seus direitos individuais até o limite que a Administração Tributária, sob orientação legal, tenha a permissão para investigá-lo.

4 Lei nº 105/2001, art. 6º - (in) constitucionalidade

Como já debatido, desde a publicação da LC nº 105/2001, há uma polêmica entre a doutrina sobre a constitucionalidade do artigo 6º, que autoriza a administração tributária, mediante cumprimento de alguns requisitos, o acesso aos dados da movimentação financeira dos contribuintes, sem a necessidade de prévia autorização judicial, conforme dispunha a Lei nº 4.595/64.

Dispõe o artigo 6º, da Lei 105/2001:

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.

Em uma interpretação literal do artigo supracitado, fica evidenciada, que o requisito que exige o dispositivo, para efetivar a consulta de dados financeiros do contribuinte, está vinculado à imprescindibilidade do ato, julgada pela autoridade administrativa competente. Razão pela qual, segundo Leal (2013, p. 36-37), o mesmo foi regulamentado pelo Decreto nº 3.724/01, que prevê o preenchimento de uma série de requisitos para que a Administração Tributária tenha acesso aos dados bancários dos contribuintes, tais como:

- 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;
- 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.

Ademais, a doutrina, se apoia em requisitos como:

[...] a) existência de sérios indícios da prática de ilícitos; b) o nexo entre os indícios da prática de ilícitos e a pessoa titular da conta bancária; c) a necessidade de que a quebra do sigilo seja fixada dentro do período de tempo em que as práticas de ilícitos tenham, supostamente, ocorrido, uma vez que não se admite, em hipótese alguma, ocorra verdadeira *devassa* nas operações bancárias de qualquer pessoa (SANDOVAL, 2001, p. 116).

Ovídio Sandoval (2001, p. 116) interpreta que para a quebra do sigilo bancário do contribuinte há a necessidade de, primeiro, haver a prática de um ilícito e, fortes indícios da prática do ilícito pelo contribuinte, que passa a ser investigado pela administração tributária a fim de esclarecer suposta sonegação fiscal, por exemplo.

Outro aspecto importante é destacado por Sandoval (2001), quando aduz sobre a necessidade de evidenciar um nexo entre a ilicitude praticada e a pessoa titular da conta bancária. Nota-se que, para Sandoval não há uma discricionariedade à autoridade tributária competente sobre contas bancárias a serem investigadas, privando-se de alcançar apenas dados sigilosos do sujeito passivo.

E por fim, fala-se da limitação do período a ser investigado. É necessário que se limite o espaço de tempo em que a prática do ilícito foi praticada, para que venha a ser fornecido apenas dados financeiros que interessam para a solução da irregularidade.

Nesta seara, a discussão se vincula, principalmente, à violação do direito fundamental à privacidade. O acesso direto da Administração Tributária aos dados financeiros do contribuinte em posse das instituições bancárias, para quem defende a inconstitucionalidade do artigo 6º da lei 105/2001, viola o texto constitucional, em seu artigo 5º, incisos X, XII, LIV e LV e artigo 145, §1º da Constituição Federal, ou seja, a violação do direito à privacidade, do princípio do

devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (LEAL, 2013, p. 11).

A inconstitucionalidade do artigo 6º da LC nº 105/2001, foi arguida pelo controle de constitucionalidade difuso, por meio do RE n. 601.314, com repercussão geral reconhecida, e pelo controle de constitucionalidade concentrado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.386/DF, n. 2.390/DF, n. 2.397/DF.

A matéria não é pacífica no Supremo Tribunal Federal, sendo sua votação não unânime em meados do ano de 2016, no qual foi julgado o Recurso Extraordinário nº 601.314, que reconheceu constitucional os dispositivos questionados da Lei Complementar nº 105/2001, sob o principal fundamento de não se tratar de violação de dados bancários dos contribuintes, mas de transferência de sigilo da órbita bancária à fiscal, sendo ambas as instituições protegidas de acessos de terceiros.

O importante julgamento da matéria criou precedente para as demais ações que possam vir a ser arguidas sob a mesma fundamentação, porém não cessa as argumentações contrárias à constitucionalidade da referida lei.

4.1 Da constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela administração tributária

Em 2010, o Superior Tribunal Federal julgou procedente o Recurso Extraordinário nº 389.808, que recorria da decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na qual não acolhera os pedido em sede de apelação, que arguia a nulidade do pedido de quebra de sigilo bancário pela Receita Federal do Brasil. No julgamento do RE 389.808 estavam presentes os ministros Cezar Peluzo, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Brito, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Dias Toffoli, sendo vencido o voto de improcedência dos ministros Dias Toffoli, Carmem Lúcia, Ayres de Brito e Ellen Gracie.

As fundamentações principais que motivaram a procedência do RE 389.808 consistiram em afronta ao artigo X, do artigo 5º, da Constituição Federal que garante o direito à privacidade e à intimidade, em síntese.

O ministro Celso de Mello ao votar pela procedência do Recurso Extraordinário considerou que “a transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, tem o significado de grave transgressão ao postulado constitucional que protege o direito à intimidade e à privacidade”.

O Ministro Marco Aurélio, sob a mesma perspectiva, se manifestou contrário à constitucionalidade do dispositivo em questão, argumentando bana-

lização das garantias constitucionais dos cidadãos, quando da quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, *in verbis*: “o passo banaliza o que a Constituição Federal quer proteger – a privacidade do cidadão, irmã gêmeas da dignidade a ele assegurada mediante princípios explícitos e implícitos”.

E quanto aos votos de improcedência do Recurso Extraordinário nº 389808, o respaldo vem com a alegação de que não se trata de quebra de sigilo bancário, mas de transferência do dever de manter o sigilo, conforme proferiu o ministro Dias Toffoli: “aqui, no caso em julgamento, não há de se falar em quebra de sigilo, há de se falar na transferência do dever de manter o sigilo, por que a quebra é crime, é ilícito”.

No RE nº 601.314 e mais quatro ADIN (2.859; 2.390; 2.386; 2.397) julgadas em conjuntos, os ministros Celso de Melo e Marco Aurélio mantiveram o posicionamento contrário à transferência de dados bancários sem prévia autorização judicial. O ministro Ricardo Lewandowski refez seu entendimento com cunho de constitucionalidade sobre o tema, referindo-se à evolução social para o crime, como justificativa à divergência de voto com o RE 389.808:

Tendo em conta os intensos, sólidos e profundos debates que ocorreram nas três sessões em que a matéria foi debatida, me convenci de que estava na senda errada, não apenas pelos argumentos veiculados por aqueles que adotaram a posição vencedora, mas, sobretudo porque, de lá pra cá, o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo, delitos que exigem uma ação mais eficaz do Estado, que precisa ter instrumentos para acessar o sigilo para evitar ações ilícitas.

Diante das controvérsias entre pessoas de notório saber jurídico, torna-se complicada uma posição que defenda a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001. É sabido que os direitos fundamentais não são absolutos, mas não se ignora que existe um dever de sua prevalência, no mínimo, por respeito à dignidade da pessoa humana e à Constituição Federal.

Por outro ângulo, não pode haver um engessamento da jurisprudência e da doutrina. Com razão, refere o ministro Lewandowski à evolução do crime organizado e as atitudes ilícitas do indivíduo. O Estado precisa estar preparado para enfrentar a criminalidade. Mas será que não estamos ignorando direitos fundamentais em virtude de uma ineficiência do Estado de combater ao crime? Não se trata realmente de banalização dos direitos fundamentais, como defende

o ministro Marco Aurélio?

Estes questionamentos não encontram um senso comum. Diante de várias fundamentações jurídicas dadas sobre o tema, tanto para a constitucionalidade ou para a inconstitucionalidade do artigo 6º da LC nº 105/2001, observa-se que permitir à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial não deixa de ser uma mera transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal. Sendo a transferência de informações feita entre banco e Fisco, e se estes têm o dever de preservar o sigilo de dados, portanto, não há ofensa à Constituição Federal.

O acórdão do RE 389.808, não se sustenta como precedente idôneo para instaurar um entendimento majoritário pelo STF. Isto por que o *quorum* de votação do plenário foi insuficiente para a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da LC nº 105/01, que de acordo com o exigido pelo artigo 97 da Constituição Federal, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

O artigo 97 da Constituição Federal é complementado pelo artigo 173 e seu parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que aduz sobre o *quorum* capaz de proclamar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de preceitos ou atos impugnados:

Art. 173. Efetuado o julgamento, com o quorum do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros. Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, estando licenciados ou ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o quorum.

Nesta seara, devido o desrespeito à reserva de plenário estabelecida no texto constitucional e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 389.808 não se estabeleceu como precedente para aos demais casos semelhantes, no qual deixou pendente a solução da questão para as ADIM propostas e o RE 601.314, julgados em conjunto, em fevereiro de 2016.

Feitas as devidas considerações acima, ao analisar a Lei Complementar 105/2001, verifica-se que em seu artigo 5º há uma previsão de que o poder Exe-

cutivo deverá disciplinar a transferência de dados, de maneira que não venha a configurar crime de quebra de sigilo bancário:

O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

Por meio do Decreto Federal 4.489/02, o artigo 5º da referida lei foi regulamentado no que “concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços”.

Desta forma, os procedimentos a serem realizados pela Administração Tributária e pelas instituições bancárias devem seguir rigorosamente as formalidades da regulamentação do dispositivo, além do que determina o artigo 6º e sua regulamentação por meio do Decreto Federal nº 3.724/01. Disciplina o artigo 6º e seu parágrafo único, da LC nº 105/2001:

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.

Outro fator a ser observado, é que o dispositivo menciona que para a realização das transferências de informações entre a administração tributária e as instituições financeiras, necessário se faz que tal ato seja indispensável pela Administração Tributária competente, ou seja, não será em qualquer processo administrativo ou procedimento fiscal que serão solicitadas informações financeiras aos bancos.

Ademais, esclarece o ministro Ayres de Brito, que as informações do indivíduo protegidas pelo inciso X, artigo 5º, do texto constitucional, se referem

à intimidade relacionada à esfera do “ser”, vinculada à sua personalidade, e não àquela do “ter” (LEAL, 2011, p. 15). Ou seja, o direito à intimidade não abrange os dados do “ter”, porquanto as informações relacionadas ao patrimônio, à renda e às atividades econômicas do sujeito de direito, não se compatibiliza com o direito fundamental à privacidade e à intimidade (LEAL, 2011, p. 15).

Ainda é passível de observar certas peculiaridades conceituais do termo “privacidade e intimidade”. Verifica-se que a palavra intimidade significa “familiaridade” (BUENO, 1995, p. 372) e a palavra privacidade, derivada de “privado”, tem significado “do que não é público”, “particular” (BUENO, 1995, p. 529). O conceito de intimidade se vincula à pessoa (ser humano) e o conceito de privacidade se vincula a “algo que não é de conhecimento de todos” ou que “não pertence a todos”.

Nesta seara, ocorre a interpretação de que dados bancários não se referem ao “ser” por se tratar de bens materiais, ou seja, referem-se ao “ter”. Assim, não há desrespeito ao princípio do direito da intimidade e da privacidade, haja vista, não se adentra a Administração Tributária na esfera do “ser”, e sim na esfera do “ter”.

Interpreta-se, que mesmo optando por uma leitura do art. 5º, X, da Constituição abrangente não apenas os dados do “ser”, mas, também, os dados do “ter”, ainda assim, não condiz com a tese da inconstitucionalidade do acesso direto da Administração Tributária às informações da movimentação financeira do contribuinte em poder dos bancos, pois a sua interpretação teleológica leva à conclusão de que a finalidade da norma veiculada pelo art. 5º, X, da Constituição é proteger a informação privada contra a sua divulgação pública (LEAL, 2011, p. 16).

Neste sentido, Augusto Cesar de Carvalho Leal (2011, p. 16) defende a constitucionalidade do ato em discussão:

Nesse diapasão, parece evidente que não há qualquer lesão ao direito à intimidade em decorrência do debatido acesso direto da Administração Tributária aos dados econômicos do contribuinte, uma vez que estes não são, de forma alguma, divulgados publicamente, havendo mera transferência do sigilo das instituições financeiras para o Estado, tendo por escopo, como será demonstrado, a realização da justiça fiscal por meio, por exemplo, da concretização dos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva, da solidariedade tributária, da concorrência leal e de objetivos fundamentais da República

como a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária e a redução das desigualdades sociais. Importante lembrar 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 (LEAL, 2011, p. 16).

Leal se refere à transferência de dados bancários de contribuintes, entre os bancos e a Receita Federal do Brasil, como respaldo administrativo para realização da justiça fiscal, no qual se manifesta como ato de concretização dos princípios constitucionais da isonomia, da capacidade contributiva, da solidariedade tributária e da concorrência leal.

Quando se verifica que um contribuinte deixa de pagar impostos, assim devendo fazê-lo, ao obrigá-lo cumprir com seu dever com o Estado e com a sociedade, a fiscalização tributária defende a isonomia entre indivíduos, e conseqüentemente, a concretização do princípio da capacidade contributiva, ao verificar a capacidade de maior contribuição omitida pelo contribuinte.

Ao que se refere ao princípio da solidariedade fiscal, interpreta-se que ao omitir por meio fraudulento a capacidade contributiva, o sujeito passivo, que possui obrigação conjunta com outro indivíduo estará sendo desleal com este e, praticando o crime de sonegação fiscal, nos moldes da Lei nº 4729/65, artigo 1º.

Leal reforça em sua citação, o fato de não se tratar de quebra de sigilo bancário feita pela Administração Tributária, e que a transferência de dados bancários para o fisco não configura uma publicidade dos dados, não afetando este ato os princípios fundamentais do direito à privacidade e à intimidade.

Neste contexto, ao julgar a constitucionalidade do artigo 6º, da Lei nº 105/2001, o Supremo Tribunal Federal, levou em consideração o princípio da supremacia do interesse público, a que condiciona à Administração Pública, no qual priva pelo bem coletivo, dentro dos termos das leis.

5 Considerações finais

Realizadas as pontuações sobre o tema, faz-se oportuno, trazer sob a ótica crítica algumas observações. Assiste-se que o direito brasileiro, além de moroso dificulta a credibilidade dos cidadãos para com o sistema do judiciário, que vislumbra incertezas em seus julgados, conforme se verifica a falta de una-

nimidade em decisões de relevante repercussão jurídica.

Há anos a quebra de sigilo de dados era possível somente pela ordem judicial, fato que mudou com a publicação da Lei 105/2001, trazendo conflitos entre princípios constitucionais e as atribuições do Poder Público, no qual, a procedência dos pedidos que tentassem impedir a atuação do fisco ficaram a mercê da interpretação de cada juízo.

Humberto Ávila (2014, p. 181) adverte que a segurança jurídica deve ser conceituada como a capacidade de o cidadão prever quais as conseqüências atribuídas a um ato ou a um fato, ou seja, o cidadão deve poder prever as conseqüências que serão imputadas as ações praticadas, fato que, muitas vezes não se aplica ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nota-se, que o entendimento da maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal era de inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei nº 105/2001, ao julgar o RE 389.808. Ao proferir a improcedência do RE 601.314, a “Suprema Corte” muda sua jurisprudência, demonstrando a insegurança jurídica do judiciário.

Não se trata de um engessamento da jurisprudência, mas de uma uniformidade de interpretações das leis e do texto constitucional, sem deduções discricionárias de quem detém o Poder Público ou jurídico.

Luiz Flávio Borges d’Urso (2008) ao se referir à insegurança jurídica no Brasil, falou justamente acerca das jurisprudências instáveis: “Quando os princípios constitucionais sofrem abalos, quando se institui norma interpretativa que colide com a jurisprudência que vem sendo praticada ou um Poder usurpa as atribuições de outro, temos as condições ideais para construir um cenário de insegurança jurídica no País”.

Os argumentos favoráveis à quebra de sigilo bancário pela administração tributária são variáveis. O artigo 145, §1º, sofreu interpretações diversificadas, quando, ora foi usado como respaldo à procedência do RE 601.314, e ora como respaldo para a improcedência do mesmo. O ministro Ricardo Lewandowski, ora defendeu a inconstitucionalidade da transferência de dados bancários sem autorização judicial e, recentemente votou pela constitucionalidade do ato.

Nesta seara, ainda é passível de dúvidas quanto ao desrespeito aos princípios constitucionais à privacidade e à intimidade, porém seguindo a votação da maioria e as argumentações que resolveram o impasse no julgamento dos Recursos Extraordinários e ADIN propostas, é possível refletir na mais correta posição, pela constitucionalidade da Lei em comento.

Ao que indicam as argumentações estudadas sobre o tema, não há

como estender credibilidade a inconstitucionalidade de um ato do poder público que visa o bem comum e, que não traz nenhum prejuízo ao cidadão investigado e à sociedade, a não ser o que determina a lei. Conforme se verificou, o mecanismo que facilita a atuação fiscal da Receita Federal do Brasil, não foi classificado como quebra de sigilo bancário por maioria dos ministros do STF, o que de fato constitui afronta à Constituição Federal, mas trata-se de transferência de dados de forma sigilosa, entre instituições bancárias e a Administração Tributária.

Portanto, o trabalho realizado, não tem o propósito de extrair conclusões absolutas, mas buscar reflexões sobre a temática. Sabe-se que o Brasil não é um país de precedentes como figura no sistema *comow law*, o que implica em certa instabilidade nos julgamentos. Porém a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem eficácia genérica, válida contra todos e obrigatória, além de gerar “efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, que não podem contrariar a decisão” (BRASIL, 2016, p. 1).

6 Referências

- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 3. ed. São Paulo, 2014.
- BRASIL. **Lei nº 4.729 de 14 de julho de 1965**. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4729.htm>>. Acesso em 28 de junho de 2016.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>. Acesso em 27 de junho de 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.
- DADOS. In: NETO, José Oliveira. **Dicionário jurídico universitário - terminologia jurídica e latim forense**. 4. ed. Leme/SP: EDIJUR, 2010, p. 198.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Insegurança jurídica traz prejuízos ao Brasil**. Disponível em: < <http://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/palavra-do-presidente/2008/112>>. Acesso em: 14 de junho de 2016.

INTIMIDADE. In: BUENO, Silveira. **Dicionário da língua portuguesa**. Editora FTD, Guarulhos, São Paulo, 1995.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **Sigilo Bancário e Administração Tributária Brasileira**. Brasília-DF: Advocacia-Geral da União, 2013.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **Memorial pela Fazenda Nacional**. São Paulo, 2011, p. 63.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

PERUZZO, Renata; SOUZA, Jeiselaure R. de et al. **A quebra dos sigilos bancário e fiscal** (<https://jus.com.br/artigos/201/a-quebra-dossigilos-bancario-e-fiscal>). Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5 n. 42<<https://jus.com.br/artigos/201>>. Acesso em: 18 maio 2016.

PRIVACIDADE. In: BUENO, Silveira. **Dicionário da língua portuguesa**. Editora FTD, Guarulhos, São Paulo, 1995.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. **CPI ao pé da letra**. Campinas: Millennium, 2001.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.