

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO

LUCIANA GRASSANO DE GOUVÊA MELO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito tributário e financeiro II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Liane Francisca Hüning Pazinato, Luciana Grassano de Gouvêa Melo –Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-325-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Tributário. 3. Direito Financeiro. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANCEIRO II

Apresentação

Temos a satisfação de apresentar os artigos do grupo de trabalho de direito tributário e financeiro (II) do XXV Congresso do Conpedi – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sediado em Curitiba, de 07 a 10 de dezembro de 2016.

Os artigos foram apresentados pelos autores na tarde do dia 08 de dezembro, no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, sob a nossa coordenação. Em seguida às apresentações, tivemos a alegria de conduzir um profícuo debate.

A sala estava cheia e os debates foram estimulantes, em especial porque tivemos uma representação bastante heterogênea dos diversos estados da federação brasileira, o que produziu uma discussão rica e com troca de experiências bastante diversas.

Ao todo, apresentamos os dezesseis artigos que foram apresentados e discutidos no Congresso, em relação aos quais, elaboramos uma breve síntese:

O primeiro artigo apresentado foi “A defasagem na tabela de cálculo do imposto sobre a renda pessoa física: uma afronta às limitações ao poder de tributar e ao desenvolvimento econômico e social”, dos autores Igor Barbosa Beserra Gonçalves Maciel e Bruno Bastos de Oliveira, que procuraram demonstrar a defasagem da tabela do IRPF no curso do tempo. O artigo faz um estudo comparativo da tributação da renda e mostra que sua tributação na atualidade apresenta uma defasagem de aproximadamente 72% (setenta e dois por cento) na tabela, o que não contribui para a promoção da igualdade social e do desenvolvimento econômico e social.

Em seguida, foi apresentado o artigo que disserta sobre “A equivocada aplicação do prazo decadencial para o lançamento do imposto sobre transmissão de bens e direitos causa mortis e doação, no âmbito do estado de Minas Gerais”, pelo autor Paulo Roberto Lassi de Oliveira, que discute o lançamento do referido imposto em Minas, o que promoveu grande debate, por se tratar de tributo estadual e, portanto, sujeito a diferentes disciplinamentos nos diversos estados representados no grupo de trabalho e por defender que o prazo decadencial deve contar a partir do primeiro dia do ano seguinte ao falecimento do de cujus ou da respectiva doação, valendo-se do argumento de que os cartórios são obrigados a informar os óbitos ocorridos em sua jurisdição.

Luan Pedro Lima da Conceição apresentou o seu artigo “ A extrafiscalidade e a função promocional do direito: os incentivos fiscais destinados à mineração no estado do Pará”, em que analisa a enorme receita tributária que o estado perde nas políticas de concessões de incentivos para a atividade de mineração e se questiona: Vale a pena conceder incentivo fiscal para a atividade da mineração? Isso porque além de o bem ser finito e promover degradação ambiental não se submete aos interesses da guerra fiscal, vez que as empresas mineradoras não poderiam estabelecer-se em outros estados federativos.

O artigo “Direito à educação como mínimo existencial e os desafios de sua concretização diante da escassez de recursos públicos”, do autor Tiago Soares Vicente se enquadra muito bem no atual momento vivido em nosso país, quando está em vias de ser promulgada uma emenda à CF que congela o teto de despesas públicas para os próximos vinte anos, com inegável repercussão na área da educação pública, que deve ser considerada como mínimo existencial, em especial o direito à educação básica de qualidade.

Os autores Fernando Inglez de Souza Machado e Eduardo Luís Kronbauer apresentaram o artigo “Proteção de dados e quebra de sigilo bancário para fins tributários: retrocesso em matéria de direitos fundamentais em prol de uma maior eficiência na administração pública”, em que se opõem ao recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, por maioria, de ação direta de inconstitucionalidade que questionava artigos da Lei Complementar 105/2001, o que veio a legitimar a transferência de dados bancários à administração tributária, independentemente de ordem judicial.

“O modelo de contencioso tributário no Brasil: uma análise crítica da proposta do projeto de Lei Complementar no Senado de n. 222/2013”, da autoria de Meire Aparecida Furbino Marques e Fernanda de Oliveira Silveira apresenta uma discussão de projeto de lei em tramitação no Parlamento, cujo objetivo seria conferir mais segurança jurídica ao contencioso tributário em nosso país. As autoras formulam críticas ao referido projeto e ressalta suas omissões.

Os autores João Glicério de Oliveira Filho e Gustavo Teixeira Moris apresentaram artigo intitulado “ Da natureza jurídica do pedágio”, em que retomam a discussão sobre a natureza tributária do pedágio, identificando-o com uma taxa devida em razão da manutenção de vias públicas.

Marcus Guimarães Petean e Antonio de Pádua Faria Junior apresentaram o artigo “(In) Justiça fiscal: O peso da carga tributária brasileira e a “ curva de Laffer” . Os autores fazem

uma análise estatística da carga tributária, inclusive com um breve comparativo em relação a outros países, e, de acordo com a teoria da “curva de Laffer” sugerem que quanto mais se elevar a carga tributária, mais diminuirá a arrecadação no país.

Em seguida foi discutido o artigo de Samuel Levy Pontes Braga Muniz e José Aldizio Pereira Junior sobre “Transparência fiscal: pressuposto democrático e direito do consumidor”. Os autores apontam que a tributação brasileira é regressiva e injusta, em especial pela alta tributação do consumo, defendendo a transparência fiscal de modo que os contribuintes tenham conhecimento e consciência do que pagam de tributo, na condição de consumidores.

Luiz Mathias Rocha Brandão apresentou seu artigo “Transação tributária: importância da participação do contribuinte para a resolução de conflitos de natureza tributária”. O artigo foi extraído de estudos efetivados para o desenvolvimento de sua tese doutoral e visa discutir o contexto do estímulo à transação tributária como meio alternativo de resolução de conflito tributário, em nosso país.

O artigo seguinte disserta sobre “Os efeitos fiscais da tributação decorrentes da sucessão “causa mortis”: o peso do ITCD na herança”, da autoria de Alexandre Farias Peixoto que analisa o ITCD em nosso país, em especial no seu estado de origem, o Ceará, em que vigoram alíquotas progressivas de 2 a 8%, fazendo uma análise comparativa com países europeus, cuja tributação chega a passar a alíquota de 40%, para concluir não ser alta a alíquota máxima de 8%, vigente em nosso país.

Eduardo Martins de Lima e Priscila Ramos Netto Viana apresentam o artigo “As relações entre o executivo e o legislativo na elaboração do orçamento brasileiro: considerações sobre a EC 86/2015”, em que analisam sob a ótica da separação e independência de poderes as relações entre o executivo e o legislativo em relação à sua atuação orçamentária.

Leonardo Dias da Cunha e Flavio Couto Bernardes são os autores do artigo intitulado “A ilegitimidade democrática na utilização de presunção legal de culpa para definição de responsabilidade objetiva por infração tributária”, em que discutem a temática do direito tributário sancionador, com especial enfoque ao questionamento da responsabilidade objetiva por infração à lei tributária.

“A função ecológica do tributo no desenvolvimento da governança ambiental” foi o artigo em que o direito tributário ambiental foi apresentado ao grupo de trabalho, em uma discussão coerente por Fernanda Lourdes de Oliveira e Antonio de Moura Borges

Renata Albuquerque Lima e Francisco Gilney Bezerra de Carvalho Ferreira apresentaram o artigo “A desvinculação das receitas da União (DRU) como instrumento de flexibilização do orçamento público no Brasil: necessidade ou distorção?” e junto com Anna Carolina de Oliveira Azevedo e Rômulo Magalhães Fernandes que trataram da “ Dívida pública e Estado social brasileiro: o necessário debate” trouzeram com maestria as discussões de direito financeiro para o centro do debate em nosso grupo trabalho que, com isso, finalizou a sua reunião, após calorosos e proveitosos debates.

Ressaltamos a nossa imensa satisfação em coordenar as atividades de um grupo de trabalho que demonstrou maturidade nas discussões atinentes ao direito tributário e financeiro brasileiros contemporâneos.

Prof. Dra. Liane Francisca Huning Pazinato - FURG

Prof. Dra. Luciana Grassano de Gouvêa Mélo - Universidade Federal de Pernambuco

**PROTEÇÃO DE DADOS E QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PARA FINS
TRIBUTÁRIOS RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
EM PROL DE UMA MAIOR EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**DATA PROTECTION AND THE BREAK OF BANK SECRECY FOR TAX END'S
BACKLASH IN MATTERS OF FUNDAMENTAL RIGHTS DUE TO AN INCREASE
OF PUBLIC'S ADMINISTRATION EFFICIENCY**

**Fernando Inglez de Souza Machado ¹
Eduardo Luís Kronbauer ²**

Resumo

O presente estudo visa a análise crítica do precedente do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da norma que permite, à Administração Tributária, a quebra do sigilo bancário dos contribuintes sem prévia autorização judicial. Em uma análise de proporcionalidade, a decisão fere diretamente preceitos fundamentais no que se refere ao direito fundamental à inviolabilidade da vida privada.

Palavras-chave: Direito tributário, Proteção de dados, Sigilo bancário, Inviolabilidade da vida privada, Direitos fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper study aims to analyze critically the decision pronounced by the Brazilian Supreme Court that recognized the constitutionality of the law, which allowed the Tax Public Administration to have access to taxpayer's bank information without a Court permission. In a proportionality analyses, this decision violates fundamental guaranties such as the fundamental right to the private life inviolability.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tax law, Data protection, Bank secrecy, Private life inviolability, Fundamental rights

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CNPq. Advogado.

² Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Bolsista Capes. Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC/RS e Instituto de Estudos Tributários – IET/RS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo surge diante da necessidade de aprofundamento na discussão a propósito da possibilidade, ou não, da quebra do sigilo bancário para fins de fornecimento à Administração Tributária de informações sobre movimentações bancárias de contribuintes, sem prévia autorização judicial. Diante da edição da Lei Complementar nº 105 de janeiro de 2001, bem como em razão de uma tendência mundial à quebra do sigilo prescindindo de autorização judicial, o debate acerca desta problemática ganhou grande destaque no âmbito nacional, inclusive chegando à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A matéria foi objeto de julgamento recente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) nº 601.314/SP, cuja Repercussão Geral havia sido reconhecida no ano de 2009¹. A Suprema Corte decidiu, por maioria, que o art. 6º da Lei Complementar 105/01² não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. A questão ainda era discutida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.859, 2.390, 2.386 e 2.397, as quais foram julgadas conjuntamente com Recurso Extraordinário supracitado – este considerado como processo principal.

Utilizando-se o método dedutivo e partindo do pressuposto da caracterização do sigilo bancário como garantia fundamental, procedeu-se a análise crítica do posicionamento perfilado pelo STF quando do julgamento do RE nº 601.314/SP. O ponto central enfrentado é se o STF, ao apreciar a matéria, levou em consideração o postulado normativo da proporcionalidade, verificando se a medida direcionada atende os critérios de necessidade, razoabilidade, adequação, proporcionalidade em sentido estrito, dentre outros, atinentes ao juízo valorativo necessário à justificação da utilização de uma medida restritiva.

1. BREVE HISTÓRICO DO SIGILO BANCÁRIO

Embora incerto o momento do surgimento do sigilo bancário³, é possível identificar no Código de Hamurabi algumas disposições nesse sentido, como a revelação das anotações

¹RE 601314, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 15-09-2016 PUBLIC 16-09-2016.

² 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.

³ “Por mais que perscrutemos os horizontes da história, como diz Abrão³, não conseguiremos estabelecer determinada época para o surgimento do sigilo bancário, razão pela qual os autores pretendem situá-lo em tempos imemoriais, afirmando que o segredo bancário tem raízes profundas na tradição” (VELASQUES, 2002, p. 135

referentes à créditos e à débitos dos clientes perante a justiça (KÖHLER, 2012). Percebe-se, assim, que a origem do sigilo bancário advém de noções culturais, ou seja, da tradição. Outrossim, o sigilo bancário, em seu início, é amplamente marcado por aspectos religiosos⁴.

Posteriormente, o sigilo bancário foi trabalhado sob uma perspectiva econômica, aproximando-se do sigilo profissional, enquanto pressuposto essencial para existência e funcionamento das instituições financeiras. Não só no Brasil, mas em lugares como Portugal, o sigilo bancário teve como fundamento questões de caráter econômico (RUARO, 2015). Por último, atrelou-se o sigilo bancário ao direito fundamental à privacidade, estruturando-o a partir da perspectiva do indivíduo e não da ordem econômica.

No Brasil, o Sigilo Bancário aparece primeiro como um aspecto contratual entre banco e cliente, ainda que por muitas vezes não de forma expressa, sendo positivado apenas em 1964, a partir da redação do hoje revogado artigo 38 da Lei nº 4.595. De início, percebe-se uma construção normativa em que a quebra do sigilo bancário seria excepcional, sendo imprescindível a instauração de um processo para se ter acesso a informações bancárias e desde que estas fossem indispensáveis à administração tributária (RUARO, 2015).

Como a lei não especificou que tipo de processo (se judicial ou administrativo) legitimaria o acesso às informações, a questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça. Este, na época, firmou entendimento no sentido de que o processo referido no art. 38 da Lei 4.595/64 tratava-se de processo judicial e não administrativo-fiscal (RUARO, 2015.)

Porém, em 1990, foi editada a Lei 8.021 que suprimiu a necessidade de processo judicial para a quebra do sigilo bancário, bastando a instauração de um processo fiscal. Diante da disposição do art. 192 da CRFB⁵, editou-se a LC 105/01, a qual regulamenta a matéria atualmente no Brasil e que mantém a possibilidade de a Administração Pública ter acesso às informações bancárias, prescindindo de processo judicial para tanto. Ainda, o art. 5 de tal diploma legal é disciplinado pelo decreto n 4.489/02 que prevê, dentre outras coisas, que todas movimentações financeiras acima de determinado valor (R\$ 5.000,00 pessoa física e R\$ 10.000,00 pessoa jurídica) sejam informadas automaticamente para o Fisco⁶.

⁴ No próprio Código de Hamurabi, as anotações referentes às movimentações bancárias eram realizadas no “livro sagrado” (KÖHLER, 2012). Ademais, os templos antigos não só serviam como espaço de práticas religiosas, mas para atividades tipicamente bancárias como o depósito de dinheiro, fato que explica o surgimento dos Bancos de São Jorge em 1147 e de São Marcos em 1171 (VELASQUES, 2002).

⁵ Estabelece que o Sistema Financeiro Nacional só pode ser regulado por meio de Lei Complementar.

⁶ Outro aspecto que chama atenção é que, enquanto o decreto supracitado veda o acesso a informações de terceiros, o art. 2 do Decreto 3.724/01 – que também regula a LC 105/01 -, autoriza a identificação dos titulares da informação, o que não é previsto na Lei Complementar.

2. A CLASSIFICAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO

Percebe-se que há, na doutrina, grande confusão acerca de como enquadrar o sigilo bancário. Não são raras as abordagens que o ora o definem como parte integrante do direito à privacidade e ora como parte integrante do direito à intimidade. Nesse sentido, cabe fazer uma prévia distinção entre direito à privacidade e direito à intimidade, vez que, em que pese similares, tais direitos não se confundem⁷.

Para dimensionar a esfera privada e, inclusive, para fins de diferenciar a privacidade da intimidade a doutrina alemã se valia-se da chamada teoria das esferas ou teoria dos círculos concêntricos – *Sphärentheorie*. Tal teoria divide a privacidade em três esferas que vão progressivamente reduzindo sua área conforme a restrição que elas demandam.

Segundo ela, a *Privatsphäre* é a esfera de maior abrangência e diz respeito à privacidade. Esta consiste em fatos, informações e comportamentos que o próprio titular visa salvaguardar do conhecimento e da interferência pública, ou seja aqueles dados que não se deseja tornar públicas ou de domínio comum. A *Intimsphäre*, por sua vez, é a esfera da intimidade, tratando de aspectos confidenciais do titular, que são compartilhados apenas com as pessoas com quem ele tenha uma relação mais intensa e de confiança, excluindo-se não só o público em geral, mas aquelas pessoas que compartilhem da vida privada do indivíduo, porém que com ele não possuam afinidade (HENKEL, 1957 apud COSTA JÚNIOR, 1970). Por fim, tem-se a esfera mais restrita das três – *Geheimsphäre* – que está atrelada a noção de sigilo e de segredo, englobando apenas aqueles aspectos que o titular não deseja compartilhar com ninguém, ou apenas com pessoas muito íntimas⁸.

Nesse sentido, é válida a lição de Paulo José da Costa Junior. O autor, ao analisar as três esferas, ressalta o caráter flexível e elástico das mesmas. Segundo ele, a área de cada uma delas varia conforme aspectos subjetivos do titular, como a cultura e a realidade social em que ele está inserido, bem como a atividade desempenhada pelo mesmo (COSTA JÚNIOR, 1970).

⁷ DONEDA (2006) constatava a dificuldade de uma adequação terminológica diante da grande variedade de termos utilizados tanto pela doutrina nacional como pela estrangeira. Além do termo privacidade, é possível encontrar na legislação e na doutrina (brasileira e estrangeira) uma rica terminologia: vida privada, intimidade, segredo, sigilo, recato, reserva, intimidade da vida privada, privatividade, privaticidade, dentre outros. A problemática da contemplação de todos os aspectos do que se entende por privacidade ou intimidade e vida privada acaba obscurecendo o entendimento desses conceitos. Segundo “Antonio-Henrique Pérez Luño, ‘as noções de intimidade e vida privada trazem consigo uma carga emotiva que as faz equívocas, ambíguas e dificulta a precisão de seu significado’ (1986, p. 327 apud DONEDA, 2006, p. 110)

⁸ Em sentido semelhante, VIEIRA (2007, p. 36) aduz que “intimidade reflete os pensamentos do indivíduo, suas idéias e emoções, relacionando-se a uma zona mais estrita da pessoa, àquilo que deve ser mantido em sigilo por revelar o íntimo do indivíduo; vida privada, de outro lado, é a vida pessoal e familiar do indivíduo, que pode ser de conhecimento daqueles que desfrutam de sua convivência. Denota-se, portanto, que a amplitude da intimidade é muito menor que a da vida privada, estando a primeira dentro do âmbito de incidência da última.

Ou seja, a abrangência do direito à privacidade e a própria concepção de privacidade variam consoante aspectos culturais, espaciais, temporais e subjetivos.

O direito à privacidade, destarte, consiste no direito mais abrangente⁹ e que melhor se adequa para a inserção do sigilo bancário. Ele, diferentemente do direito à intimidade, não se restringe apenas a aspectos íntimos do indivíduo, ele abrange, também, externalidades, como, por exemplo, alguns dados patrimoniais¹⁰ e dados de cunho profissional¹¹.

Digna de nota, também, é a íntima relação entre o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental à liberdade (FERRAZ JÚNIOR, 2015). O simples exercício da liberdade pressupõe a existência de privacidade, pois somente esta proporciona um momento de reflexão -a relação entre o ser e seu íntimo -, sem a influência externa da sociedade para interferir nas escolhas individuais. Da mesma forma, a liberdade é pressuposto imprescindível para a efetivação do direito à privacidade. Em Estados autoritários, a manutenção do poder se dá, via de regra, pelo controle “total” do cidadão, o que implica, necessariamente, a ausência de privacidade.

O próprio exercício do direito à privacidade se confunde com o exercício do direito à liberdade no momento em que o indivíduo decide o quanto pretende expor a terceiros a sua intimidade e a sua vida privada. Tal relação é tão estreita a ponto de Tatiana Vieira (2007, p. 27) afirmar que “privacidade e liberdade se amalgamam como duas faces de uma mesma moeda, uma vez que tão-somente o manto de proteção da privacidade proporciona a um indivíduo o direito ao exercício da liberdade”.

Em se tratando de uma defesa da privacidade, o sigilo bancário é enquadrado como um dos direitos da personalidade e, portanto, intransmissível e irrenunciável (art. 11 do Código Civil). Não obstante, Regina Ruaro (2015) acerta em afirmar que a cessão de informações bancárias com a anuência do titular não implicaria em violação ao sigilo bancário. Isto porque

⁹ A bem da verdade, a privacidade “é um termo que se presta a uma certa manipulação pelo próprio ordenamento – pois não raro é utilizada para suprir algumas de suas necessidades estruturais, assumindo um ou outro sentido em função das características de determinado ordenamento e dificultado ainda mais a sua redução a um sentido comum” (DONEDA, 2006, p. 103). Inclusive há uma dificuldade na sua própria conceituação em razão desse direito trazer muitas perspectivas, desde o “*right to be left alone*” de Warren e Brandeis, até a questão da proteção de dados pessoais.

¹⁰ Em que pese Ives Gandra Martins (2015, p. 71) entender que a privacidade “não diz respeito apenas a aspectos íntimos, mas também à externalidades, como, por exemplo, os dados patrimoniais”, deve-se fazer a devida ressalva que nem todos os dados patrimoniais são abarcados pela esfera privada. Os imóveis, por exemplo, são dotados de escritura pública, o que demonstra o caráter público das informações a eles relativas.

¹¹ “Na verdade, com o sigilo fiscal (sic.) verifica-se uma situação semelhante à do segredo bancário – que é um tipo de segredo profissional -, cujo fundamento reside, nas palavras de Casalta Nabaias, ‘na esfera da privacidade (e não da intimidade) da vida privada e familiar que abrange (sic.) naturalmente (sic.) também a situação patrimonial e a vida económica dos cidadãos’.” (NABAIAS, 1998, p. 617 apud SANCHES; GAMA, 2015, p. 249-250).

trata-se de direito disponível e tal situação configura, apenas, um livre exercício do direito em questão¹².

A leitura constitucional do sigilo bancário, uma vez que tal direito não é previsto expressamente no texto constitucional, é feita a partir inciso X do artigo 5, que dispõe sobre a inviolabilidade à intimidade e à vida privada. Não obstante, é controvertida a inserção do sigilo bancário sob o abrigo do inciso XII do mesmo artigo¹³.

Os que entendem cabível tal interpretação, alegam que a inviolabilidade de dados prevista nesse inciso abriga os dados bancários – e, portanto, o sigilo bancário -, em uma lógica em que dados é o gênero e dados bancários a espécie¹⁴. Por outro lado, aqueles que entendem indevida tal interpretação, cujo posicionamento compartilhamos, defendem que a inviolabilidade prevista em tal inciso diz respeito à comunicação de dados, e não aos dados em si¹⁵.

Portanto, entende-se que esse dever de sigilo, de segredo, dos bancos é, também, um direito dos indivíduos que se enquadra dentro do direito à privacidade. Ou seja, dos três fundamentos a ele atrelados – direito individual do cliente; dever profissional do banco; e manutenção da ordem econômica – nos parece que, hoje, prepondera o aspecto de direito individual, mais especificamente o direito fundamental à privacidade.

3. A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01

Sem a pretensão de se esgotar a análise da Lei Complementar supracitada, cumpre, apenas, tecer alguns comentários acerca da mesma, vez que ela que deu margem a diversas discussões junto ao Supremo Tribunal Federal acerca de sua constitucionalidade. Tal discussão

¹² Nesse sentido, válida a lição de BITAR (2015, p. 35). Direitos da personalidade “são direitos ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral. Daí, são dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos direitos privados, de que avultam, desde logo, as seguintes: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade, que se antepõem, inclusive como limites à própria ação do titular (que não pode eliminá-los por ato de vontade, mas, de outro lado, deles, sob certos aspectos, pode dispor, como, por exemplo, a licença para uso de imagem, entre outras hipóteses). Contudo, esse consentimento não desnatura o direito, representando, ao revés, exercício de faculdade inerente ao titular (e que lhe é privativa, não comportando, de uma parte, uso por terceiro sem expressa autorização do titular e quando juridicamente possível, e, de outra, execução forçada, em qualquer situação, visto que incompatível com a sua essencialidade) ”.

¹³ 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;

¹⁴ Nesse sentido, RUARO (2015), MARTINS (2015), KÖHLER (2012), dentre outros.

¹⁵ Nesse sentido VELASQUES (2002) e FERRAZ JÚNIOR (2015, p. 96), o qual afirma que o texto constitucional “é feito em dois blocos em que se percebe o sigilo da: ‘comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados e telefonia’. O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na *comunicação* alheia [...] A distinção é decisiva: o objeto protegido pelo inciso XII do art. 5º da CF, ao assegurar a inviolabilidade do sigilo, não são os dados em si, mas a sua comunicação [...] Doutrino modo, se alguém, não por razões profissionais, ficasse sabendo legitimamente de dados incriminadores relativos a uma pessoa, ficaria impedido de cumprir o seu *dever* de denunciá-los”.

é ponto central do presente artigo e será enfrentada no tópico subsequente, sendo uma análise prévia da lei complementar imprescindível para tanto.

A Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 surge a fim de dirimir os questionamentos suscitados acerca da competência da Lei nº 8.021 de 1990 para tratar do Sistema Financeiro Nacional por força do artigo 192 da CRFB que, na época, exigia lei complementar para tratar de tal matéria¹⁶ (RUARO, 2015). Tal lei tem como objeto o sigilo bancário, o qual é, segundo o *caput* do artigo 1º, regra nas atividades das instituições financeiras.

Em se tratando de direito não absoluto e disponível, a lei prevê algumas exceções onde a quebra do sigilo pode ser decretada (§4º, art. 1), bem como casos que sequer são considerados quebra de sigilo (§3º, art. 1). No primeiro caso, percebe-se que a lei possibilita a quebra de sigilo para fins de apuração de ilícitos, seja durante o inquérito ou durante o processo judicial em si, elencando um rol exemplificativo de crimes que dão margem a quebra do sigilo. Destarte, a lei prevê a quebra de sigilo por meio de determinação judicial e para fins de apuração de ilícitos.

Quanto ao segundo caso, este consiste em uma sistematização mais complexa. O §3º do artigo 1 da LC 105/01, além de prever que a troca de informações entre instituições financeiras para fins cadastrais - inclusive para entidades de proteção de crédito – (I e II), o fornecimento de informações com o consentimento do titular (V) e a comunicação de ilícitos penais ou administrativos às autoridades competentes (IV) não configuram quebra de sigilo, ele remete a diversas outras hipóteses previstas em artigos dispersos na lei que também não configurariam quebra do sigilo (VI).

A primeira dessas hipóteses diz respeito ao Banco Central do Brasil (BCB), ao qual também se estende o dever de sigilo. Segundo o artigo 2º da lei complementar, o BCB tem acesso a informações bancárias quando no desempenho de suas funções fiscalizadoras para fins de apuração de ilícitos praticados por aqueles que gerenciam e administram as instituições financeiras, podendo, inclusive, firmar convênio com outros órgãos públicos ou outros bancos centrais estrangeiros.

O artigo 3º, por sua vez, estabelece o fornecimento de informações por instituições financeiras, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo BCB quando solicitadas pelo judiciário, explicitando a necessidade de prévia autorização deste para o fornecimento de informações em sede de inquérito administrativo. No artigo 4º, estende-se tal transferência de

¹⁶ A partir de 2003, em razão da EC nº 40 de 2003, tal exigência fora revogada.

informações para o Poder Legislativo por meio das chamadas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI).

O ponto nevrálgico da discussão quanto a constitucionalidade da lei complementar recai sobre o disposto nos artigos 5º e 6º do diploma legal. A partir destes, as autoridades e agentes fiscais da União, do DF e dos Municípios podem ter acesso a informações financeiras de pessoas físicas e jurídicas prescindindo da autorização judicial. Consoante a redação do artigo 6º, basta a instauração de processo administrativo e a indispensabilidade de tais informações para que a administração pública fiscal tenha acesso às informações que estão sob a guarda do sigilo bancário.

Ademais, cumpre referir que cabe ao próprio Poder Executivo regulamentar como se dará esse fornecimento de informações. No âmbito federal tal Lei Complementar foi regulamentada pelo Decreto 3.724/01, ao qual cumpre definir em que casos tais informações são indispensáveis a autoridade administrativa.

4. A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PARA FINS TRIBUTÁRIOS

Destarte, a partir das considerações acima mencionadas, propõe-se a análise da Constitucionalidade da redação do artigo 6º da Lei Complementar 105/01, tomando-se como base o recente julgado do Supremo Tribunal Federal – RE nº 601.314/SP – que enfrentou a matéria sob a forma de Repercussão Geral.

4.1. Análise dos argumentos do STF

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, enfrentou a matéria na qual se questionava a constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar 105 de 2001 que permitem ao Fisco acesso de dados bancários de contribuintes diretamente das instituições financeiras sem o consentimento do titular dos dados ou prévia autorização judicial. A Suprema Corte definiu que “o litígio constitucional posto se traduzia em um confronto entre o direito ao sigilo bancário e o dever de pagar tributos, ambos referidos a um mesmo cidadão e de caráter constituinte no que se refere à comunidade política” (p. 30).

Por maioria de votos, entendeu-se que a norma prevista no diploma legal não configura quebra de sigilo bancário, mas transferência do sigilo (do sigilo bancário para o fiscal) sendo este preservado frente a terceiros. Segundo tal posicionamento, como há apenas uma transferência dos dados entre banco e Fisco, preservando-se o sigilo das informações do acesso de terceiros não haveria ofensa à Constituição Federal. Na oportunidade do julgamento, foram

nove votos a favor e dois contra, o do Ministro Marco Aurélio que fora acompanhado pelo Ministro Celso de Mello.

A argumentação em prol da Lei Complementar perpassou pela necessidade de um processo administrativo instaurado para a obtenção das informações. Tal processo, ainda, deverá observar regras de segurança – no caso da União previstas no Decreto Federal 3.724/2001 - que coíbam o tratamento indevido e o desvio de finalidade dessas informações, garantindo-se ao contribuinte uma notificação prévia da abertura desse processo e amplo acesso aos autos. Ademais, asseverou-se que tal ferramenta garante mais efetividade ao dever fundamental de pagar impostos, garantindo uma atuação mais eficaz do Fisco. Ainda, O Ministro Gilmar Mendes construiu uma analogia da LC 105 com a verificação de bagagens que, apesar de invasivo, trata-se de procedimento imprescindível a fiscalização alfandegária e que sequer é contestado. Em suma, o fundamento estrutural de tal posicionamento consiste na atuação mais eficiente da administração pública, seja na prevenção e repressão de crimes como narcotráfico, terrorismo, lavagem de dinheiro, seja na fiscalização tributária e na correção de desvios.

Por outro lado, os votos vencidos embasaram-se nos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade e a inconformidade da LC 105/01 com a Constituição Federal neste aspecto. Segundo o Ministro Celso de Mello, apesar do caráter não absoluto de tais direitos, tal situação não dá margem a uma intromissão estatal no âmbito do sigilo bancário destituída de base jurídica idônea. Sob a alegação da reserva de jurisdição, entendeu-se que somente o Poder Judiciário, enquanto terceiro desinteressado, poderia decretar a quebra de sigilo bancário, a qual deve configurar apenas uma excepcionalidade.

No voto acolhido pela maioria, o Ministro Relator, Edson Fachin, destacou a relevância da Tributação como forma de concretização do Estado Fiscal¹⁷, sustentando, com base na teoria de José Casalta Nabais, a existência de um dever de pagar tributo por parte dos cidadãos, sendo que, a manutenção do sigilo bancário confrontaria os princípios da Capacidade Contributiva e da Igualdade. Salientou que os Tribunais Brasileiros, no que condiz ao sigilo bancário, têm negado o caráter absoluto deste direito¹⁸. Conclui, por fim, que, em não sendo

¹⁷ “Na perspectiva do autogoverno coletivo, os tributos são contributos indispensáveis a um destino em comum e próspero de todos os membros da comunidade politicamente organizada.

Nesses termos, tendo em vista a decisão constituinte de formar um Estado Fiscal, pode-se conceber um dever fundamental de pagar tributos, em decorrência do princípio da subsidiariedade, segundo o qual há uma responsabilidade coletiva da comunidade política para satisfazer as necessidades dos cidadãos, especialmente aqueles mais vulneráveis nos aspectos socio-econômicos.” (p. 33).

¹⁸ A esse respeito, os Tribunais brasileiros têm asseverado o caráter não absoluto do direito ao sigilo bancário quando contraposto às legítimas expectativas de obtenção de receitas públicas. Veja-se trecho da argumentação esposada pelo então Ministro do STJ Luiz Fux no REsp 1.134.665, já mencionado:

absoluto, este direito “deve ceder diante do interesse público, interesse da justiça, do interesse social”.

Percebe-se, no voto vencedor, grande empenho argumentativo no sentido de se sustentar o dever fundamental de pagar tributos, sob uma ótica de que a tributação serve de instrumento para a efetivação do direito fundamental à igualdade e de combate às desigualdades sociais e econômicas, ou seja, para a defesa do cidadão. Assim, rechaça-se, e com muito acerto, a concepção do Sistema Tributário Nacional como mero meio de se abastecer os cofres públicos, bem como a concepção da administração pública como mera prestadora de serviços.

Embora o Ministro tenha defendido que o sigilo bancário, sob a perspectiva da autonomia individual, “encontra guarida constitucional no art. 5, X da Constituição Federal, à luz de sua natureza de direito da personalidade”, aduzindo, em suma, que tal direito era abrangido pelo direito à privacidade (p. 15), entendeu que o art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001 (que prevê a possibilidade da quebra do sigilo bancário por simples requerimento da Fiscalização) é constitucional, na medida em que promove e concretiza os princípios da *Capacidade Contributiva* e da *Igualdade*, uma vez que permite à Administração ter ciência de rendas e receitas não declaradas pelos contribuintes.

4.2. Aspectos tributários – Fiscalização, Capacidade Contributiva e Igualdade

Conforme exposto no tópico acima, o STF entendeu que o caso envolvia um conflito de interesses - entre uma garantia individual e o interesse público (dever de pagar tributos para fins de concretização do Estado Fiscal) -, sendo que, de um lado, figurava o bem (valor) direito à privacidade, manifestado através do sigilo bancário, e, de outro, os princípios da Capacidade Contributiva e da Igualdade.

Primeiramente, no que condiz ao dever de fiscalização da Administração Pública, o art. 174, da Constituição Federal, determina que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exerça, entre outras, a função de fiscalização, na forma da lei. *Fiscalizar* significa vigiar, verificar e, nos casos de anormalidade, censurar, ou seja, verificada a ocorrência de uma atividade irregular continuada, a Administração tem o dever de censurar, aplicando as devidas sanções, além da cobrança do tributo não recolhido, caso seja está a

“13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.” (p. 34).

hipótese. Dessa forma, o acesso continuado a informações faz parte da Fiscalização. Sem isso não haveria vigilância.

O acesso intermitente, na verificação da anormalidade, faz parte da censura, que implica na punição. Entretanto, a questão é: qual seria o limite deste poder exercido pelo Estado, e, no caso de quebra do sigilo bancário, quem seria o Ente competente para deliberar sobre a sua necessidade ou não, e, em caso positivo, permitir sua utilização. Não há dúvida que, no caso de violações por parte do titular do direito ao sigilo bancário, de preceitos fundamentais que envolvam interesse público como a omissão de rendas este direito pode ser relativizado. Porém, como já sustentando, deve haver uma análise rigorosa pertinente à proporcionalidade da utilização deste meio.

No caso aqui analisado, o STF justificou que a Administração tributária pode, sem qualquer autorização judicial, acessar informações bancárias de contribuintes caso entenda necessário para auxiliar na atividade de fiscalização, com base na suposta colisão do direito ao sigilo bancário com os princípios da Capacidade Contributiva e da Igualdade Tributária. Ou seja, de forma indutiva, de um caso particular e contingente, determinou uma premissa geral. Antes de analisarmos se foi correta a atitude do STF, abordaremos de forma breve os preceitos trazidos na decisão objeto de análise do presente trabalho.

Acerca da Capacidade Contributiva, como bem refere Luís Eduardo Schoueri, esta decorre do Princípio da Solidariedade, sendo que, em virtude deste preceito, “se afirma que o critério aceitável para a diferenciação dos contribuintes será aquele que atingir a máxima de que cada um contribuirá com quanto puder para o bem de todos” (SCHOUERI, 2013, p. 333). Todavia, a capacidade contributiva não é o único parâmetro de diferenciação entre os contribuintes, havendo outros meios que podem garantir a concretização da igualdade, a exemplo da seletividade, da essencialidade, da função social, dentre outros¹⁹.

A igualdade, por sua vez, conforme definido por Humberto Ávila (2009, p.41), não trata somente de definir se as pessoas *são* ou *não são* iguais (igualdade descritiva), afinal, as pessoas são iguais ou são diferentes, e as diferenças devem ser observadas no momento da mensuração da equidade. Ou seja, faz-se necessária, também, a análise para saber se as pessoas

¹⁹ “É assim que cabe alertar que o Princípio da Capacidade Contributiva serve como um dos vários critérios que, simultaneamente, atuam sobre o mundo fático, a fim de identificarem-se situações equivalentes. A igualdade não se mede apenas a partir da capacidade contributiva: é possível haver efeitos indutores diversos, impostos pela mesma lei, a contribuintes com idêntica capacidade contributiva. Nesse caso, importará examinar se há fator (diverso da capacidade contributiva) que justifique a discriminação. Na Ordem Tributária, encontram-se fatores como a essencialidade, base para a aplicação do Princípio da Seletividade (que se emprega na fixação das alíquotas do IPI e do ICMS), ou o custo/benefício, base para as taxas. Na Ordem Econômica, outros fatores serão acrescentados, como, por exemplo, a proteção da livre concorrência, função social da propriedade etc.” (Schoueri, 2013, p. 335).

devem ou não devem ser tratadas igualmente (igualdade prescritiva), a partir da verificação, no plano dos fatos, do preenchimento, ou não, das propriedades selecionadas como relevantes pela norma. Nas palavras de Humerto Ávila (2009, p. 41), “duas pessoas podem ser compreendidas como iguais ou diferentes segundo o critério da capacidade econômica: deverão ser vistas como diferentes para pagar impostos, se uma delas tiver maior capacidade contributiva”.

Dessa forma, pode-se afirmar que a capacidade contributiva é um dos elementos de concretização da igualdade tributária. De fato, é reconhecida a fundamentalidade de tais preceitos, e sua observação é de extrema relevância à manutenção da Ordem Tributária constitucionalmente prevista. Desta feita, caso algum outro valor venha a colidir com tais preceitos, necessário se faz a utilização da ponderação.

4.3. Dever de proteção: sigilo de dados e inviolabilidade da vida privada

Como visto, o sigilo bancário caracteriza-se como uma garantia fundamental enquanto expressão do direito fundamental da inviolabilidade da vida privada. As movimentações financeiras de um particular têm relação, na maioria dos casos, com as ações diárias do indivíduo, vinculadas a questões como alimentação, lazer, educação, relações pessoais. Em suma, as movimentações financeiras, via de regra, consistem em manifestações de comportamentos de cunho pessoal e individual.

As informações bancárias denotam elementos ou características relativas à vida privada do indivíduo. Em uma análise de direito comparado, a questão sobre a intervenção pública na vida privada tem tomado a atenção dos Tribunais Europeus. Nesse sentido, destaca-se que o artigo 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos²⁰ determina que a interferência, pela autoridade pública, nas questões relacionadas à privacidade e à intimidade, somente é permitida nos casos de segurança nacional, bem-estar econômico do país, de necessidade por prevenção de crimes ou para a proteção de direitos e liberdades de outros.

Sobre a positivação e reconhecimento de princípios fundamentais por normas constitucionais, como valores que devem ser respeitados, Ingo W. Sarlet (2015, p. 61) defende que:

Mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, na qualidade de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada, o Poder Constituinte e a própria Constituição transformam-se, de acordo com a primorosa formulação do ilustre

²⁰ ARTICLE 8 - Right to respect for private and family life: There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

mestre de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, em autêntica “reserva da justiça”, em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal. Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, ‘o fundamento de validade da constituição (=legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habbermas) e a convicção, por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca’. Assim, na esteira do próprio Habbermas, tão bem lembrado por Canotilho, é possível partirmos da premissa de que as ideias dos direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que se encontra na base e forma a gênese do próprio pacto constituinte) seguem até hoje determinando e condicionando a autoevidência normativa (*das normative Selbsverständnis*) do Estado democrático de Direito.

Comparando-se à questão em tela, em casos que podem ser considerados de maior relevância, ou que demandam maior interesse público (como a troca de informações para base de dados antiterrorismo), o Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht), decretou a impossibilidade da restrição da vida privada para tal finalidade. Neste aspecto, afastou a lei, baseada em diretivas e decisões do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia²¹, que previa o armazenamento, por um período de seis meses, dos dados eletrônicos de pessoas com suspeitas de relação com atividades terroristas, referindo que a medida deveria ser tomada somente em *casos excepcionais*, rechaçando a tomada da *medida desproporcional* aos direitos fundamentais²². Ou seja, um caso de maior relevância em termos de interesse público, que envolve segurança nacional, e, mesmo assim, entendeu-se por respeitar uma garantia individual.

Neste contexto, reitera-se que o sigilo bancário é uma garantia fundamental, podendo ser extraída, de forma implícita, da norma exposta no art. 5º, X da Constituição Federal, que dispõe sobre a *inviolabilidade da vida privada* e, portanto, deve ser protegido pelo Estado. James Marins (2003, p. 246) bem destaca que se deve ter em apreço que o dever e poder de fiscalização, atrelados à Administração Tributária, aliados ao dever de colaboração, norteiam a

²¹ Article 2: 1. Chaque État membre désigne un service spécialisé, au sein de ses services de police ou d'autres services répressifs, qui, conformément au droit national, aura accès à toutes les informations pertinentes concernant les enquêtes pénales conduites par ses services répressifs dans le cadre d'infractions terroristes, recueillera ces informations et les transmettra à Europol conformément aux paragraphes 3 et 4.(...). (DÉCISION 2005/671/JAI DU CONSEIL - du 20 septembre 2005).

²²(...) 2. Under the fundamental right to informational self-determination, provisions that permit the transfer of information between the police and intelligence services are subject to heightened constitutional requirements. From the fundamental rights follows a principle of separation of information (*informationelles Trennungsprinzip*) that permits such transfers only in exceptional cases.

3. With regard to the data to be included and their potential uses, a joint database shared among security agencies, such as the counter-terrorism database, must have a legal design that is sufficiently specific and conforms to the prohibition of disproportionate measures. The Counter-Terrorism Database Act does not fully meet this requirement, namely with regard to the following issues: the identification of the participating agencies, the range of persons included as affiliated with terrorism, the inclusion of contact persons, the use of covertly provided extended basic data, the authorisation of security agencies to define the specific rules for using the data to be stored, and the guarantee of effective supervision.

4. The unrestricted inclusion in the counter-terrorism database of data that were collected by interfering with the privacy of correspondence and telecommunications and the right to the inviolability of the home violates Art. 10 sec. 1 and Art. 13 sec. 1 GG. (BvR 1215/07 - Judgment of 24 April 2013).

relação entre a Administração e o cidadão, contudo, não pode admitir a invasão no campo das garantias fundamentais, “se tal ingerência implique em supressão dessas garantias”.

Ainda, sobre os limites da intervenção da Administração Pública nos dados econômicos do indivíduo, destaca Esther Bueno Gllardo (2009, p. 554-555):

Delimitada en estos términos la esfera de intimidad protegida, cualquier requerimiento por la Administración tributaria de los datos que la integran ‘afectaría al contenido esencial del derecho a la intimidad’, que se identifica así con los datos o informaciones económicas que merecen la calificación de íntimos, o lo que el mismo, com la intimidad económica de calidad media.

Sendo, o sigilo bancário, um direito fundamental, possui eficácia imediata e somente pode ser afastado em casos extremos, nos quais se possa demonstrar, de forma clara e transparente, a justificativa para tanto.

4.4. Máxima eficácia das garantias fundamentais – Formas de menor restrição

Os direitos fundamentais, na medida em que possuem eficácia imediata, devem ser aplicados na sua plenitude e na maior extensão possível, conforme determinado pelo parágrafo 1º do art. 5º da Constituição²³. Importante destacar que, conforme a Teoria Externa dos Direitos Fundamentais, estes não possuem uma limitação interna: *prima facie*, têm aplicação extensiva, não havendo restrições iminentes. Ou seja, tem sua eficácia estendida ao máximo, e, sua limitação, dar-se-á somente no caso de conflito com outro direito fundamental.

Nos casos em que ocorre a colisão de direitos fundamentais, a solução deve tomar em conta o postulado da proporcionalidade, que conduzirá a construção argumentativa que justificará a escolha de um direito em detrimento do outro, por meio do exame da adequação; necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, a análise para verificar se uma medida restritiva deve ser utilizada pressupõe a configuração dos seguintes requisitos: i) a medida colide com um interesse de grande relevância (altamente considerado)? ii) a medida busca um interesse legítimo, isto é, sua finalidade é digna de ser perseguida? iii) a medida é capaz de assegurar e concretizar aquele objetivo? iv) além disso, ela é necessária para que se atinja aquele objetivo, não existem outros meios menos restritivos de se alcançar o mesmo objetivo? e, v) a medida atinge um equilíbrio

²³ “Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no casos dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição”. (SARLET, 2015, p. 286).

justo em virtude das perdas da sua adoção, seus ganhos são justificáveis? (BARAK, 2012)

Em relação ao caso analisado pelo Supremo, o debate recai sobre o interesse público relacionado ao dever de pagar tributos incumbido a todos, de forma igualitária, dentro de suas capacidades econômicas e a possibilidade de um contribuinte omitir sua real capacidade mediante o sigilo de suas movimentações financeiras.

Conforme sustentado pelos Ministros nos votos condutores da decisão que afastou a necessidade de autorização judicial à quebra do sigilo bancário, a intervenção nas informações privadas dos indivíduos se justificaria na ideia de isonomia entre os contribuintes. Em suma, segundo o STF, o caso colocava em colisão os seguintes pressupostos: sigilo bancário, interesse público, Igualdade e Capacidade Contributiva.

Ao asseverar que o dever de pagar tributos serve como limitador do exercício do direito à privacidade, data vênua o entendimento majoritário do STF no caso, a questão merece um olhar mais sistemático do Ordenamento Jurídico pátrio. De fato, o direito ao sigilo bancário não é absoluto, nenhum direito o é (SARLET, 2015). Entrementes, apesar da íntima relação, o dever fundamental de pagar impostos não se confunde com o poder de fiscalização da autoridade administrativa.

Alegar que o direito ao sigilo bancário serve como figurino para fins “de elidir os tributos devidos por uma pessoa” (p. 17) importa na negação de que tal direito é um desdobramento do direito fundamental à privacidade. Condicionar a quebra do sigilo bancário ao olhar do Poder Judiciário, não significa dizer que tal direito é absoluto. Havendo interesse público,²⁴ o poder judiciário pode – e deve - decretar a quebra do sigilo a pedido do Fisco.

Consoante Ives Gandra Martins (2015) refere, a Lei Complementar 105/01 serviu apenas para afastar o judiciário e a proteção deste em relação ao bom contribuinte frente ao Fisco. Segundo o autor, o Poder Judiciário não serve para proteção do sonegador, sua atuação, pelo contrário, protege o Fisco do sonegador e o bom contribuinte do Fisco. Ou seja, a necessidade de autorização judicial não figura como óbice a atuação de fiscalização administrativa, mas como um meio de controle para que não haja uma atuação abusiva.

Por mais que o Brasil tenha se filiado a essa tendência do “Fisco Global”, aderindo a diversos tratados internacionais acerca do intercâmbio de informações fiscais – Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Fiscal; Convenção para Troca Automática de Informação Financeira em Matéria Tributária (*Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters*) – e a programas da OCDE - *Base Erosion and Profit Shifting*;

²⁴ Por exemplo, indícios de sonegação, lavagem de dinheiro, ou evasão de divisas.

Foreign Account Tax Compliance Act –, tal situação não pode suprimir uma legitimação jurídico-constitucional na atuação do Fisco, para fins de maior adequação aos princípios de transparência acordados no âmbito do G20.

Uma vez enquadrado como desdobramento do direito à privacidade, o sigilo bancário deve ser tratado como direito fundamental, o que não importa afirmar, reitera-se, que ele se trate de direito absoluto. Contudo, em se tratando de direito fundamental, ele só pode ser restringido quando esta restrição for compatível com a Constituição (RUARO, 2015). Quanto aos limites do sigilo bancário, identifica-se, na obra de Ingo Sarlet (2015), como limites a direitos fundamentais: a) disposição constitucional expressa; b) colisão com outros direitos fundamentais; c) conformação com outros princípios e direitos fundamentais. Nesse sentido, é preciso a observância da reserva de jurisdição, cabendo ao judiciário o poder de decretar a quebra do sigilo, enquanto terceiro imparcial.

Não obstante, a proteção do sigilo bancário não coloca em conflito aparente e *a priori* os referidos interesses: se, de fato, existirem fortes indícios de sonegação fiscal, estes deverão ser comprovados e analisados de forma contingente, neste caso, pelo exame de proporcionalidade, onde seriam analisados os antes referidos, o que somente é possível verificar na análise do caso específico.

Abrir a possibilidade de acesso, pela Administração, aos dados bancários de todos contribuintes, sem a devida comprovação dos indícios, ou na ausência de tentativas de verificação das omissões do contribuinte por meios menos restritivos (necessidade), configura clara violação a um direito fundamental. A quebra de sigilo somente deve ocorrer mediante autorização judicial.

CONCLUSÃO

A decisão do Supremo Tribunal Federal configura clara ofensa a preceitos fundamentais dispostos na Constituição Federal. A justificativa para afastar a necessidade de autorização judicial para a quebra do sigilo bancário padece de incoerência interna, pois os institutos jurídicos mencionados não entram em conflito de forma automática. O conflito ocorre somente em casos em que fiquem demonstrados indícios de que o contribuinte está omitindo informações da Administração.

Percebe-se que, uma vez mais, há uma supressão de um direito fundamental em razão de uma gestão e de um controle mais eficientes na atuação estatal. Essa lógica de *surveillance*²⁵ acaba impactando diretamente a vida dos indivíduos que abrem mão de direitos e liberdades fundamentais em prol do interesse público, em especial quando se fala em combate ao crime e na prevenção de ilícitos.

A medida restritiva em tela (quebra do sigilo bancário) exige, para sua utilização, a observação do postulado da proporcionalidade. De fato, o contribuinte que estiver tentando omitir ganhos, impedindo que a Administração tenha conhecimento de sua verdadeira capacidade econômico, colocando-o em vantagem perante os demais contribuintes, pode ter seu direito de sigilo bancário relativizado, em virtude da Igualdade Tributária. Não se defende, aqui, que o sigilo bancário é um direito absoluto. Todavia, para ocorra sua relativização, necessária a presença de indícios da ocorrência deste fato, de que realmente o contribuinte em questão está tentando esconder da Fiscalização a sua real capacidade contributiva, e, para tanto, demanda-se uma análise do caso particular, com possibilidade de apresentação de defesa e de provas, o que deve ocorrer em uma análise contingente, atividade reservada ao judiciário.

Não se pode presumir que todos os contribuintes têm a intenção de fraudar a Fiscalização tributária. A decisão do STF permite que a Administração acesse informações de todo e qualquer contribuinte, sem a necessidade de fundamentar a intervenção. A análise, reitera-se, deve ser caso a caso, com a devida justificação para os casos de quebra do sigilo.

A argumentação de que, por não se tratar de um direito absoluto, o sigilo fiscal deve ceder em virtude do interesse público e social, não apresenta qualquer força de justificção da utilização desta medida por parte da Fazenda Pública, trata-se de mera retórica. O exercício de um direito que ultrapasse os seus limites, e que venha a colidir com a justiça ou o interesse social, deve ser impedido. Porém, este impedimento deve preceder de justificativas racionais, capazes de sustentar o afastamento daquele direito.

Mesmo assim, antes de se permitir a invasão na privacidade do indivíduo, deve ser verificada a possibilidade de ações que restrinjam em menor grau os direitos individuais, em um exame de proporcionalidade em sentido estrito. Esta análise deve se dar de forma contingente por meio do controle judicial²⁶.

²⁵ *Surveillance* é uma prática da sociedade de vigilância, utilizada para fins de gestão de pessoas e de riscos em um contexto social marcado pelo alto desenvolvimento de tecnologias de comunicação e informação (TICs) e de tecnologias de vigilância. Nesse sentido ver: BAUMAN, 2013.

²⁶ Este foi o entendimento do Tribunal Constitucional Alemão quando afastou a aplicação da lei que previa o armazenamento no banco de dados antiterrorismo, no sentido de ser necessária autorização judicial para tanto: “*The secret infiltration of an information technology system is in principle to be placed under the reservation of*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. **Constitutional Rights and Proportionality**. 22 R. J. Const. Theory & Phil. Law iv 2014.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo/SP: Malheiros, 2012a.

_____. **Teoria da Igualdade Tributária**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012b.

BARAK, Aron. **Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations**. New York: Cambridge University Press, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância Líquida: Diálogos com David Lyon**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COVELLO, Sergio Carlos. **O Sigilo Bancário**. 2ª edição. São Paulo: Universitária de Direito, 2001.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Sigilo Bancário – Privacidade e Liberdade. in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos Bancário e Fiscal: Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GALLARDO, Esther Bueno. **La configuración constitucional del derecho a la intimidad**.

a judicial order. The statute granting powers to perform such an encroachment must contain precautions in order to protect the core area of private life". (BvR 370/07 – Judgment of 27 February 2008).

En particular, el derecho a la intimidad de los obligados tributários. Madrid: Taravilla, 2009.

KÖHLER, Etiane Barbi. **Direito Bancário.** Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **Verdade e justificação. Ensaios filosóficos.** Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário e Privacidade. in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos Bancário e Fiscal: Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves.** 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NETO, Arthur M. Ferreira. **Metaética e a Fundamentação do Direito.** Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

QUEIROZ, Mary Elbe Gomes. **A Inexistência de Sigilo Bancário para o Fisco.** Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/download/Mary%20Elbe%20Gomes%20Queiroz.pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2016.

RUARO, Regina Linden. **Direito fundamental à privacidade: o sigilo bancário e a fiscalização da Receita Federal do Brasil.** Interesse Público: IP, Belo Horizonte, v. 17, n. 90, p. 103-125, mar/abr. 2015.

SANCHES, Jose Luis Saldanha; GAMA, João Taborda da. Sigilo Bancário – Crônica de uma Morte Anunciada. in: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coord.). **Sigilos Bancário e Fiscal: Homenagem ao Jurista José Carlos Moreira Alves.** 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, set/out/nov, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário.** 3 ed. – São Paulo/SP: Saraiva, 2013.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Organização e tradução: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adanauer, 2005.
SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VELASQUES, Renato Vinhas. Quebra de Sigilo Bancário. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul.** n. 48, 2002.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.