

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

ANNA KALYNE QUEIROZ DO AMARANTO ROCHA

**O SIGILO BANCÁRIO: UM EMBATE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
CIDADÃO E O INTERESSE PÚBLICO**

Recife
2013

ANNA KALYNE QUEIROZ DO AMARANTO ROCHA

**O SIGILO BANCÁRIO: UM EMBATE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
CIDADÃO E O INTERESSE PÚBLICO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas
da Instrução Cristã como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas

Orientador: Professora Dra. Bruna Estima
Borba

Recife
2013

Rocha, A. K. Q. A.

O sigilo bancário: um embate entre os direitos fundamentais do cidadão e o interesse público.
Anna Kalyne Queiroz do Amaranto Rocha. O Autor, 2013.

54 folhas.

Orientador(a): Bruna Estima Borba

Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã.
Trabalho de conclusão de curso, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Sigilo Bancário 3. Divergência 4. Interesses.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2013 - 200

Anna Kalyne Queiroz do Amaranto Rocha

O SIGILO BANCÁRIO: UM EMBATE ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CIDADÃO E O INTERESSE PÚBLICO.

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Profa. Dra. Bruna Estima Borba (FADIC)

1º Examinador: Prof(a). Ms./Dr.

2º Examinador: Prof(a). Ms./Dr.

A Deus, que me iluminou e me deu forças durante toda esta caminhada, aos meus pais por todo o incentivo, pela fé depositada e, principalmente, por todo amor a mim dedicado.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que tanto me fortaleceu ao longo dessa jornada e me agraciou com a dádiva de estar cercada de pessoas tão especiais e que contribuíram bastante para o meu desenvolvimento.

Aos meus pais, por todo amor, companheirismo, dedicação, incentivo, paciência, conselhos sábios... Por acreditarem em mim e na minha capacidade mesmo quando as coisas não saíam como o planejado. Essa é a realização de um grande sonho, o nosso sonho.

A Ítala Roberta, amiga-irmã que a vida me deu de presente ao longo dessa jornada. Obrigada por tudo.

A Genildo, amigo incrível e dono de uma generosidade ímpar. Obrigada pela dedicação, pelo apoio e pela torcida, sem os quais essa jornada não seria tão gratificante.

A minha orientadora Bruna Estima Borba, pela dedicação, boa vontade, paciência e pelo profissionalismo.

Aos professores Eliezer Souto e Leonardo Siqueira pela amizade e profissionalismo.

"Quero, um dia, poder dizer às pessoas que nada foi em vão...
Que o amor existe, que vale a pena se doar às amizades e às pessoas,
que a vida é bela sim, e que eu sempre dei o melhor de mim...
e que valeu a pena".

Mario Quintana

RESUMO

O sigilo bancário, apesar de não estar expresso na Constituição Federal, encontra-se inserido entre os direitos à privacidade, intimidade e à vida privada, sendo, portanto considerado direito fundamental constitucionalmente assegurado. Apesar disso, não possui caráter absoluto, e o auge de sua relativização ocorreu com o advento da Lei nº 105/2001, que permitiu a quebra de tal sigilo por parte do fisco e sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, gerando, assim, debates acerca de sua inconstitucionalidade. Por se tratar de direito fundamental, há quem entenda que a quebra do mesmo deve estar condicionada à prévia requisição ao Poder Judiciário, considerando também que a sua quebra, quando ocorrida de forma direta por autoridade fiscal, configure uma arbitrariedade. O fato é que tal debate é marcado por divergências doutrinárias e jurisprudenciais, com a existência de Ações de Inconstitucionalidade aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal, demonstrando claramente a colisão entre princípios fundamentais e os interesses público e privado.

Palavras-chave: Sigilo. Bancário. Divergência. Interesses.

RÉSUMÉ

Le secret est inséré, bien qu'il ne soit pas exprimé dans la Constitution, est inséré entre les droits à la vie privée, intimité et vie privée, en étant, donc, droit fondamental garanti par la Constitution. Néanmoins, cette caractéristique n'est pas absolue et le point maximale de sa relativité a eu lieu avec la promulgation de la Loi n° 105/2001 qui a permis la rupture de cette divulgation par l'impôt et sans besoin d'intervention du Pouvoir Judiciaire, générant, de cette façon, des débats sur son inconstitutionnalité. Comme il s'agit d'un droit fondamental, il y a qui comprennent que la rupture de celui-ci doit être soumise à la requête prévue par le Pouvoir Judiciaire, en considérant que sa rupture, quand se passe de manière directe par l'autorité fiscale reste arbitraire. Le débat est marqué par des différences doctrinales et jurisprudentielles, avec l'existence d'actions d'inconstitutionnalité qui attendent jugement du Supremo Tribunal Federal, en montrant clairement la collision entre principes fondamentaux et les intérêts publics et privés.

Mots-clés: Secret. Bancaire. Divergence. Intérêts.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O PODER DE TRIBUTAR DO ESTADO E OS LIMITES DO SEU EXERCÍCIO	11
2.1	As origens e o fundamento do poder de tributar	11
2.2	Limitações ao poder de tributar e os direitos e garantias fundamentais.	12
2.2.1	Princípios Constitucionais Tributários	12
2.2.1.1	Princípio da Legalidade	13
2.2.1.2	Princípio da Anterioridade Tributária:	14
2.2.1.3	Princípio da Isonomia:	15
2.2.1.4	Princípio da capacidade contributiva:	15
2.2.1.5	Princípio do não confisco	16
2.2.2	Imunidades, Isenções e Não incidência	17
2.3	Os direitos à intimidade e à privacidade como garantias individuais do cidadão	19
3	O EXERCÍCIO DO PODER DE TRIBUTAR E SEU REGULAMENTO JURÍDICO	21
3.1	O poder de fiscalização e o princípio da capacidade econômica que o justifica ...	21
3.2	A regulação constitucional da fiscalização tributária	22
3.3	A regulação legal dos poderes investigatórios e suas limitações	22
4	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE VERSUS O INTERESSE PÚBLICO E A PONDERAÇÃO DE VALORES	30
4.1	A necessidade da mensuração econômica do sujeito passivo por meio de informações bancárias	30
4.2	A efetiva afetação da intimidade e da privacidade do cidadão e o conteúdo das informações bancárias indicadoras de capacidade econômica	33
4.3	A preservação dos direitos e garantias fundamentais conectadas com o atendimento ao interesse público	41
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Ante a necessidade, cada vez mais intensa, de encontrar maneiras de se combater a prática de ilícitos penais e administrativos, surgem diversos debates acerca da obrigação das instituições financeiras prestarem informações, a princípio sigilosas, diretamente para os agentes da administração tributária, que, por sua vez, também possuem a obrigação de manter sigilo das informações obtidas no desempenho de suas atividades.

Tal situação trata-se da quebra de sigilo bancário, que muito embora seja uma garantia constitucional, não se encontra revestido de caráter absoluto, suportando exceções conforme demonstra a legislação infraconstitucional, em especial, a Lei Complementar 105/2001.

Apesar de haver legislação dispendo no sentido de permitir esse intercambio de informações, tal situação não se encontra pacificada. Havendo divergências entre os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), havendo também algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, que versam sobre a validade da supracitada lei, que se encontram aguardando julgamento.

Diante de tal situação, o presente trabalho tem por escopo analisar e debater a questão do sigilo bancário, no cenário jurídico atual.

O método utilizado na pesquisa foi o dedutivo, uma vez que se partira de elementos pontuais, específicos, sendo aplicada a técnica da documentação indireta, que se refere a obtenção de dados através de pesquisa bibliográfica, realizada através da análise de livros jurídicos, jurisprudências e legislações pertinentes.

Nos dias que correm, é através da tributação que a maioria dos países arrecada verbas para suprir suas necessidades financeiras e a esses países, dá-se o nome de Estados fiscais.

Contudo, nem sempre foi assim. Em tempos remotos, com o surgimento da primeira forma de Estado moderno, observa-se um Estado que encontrava suporte financeiro em suas propriedades e nos lucros auferidos da atividade comercial e industrial desenvolvida pelo mesmo.

Passado o período dos Estados totalitários, pode-se observar, ao longo da história, duas vertentes do Estado Fiscal: a da intervenção mínima e a do Estado social, onde o Estado além de arcar com os próprios custos de sua administração, realiza as prestações sociais.

O poder de instituir impostos decorre do poder de tributar, que é um instituto jurídico regulado pela Constituição Federal (CF/88) e de extrema importância para o Estado.

Porém, tal poder não pode ser exercido arbitrariamente, desde modo, a CF/88 também visa proteger os contribuintes, estabelecendo algumas limitações ao poder de tributar.

Neste sentido, o primeiro capítulo faz uma breve análise do poder de tributar e de suas limitações, abordando os alguns dos princípios tributários de extrema relevância para o tema do presente trabalho, como o princípio da legalidade, da anterioridade tributária, da isonomia, da capacidade contributiva e do não confisco.

Como limitadores do poder de tributar, além dos princípios, existem três institutos jurídicos que não só protegem os contribuintes como também são exceções à obrigatoriedade de pagar tributos: a) imunidades, que são fruto da vontade direta do constituinte; b) isenções, que se originam de lei complementar ou ordinária e; c) não incidência, que ocorre quando um fato não é alcançado pela regra da tributação.

O segundo capítulo aborda a fiscalização como o exercício do poder de tributar. Trata-se de um poder dever atribuído pela constituição e orientado pelo princípio da isonomia.

Contudo, tal poder não pode ser exercido de forma arbitrária, devendo seguir os parâmetros legalmente estabelecidos pela lei, que dentre outras coisas, obriga os agentes da administração tributária a manterem o sigilo das informações obtidas através do exercício de suas funções.

Ainda acerca da fiscalização, com o advento da Lei nº 105/2001 passou a ser permitida a quebra do sigilo bancário, possibilitando assim, o intercâmbio de informações entre as instituições financeiras e o Fisco, possibilidade que ainda é bastante controverso posto que envolve direitos fundamentais dos cidadãos e o interesse público.

Tal polemica é abordada no terceiro e ultimo capítulo, de forma mais detalhada, onde será analisado o confronto entre o interesse dos indivíduos de manter assegurado o seu direito à intimidade *versus* o interesse público em verificar a capacidade econômica dos indivíduos através de informações bancárias.

Ao longo da abordagem feita no terceiro capítulo, também é demonstrada a efetiva afetação dos direitos fundamentais do cidadão, demonstrando também as controvérsias através da análise de julgados do STF e do STJ.

Diante desse nítido conflito de interesses, qual deve prevalecer? Objetivando encontrar uma resposta para tal questionamento, o presente estudo faz uma breve análise das propostas de Dworkin e Alexy, dois grandes filósofos da área do Direito, a fim de encontrar a melhor forma para conciliar o interesse público e a garantia dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, no caso em tela.

2 O PODER DE TRIBUTAR DO ESTADO E OS LIMITES DO SEU EXERCÍCIO

2.1 As origens e o fundamento do poder de tributar

Atualmente, os países desenvolvidos, são, em sua maioria, estados fiscais, ou seja, possuem suas necessidades financeiras supridas por impostos pagos pela população. Mas nem sempre foi assim, a primeira forma de Estado moderno – o Estado absoluto do período iluminista - foi um estado não fiscal. Seu suporte financeiro era oriundo das suas propriedades e rendimentos da atividade industrial e comercial por ele assumidas.

Apesar de ter durado algum tempo, o Estado absoluto foi ultrapassado pelo liberalismo que, por sua vez, foi ultrapassado pelo Estado social. E ainda que existam Estados socialistas e até mesmo aqueles raros Estados que conseguem se manter através da exploração de seus recursos naturais. O estado fiscal, por seu turno, tem sido a característica dominante nos tempos modernos.

O estado fiscal, para Nabais (1998), possui duas vertentes: a liberalista, na qual o estado preza pela intervenção mínima, limitando a tributação de forma que a mesma seja suficiente apenas para cobrir as despesas administrativas advindas do funcionamento do estado; e a social, onde o estado usa a tributação como forma adquirir renda para garantir as necessidades

Deixando de lado os Estados totalitários e focando no Estado democrático contemporâneo, pode-se afirmar que o estado fiscal social é a base deste, posto que é através da arrecadação de impostos que o Estado não só arca com os custos de sua administração como também realiza as prestações sociais garantidas constitucionalmente, tais como: segurança, saúde, educação.

A instituição dos impostos por parte do Estado decorre do poder de tributar e, sobre ele, Sacha Calmon Navarro Coêlho afirma:

O poder de tributar é exercido pelo Estado por delegação do povo. O Estado, ente constitucional, é produto da Assembleia Constituinte, expressão básica e fundamental da vontade coletiva. A Constituição, estatuto fundante, cria juridicamente o Estado, determina-lhe a estrutura básica, institui poderes, fixa competências, discrimina e estatui os direitos e as garantias das pessoas, protegendo a sociedade civil (COÊLHO, 2009, p. 37).

Sendo assim, pode-se afirmar que o poder de tributar do Estado, mais do que mero poder, é um instituto jurídico disciplinado pela Constituição Federal a fim de assegurar que o mesmo cumpra suas obrigações perante a população.

Sobre isso, Nabais (1998, p. 185) afirma que “ a tributação não constitui, em si mesma, um objectivo (isto é, um objectivo originário ou primário) do estado, mas sim o meio que possibilita a este cumprir os seus objectivos (originários ou primários)”.

Assim como a tributação é importante para que o Estado realize suas funções, a disciplina a esse poder é essencial aos contribuintes. Como forma de garantir os direitos de ambos os polos dessa relação – Estado *versus* Contribuinte -, a Constituição Federal não só delega o poder de tributar ao Estado, como reparte sua competência entre os entes políticos e limita esse poder através de princípios e outros institutos criados para proteger os contribuintes da invasão patrimonial realizada pelo estado.

Faz-se mister salientar que a Constituição Federal não cria tributos, apenas delega a competência para criação dos mesmos à pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), podendo a criação dos mesmos ser de competência privativa, comum, residual, extraordinária ou cumulativa.

2.2 Limitações ao poder de tributar e os direitos e garantias fundamentais

Conforme supramencionado, apesar de ser necessária para um bom desempenho estatal e encontrar amparo na Carta Magna, a tributação não pode ocorrer de forma arbitrária e nem tampouco implicar na supressão ou perda dos direitos fundamentais.

Visando coibir os impulsos tributários dos entes políticos, a *Lex Mater* impõe algumas vedações ao legislador infraconstitucional no que tange à criação e cobrança dos tributos, sendo essas limitações, verdadeiras garantias do contribuinte contra a força do Estado.

2.2.1 Princípios Constitucionais Tributários

Os princípios constitucionais, em sua maioria, encontram-se nos artigos 150, 151, 152 da CF/88, que é a seção que trata das limitações do poder de tributar; no entanto, outros

princípios limitadores do poder de tributar podem ser encontrados por toda a extensão da Carta Magna.

Boa parte da doutrina moderna afirma que os princípios constitucionais tributários, por não serem passíveis de ponderação quando postos em conflito com outros princípios, seriam regras e não apenas vetores que deveriam ser acatados por todo ordenamento jurídico infraconstitucional.

Porém, tal afirmação tem suas exceções e uma delas é a isonomia, que é princípio passível de ponderação, já que possibilita a concessão de isenção concedida a grandes empresas, desde que elas se instalem em regiões subdesenvolvidas, como forma de estimular o crescimento equilibrado nas diversas regiões do país.

2.2.1.1 Princípio da Legalidade

É o mais importante dos princípios constitucionais, segundo Nogueira (1995 *apud* SABBAG, p. 62, 2012) informa que “o princípio da legalidade tributária é o fundamento de toda a tributação, sem o qual não há como se falar em Direito Tributário”.

No plano genérico, é encontrado no artigo 5º, II, da Constituição Federal, *in verbis*: “Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Tal princípio, no Direito Tributário, encontra-se disposto no artigo 150, I, da CF, *in verbis*: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, e vedado a União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça [...]”

Ou seja, nenhum tributo será instituído ou majorado, a não ser por meio de previsão legal. Porém existem algumas exceções a esse princípio, já que os impostos de importação, exportação, IPI, ISOF E CIDE- combustíveis são passíveis de majoração ou minoração por simples ato administrativo.

Considerado que a tributação é um meio de invasão patrimonial, nada mais justo que a mesma ocorra segundo a vontade da população. E isso se dá mediante aprovação da lei pelo Poder Legislativo, que nada mais é do que a lapidação da vontade popular, posto que o mesmo é formado por meio de processo eleitoral envolvendo os cidadãos.

Em síntese, o processo de instituir e majorar tributos, ainda que seja ato unilateral, em sua forma, não o é em sua essência.

2.2.1.2 Princípio da Anterioridade Tributária

É um princípio típico do direito tributário, encontrado no artigo 150, III, alíneas “b” e “c”, da Constituição Federal:

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea [...] (Brasil, Constituição Federal, 1988).

Como se pode observar, tal artigo veda a cobrança de tributos no mesmo ano em que o mesmo foi instituído e determina um prazo mínimo de 90 dias entre a data de publicação da lei que o instituiu ou majorou e a data de aplicação do mesmo.

Esse princípio é importante para a segurança jurídica do contribuinte, evitando que o este se depare com a cobrança de tributos inesperados, garantindo àquele paga os impostos, tempo de preparo para tal evento.

Para o Supremo Tribunal Federal, o princípio da anterioridade tributária representa uma dos mais importantes direitos fundamentais do contribuinte. Para chegar a tal conclusão, basta observar o voto do Ministro Celso de Melo:

O princípio da anterioridade da lei tributaria, além de constituir limitação ao poder impositivo do Estado, representa um dos direitos fundamentais mais importantes outorgados pela Carta da Republica ao universo dos contribuintes. [...] O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Publico. A ofensa do Estado a esses valores que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos, introduz um perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, por completo, a harmonia que deve presidir as relações sempre tão estruturalmente desiguais entre as pessoas e o Poder. Não posso desconhecer (...) que os princípios constitucionais tributários, sobre representarem importante conquista politico-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos outorgados, pelo ordenamento positivo, aos sujeitos passivos das obrigações fiscais. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar, esses postulados tem por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete, quaisquer que sejam os contribuintes, a imperatividade de suas restrições (BRASIL, Supremo Tribunal Federal , ADI n. 939-7, rel. Min. Sydney Sanches, 1993).

Conforme se depreende da leitura do artigo 5º, § 2º da CF, o rol de direitos e garantias fundamentais não é taxativo, havendo outros dispositivos no referido diploma legal, dotados desta mesma condição e que, portanto, são considerados clausulas pétreas.

2.2.1.3 Princípio da Isonomia

A regra da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e os desiguais de maneira desigual, na medida de suas desigualdades. Quando o princípio da isonomia segue esse preceito, ainda que haja esse tratamento desigual, não há que se falar em discriminação.

Este princípio encontra-se no *caput* artigo 5º da CF, e mostra a paridade de pessoas em situações semelhantes e a disparidade de pessoas em situações diferentes. Tal preceito encontra fundamento na razoabilidade, que permite que não condene tal discriminação, desde que ela ocorra de forma razoável.

No tocante à matéria tributária, tal princípio encontra-se expresso no artigo 150, II, do diploma legal supracitado, que preceitua:

Art. 150 Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

II- Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; [...] (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Com base na leitura do dispositivo, pode-se concluir que o tratamento dispensado aos iguais e aos desiguais deve estar pautado na capacidade contributiva de cada indivíduo. Ou seja, indivíduos que possuem igual capacidade contributiva devem contribuir com a mesma quantia em pecúnia, destinada ao Estado, e aqueles que possuem capacidade desigual, devem contribuir com quantias diferentes.

2.2.1.4 Princípio da capacidade contributiva

Está diretamente ligado ao princípio da isonomia tributária, visto que busca coibir discriminações arbitrárias. Está presente no artigo 145, § 1º da CF:

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

§ 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado a administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar,

respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (Brasil, Constituição Federal, 1988).

Por meio desse princípio, pretende-se preservar o mínimo existencial, que também é uma garantia fundamental dos indivíduos.

Acerca deste tema, Eduardo Sabbag afirma:

Se o “mínimo vital” se traduz na quantidade de riqueza mínima, suficiente para a manutenção do indivíduo e de sua família, sendo intangível pela tributação por via de impostos, e de todo natural que a capacidade contributiva só possa se reputar existente quando se aferir alguma riqueza acima do mínimo vital (SABBAG, 2008, p.155).

Se o indivíduo for privado de renda que possa garantir o mínimo existencial, logo não possuirá capacidade contributiva que nada mais é do que a capacidade de pagar o tributo. A extensão desse conceito deve ser compreendida sob dois ângulos: o objetivo, pelo qual a capacidade contributiva significa a existência de uma riqueza passível de sofrer tributação; e o subjetivo, pelo qual a capacidade constitutiva configura-se como a parcela dessa riqueza que poderá ser objeto de tributação em face das condições individuais, onde a capacidade contributiva é critério de graduação e limite de tributo.

A capacidade contributiva como limitador da atividade tributante, apresenta-se em dois patamares: a busca do respeito à dignidade humana, através da preservação do mínimo existencial, e a proibição da criação de tributos com efeitos de confisco, ou seja, procura-se evitar que os tributos sejam tão onerosos a ponto de extinguir a propriedade do contribuinte.

2.2.1.5 Princípio do não confisco

Encontra-se disposto no artigo 150, IV da Constituição Federal, *in verbis*: “É vedado utilizar tributo com efeito de confisco”.

Acerca desse tema, Sacha Calmon Navarro Coêlho explica:

[...] Se não se admite a expropriação sem justa indenização, também se faz inadmissível a apropriação através da tributação abusiva. Mas não se percam dois pontos essenciais:

A) Admite-se a tributação exacerbada, por *razões extrafiscais* e em decorrência do exercício do poder de polícia (gravosidade que atinge o próprio direito de propriedade);

B) O direito de propriedade, outrora intocável, não o é mais. A constituição o garante, mas subordina a garantia “à função social da propriedade” (ao direito de propriedade causador de disfunção social, retira-lhe a garantia) (COELHO, 2009, p. 241, grifos do autor).

Funciona como limite ao poder de graduar a tributação, atua como mecanismo de garantir o direito individual à propriedade. Como foi dito anteriormente, tenta evitar que os tributos sejam tão onerosos a ponto de expropriar o contribuinte.

2.2.2 Imunidades, Isenções e não incidência

Via de regra, o pagamento de tributos é obrigatório. Entretanto, existem três institutos jurídicos que podem ser a exceção a essa regra: Imunidades, isenções e não incidência.

Imunidades e princípios são limitações ao poder de tributar, entretanto são institutos jurídicos diferentes. Sobre essa diferença, Sacha Calmon Navarro Coelho, esclarece:

Os princípios constitucionais dizem como devem ser feitas as leis tributárias, condicionando o legislador sob o guante dos juízes, zeladores que são do texto dirigente da constituição. As imunidades expressas dizem o que não pode ser tributado, *proibindo ao legislador o exercício de sua competência tributária* sobre certos fatos, pessoas ou situações, por expressa determinação da Constituição (não-incidência constitucionalmente qualificada). Sobre a imunidade, exerce o Judiciário, igualmente, a sua zeladoria (COELHO, 2009, p. 137, grifos do autor).

E mesmo sendo diferentes, em alguns casos, uma imunidade é consequência lógica de um princípio.

Acerca da incidência, Alexandre (p. 158, 2009) afirma: “o fenômeno da incidência está ligado à ocorrência na realidade fática da hipótese abstratamente prevista na lei tributária como necessária e suficiente para o surgimento da obrigação tributária”.

Portanto, pode-se concluir que a não incidência ocorre nas situações em que um fato não é alcançado pela regra da tributação. Tal fenômeno pode ocorrer em três circunstâncias: Quando o Estado, podendo fazer, deixa de definir determinada situação como hipótese de incidência; Quando o ente tributante não possui competência para definir determinada situação como hipótese de tributo; E quando a própria Constituição impõe

limites à competência do ente federativo como forma de impedir que o mesmo defina determinadas situações como hipóteses de incidência de tributos, sendo tal instituto chamado de imunidade.

As imunidades são hipóteses de não incidência constitucionalmente qualificadas, ou seja, a proibição da tributação é fruto da vontade do constituinte. Encontram-se tipificadas no artigo 150, VI:

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...]
VI - instituir impostos sobre:
a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
b) templos de qualquer culto;
c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.
(BRASIL, Constituição Federal, 1988)

Na imunidade, há a incidência tributária, mas a alíquota é zero, o que impede que se instaure a obrigação. A imunidade é tida como limitação ao poder de tributar porque alcança situações que, normalmente, seriam passíveis de gerar tributação, mas que por força constitucional não são.

As isenções são limitações que se originam através de lei complementar ou ordinária. Para Coêlho (2009), assim como na imunidade, a isenção não exclui o crédito; apenas cessa a própria incidência, impedindo assim que haja a obrigação. Neste caso, o Estado é competente para instituir o tributo e, ao fazê-lo, opta por dispensar o pagamento do mesmo em certas situações.

As limitações determinam sobre qual espaço fático o legislador pode atuar, separando as áreas de incidência e as de vedações.

Ao longo do tempo, o debate acerca das limitações do poder de tributar e dos direitos e garantias dos contribuintes foi ganhando maior destaque, já que a arrecadação de tributos invade o patrimônio individual dos cidadãos.

O destaque de tal discussão no campo jurídico culminou com a criação de um projeto de lei que determina a elaboração do Código de Defesa do Contribuinte, que já foi instituído em Estados como o Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

2.3 Os direitos à intimidade e à privacidade como garantias individuais do cidadão

Com o advento da Constituição Federal de 1988, também chamada de Constituição Cidadã, os direitos e garantias fundamentais ganharam maior destaque no sistema judiciário pátrio, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o que mais se destaca. A esses direitos, atribui-se o *status* de cláusulas pétreas, circunstância que os torna, portanto, invioláveis.

Um dos direitos invioláveis é o direito à privacidade. Acerca desse direito, NOVELINO (2008, p. 268) afirma: “o direito à privacidade confere ao indivíduo a possibilidade de conduzir sua própria vida da maneira que julgar mais conveniente sem intromissão da curiosidade alheia, desde que não viole a ordem pública, os bons costumes e o direito de terceiros”.

A Constituição Federal, como forma de assegurar a privacidade de forma efetiva aos seus indivíduos, também assegurou a proteção à suas espécies: o direito à honra, à vida privada e à imagem das pessoas. Sendo possível pleitear judicialmente uma indenização por dano material ou moral, caso um desses direitos seja violado.

O direito à privacidade é bastante amplo, e abrange as esferas pública, pessoal e íntima. Entretanto, o presente trabalho terá como foco apenas as duas últimas, posto que são as que afetam de forma mais direta os indivíduos.

A honra diz respeito à reputação do indivíduo, não só àquilo que as pessoas pensam a respeito dele, mas como também ao que ele pensa sobre si mesmo. Ainda que determinado fato ou conduta de tal indivíduo seja verdadeiros, se estes puderem causar desonra, não podem ser divulgados. É cabível, assim, o pedido de indenização por danos morais decorrentes dessa violação, não só às pessoas físicas, como também às jurídicas.

O direito à imagem veda a captação e divulgação da mesma sem o consentimento do indivíduo, ainda que a divulgação da imagem não viole a honra do mesmo. Entretanto, esse direito poderá ser limitado quando entrar em conflito com outros valores, interesses ou princípios. Um exemplo disso é a divulgação de imagens captadas por câmeras de segurança ou radares eletrônicos, posto que um dos valores em questão, nesses casos, é o interesse público.

Não são raros os casos em que ocorre a colisão dos direitos fundamentais, um exemplo comum dessa colisão envolve o direito à privacidade e à liberdade de informação. Para resolver tais conflitos, obviamente, deve-se analisar o caso concreto e a partir daí fazer a ponderação de forma que a insegurança jurídica e o subjetivismo sejam afastados.

Acerca desse tema, Marcelo Novelino explica:

A divulgação de uma informação deve ser admitida quando concorrerem os seguintes fatores: i) *licitude da informação*; ii) *forma adequada de transmissão*; e iii) contribuição para o debate de interesse geral ou relevância para a formação da opinião pública, eixo em torno do qual gira o direito à informação. A divulgação de uma informação deve ser de interesse público, não apenas de ‘interesse do público’. (NOVELINO, 2008, p. 272, grifos do autor).

A divulgação da informação tem que ser realmente necessária e útil, não pode servir apenas para satisfazer a curiosidade alheia. A divulgação tem que corresponder a interesses legítimos e socialmente justificáveis.

Vale ressaltar que a divulgação de fatos que envolvam crimes, acidentes, desastres e catástrofes naturais são restrições à privacidade, já que possuem a função de prevenção para a população.

Outro exemplo bem polêmico é a questão do sigilo bancário e o seu enquadramento constitucional. Na Suprema Corte, existem posicionamentos bem diversificados, que vão desde de decisões que afirmam que o sigilo bancário, fiscal e eletrônico são amparados pelo direito à privacidade (art. 5º, X, da CF) e pela inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII, da CF), a decisões que negam a existência de proteção constitucional.

O debate acerca da quebra do sigilo bancário será abordado de forma detalhada mais adiante; entretanto, deve-se ter em mente que, apesar da inviolabilidade de tais sigilos ser assegurada para evitar uma indevida invasão de privacidade, esses direitos não podem servir como proteção àqueles que cometem atos ilícitos, devendo tais informações serem transmitidas, dentro de certos limites, à autoridade competente como forma de auxiliar nas investigações ou até mesmo para provar a existência do ilícito penal.

3 O EXERCÍCIO DO PODER DE TRIBUTAR E SEU REGULAMENTO JURÍDICO

3.1 O poder de fiscalização e o princípio da capacidade econômica que o justifica

A fiscalização, para Macedo de Oliveira consiste no

ato de empreender exame e verificação, de controlar a execução ou funcionamento, tudo com vistas ao fiel atendimento das obrigações tributárias a cargo dos contribuintes. Induidoso que o sujeito ativo, como titular de um crédito fundado na lei, tem o direito e o dever de verificar se as normas legais, que lhe conferem o crédito, estão sendo rigorosamente cumpridas pelo sujeito passivo (OLIVEIRA *apud* SABBAG, 2008, p. 908).

É através dela que o Estado estimula o cumprimento das obrigações tributárias, identificando e punindo aqueles que não as cumprem.

O poder de fiscalizar é, na verdade, um poder-dever, atribuído constitucionalmente e orientado pela isonomia, princípio que preceitua que os tributos devem ser estabelecidos na medida da capacidade contributiva de cada indivíduo:

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

I - impostos;

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

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

§ 2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos. (BRASIL, Constituição Federal de 1988)

Sabe-se que, por força do princípio da capacidade contributiva, os impostos deverão ser graduados individualmente, segundo a capacidade econômica de cada indivíduo, como forma de garantir a pessoalidade e a justiça fiscal. E para que tais objetivos sejam assegurados com maior eficácia, é facultado ao Estado e à administração tributária identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte através da fiscalização.

3.2 A regulação constitucional da fiscalização tributária

Conforme dito anteriormente, a arrecadação tributária é de extrema importância para que o Estado desempenhe seu papel de provedor de direitos como a educação, a segurança e a saúde à população. E para que o mesmo possa realizar tal função, é imprescindível a existência de uma administração tributária eficaz.

A importância da administração tributária encontra-se reconhecida nos incisos XVIII E XXII do artigo 37 da Carta Magna:

Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XVIII – a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;

[...]

XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Conforme se depreende da leitura do dispositivo supracitado, a administração tributária (fiscalização e arrecadação) deve estar pautada pela legalidade, sendo vinculada e indelegável. Ou seja, tal poder não pode ser delegado a particulares e só podem realizar atos da administração tributária aqueles a quem a lei tenha atribuído competência para tal.

3.3 A regulação legal dos poderes investigatórios e suas limitações

Os poderes e a competência para fiscalizar encontram-se dispostos do Código Tributário Nacional. Assim, pode-se depreender da leitura do artigo 194, do CTN, o aspecto em comento:

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

Parágrafo único. A legislação a que se refere este artigo aplica-se às pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966).

Conforme foi visto anteriormente, uma das formas de limitação ao poder de tributar é a imunidade; entretanto, essa imunidade não se estende ao poder de fiscalização, já que mesmo gozando de imunidade, as pessoas jurídicas e naturais poderão ser fiscalizadas.

A fiscalização deve ser fiel aos interesses da administração pública, não sendo conveniente subordinar pessoas que, dada a sua natureza, condição financeira ou atividade desempenhada não podem e nem estão no polo passivo de uma relação jurídica. Além de não ser conveniente, tal situação pode ser considerada abusiva.

Ao mesmo tempo em que a administração pública tem o poder-dever de investigar e fiscalizar o cumprimento das obrigações tributárias, os contribuintes possuem a obrigação de exhibir seu controle fiscal para que o mesmo seja analisado:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.
Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se referam (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966).

Esse dispositivo afasta qualquer restrição legal ao poder-dever de investigar qualquer livro, papel ou documento fiscal ou comercial do sujeito passivo. Ainda que tal ato seja uma violação ao direito à privacidade dos indivíduos.

A Súmula 439 do Supremo Tribunal Federal reforça esse entendimento: “estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”. Entretanto, limita a ação de fiscalização apenas a pontos que devam ser objetos de investigação.

Vale salientar que o Fisco não necessita de mandato judicial para proceder à investigação e à análise dos livros e notas fiscais, podendo realizar esse procedimento na esfera administrativa. Entretanto, se o contribuinte se recusar a apresentar os documentos exigidos, será possível efetuar o lançamento por arbitramento, sem que isso seja considerado um crime contra a ordem tributária.

Acerca da fiscalização, a Lei nº 105/2001 trouxe uma mudança com relação à mesma, vez que permitiu a quebra do sigilo bancário a fim de evitar a sonegação de impostos, procedendo com o lançamento dos mesmos.

Tal situação gerou muita polêmica, sendo levantados, inclusive, questionamentos acerca de sua ilicitude, havendo algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal, são elas: a) ADIn 2386 - Confederação Nacional do Comércio, CNC:- LC 105/01, ARTS. 5º e 6º.b) ADIn 2389 - Partido Social Liberal, PSL:- L. 10174/01.c) ADIn 2390 - Partido Social Liberal, PSL:- LC 105/01, arts. 5º, 6º e § 1º;- D. 3724/01.d) ADIn 2397 - Confederação Nacional da Indústria, CNI:- LC 105/01, art. 3º, § 3º; art. 6º e a remissão a ele feita no art. 1º, § 3º, VI; art. 5º e §§;- LC 104/01: art. 1º (na parte em que altera o art. 98 da L. 5172/66 e lhe acrescenta o inciso II e o § 2º);- D. 3724/01.e) ADIn 2406 - Confederação Nacional da Indústria, CNI:- L. 9311/96, art. 11 e § 2º;- L. 10174/01, art. 1º f) 4006.

A fiscalização, por se tratar de ato da administração pública, deve estar calcada na legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, preceitos de extrema importância para tal administração. Acerca disso, o artigo 196 do CTN preceitua:

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

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966).

Para adentrar na residência ou estabelecimento do contribuinte, o agente fiscal deve lavrar termos, informando o início e o prazo final para o fim do procedimento, a fim de evitar constrangimento ao sujeito passivo.

Acerca dos que deverão prestar as informações às autoridades administrativas, o artigo 197 do CTN aduz:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que dispõem com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a

observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966).

O rol é taxativo, havendo necessidade de lei que determine a intimação de outras pessoas que não as elencadas neste artigo.

Entretanto, essa obrigação não se aplica àqueles que, em razão de sua profissão, devem manter sigilo das informações recebidas. É o caso dos padres, advogados, psicólogos, etc.

Voltando à questão do sigilo bancário, o inciso II do artigo supracitado traz a possibilidade de as instituições financeiras apresentarem, para fins de fiscalização, informações protegidas por sigilo bancário, sem que haja necessidade de autorização judicial. Apesar de grande controvérsia, tal possibilidade encontra amparo na Lei Complementar nº 125/2001, que, em seu artigo 6º estabelece o seguinte:

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 depósito e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente (BRASIL, Lei Complementar nº 125, 2001).

A discussão acerca deste tema é bastante ferrenha e aborda, entre outros pontos, a ponderação entre os direitos a privacidade e intimidade e o interesse público. Enquanto a problemática não é decidida pela Suprema Corte, os dispositivos da Lei Complementar nº 105/2001 continuam válidos.

Assim como é permitida a quebra do sigilo bancário para fins de fiscalização por parte do fisco, o mesmo tem a obrigação de manter o sigilo sobre as informações obtidas. É o que preconiza o artigo 198, do CTN:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966).

Caso tais informações sejam divulgadas, o responsável será submetido a sanções administrativas, além, é claro, das sanções previstas no Código Penal.

Sabe-se que, por força do princípio da capacidade contributiva, amparado pelo artigo 145, § 1º da Constituição Federal, os impostos deverão ser graduados individualmente, visando garantir a justiça fiscal. E ainda que tal princípio seja fundamental para que a

almejada justiça fiscal ocorra e, que para assegurar isso sejam utilizados métodos investigativos invasivos, tal qual ocorre com o sigilo bancário, o agente fiscal que estiver de posse de informações referentes a saldo bancário, propriedade ou venda de imóveis, entre outras, deverá ser discreto quanto a elas, sendo proibida a divulgação de tais informações.

A proteção às informações que os contribuintes prestam ao fisco é chamada de sigilo fiscal e encontra respaldo no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição Federal, que visam garantir a privacidade e o sigilo de dados:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes: [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

XII – e inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal [...] (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Tal dispositivo reforça o argumento de que a quebra de sigilo bancário configura intromissão na privacidade do cidadão.

Entretanto, o artigo 198 do CTN, em seu parágrafo primeiro traz exceções à regra imposta pelo mesmo:

Art. 198. [...]

§ 1º. Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere à informação, por prática de infração administrativa (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966).

Acerca do inciso II, tem-se entendido que a questão do processo administrativo é ligada apenas a meras investigações, sem que seja necessário o devido processo legal. Todavia, outros doutrinadores entendem que o devido processo legal deve ser considerado pressuposto da lide, incluindo, assim, o direito ao contraditório e à defesa.

Faz-se mister dizer que o § 3º do referido dispositivo afirma que é possível haver a divulgação de informações sobre representação fiscal para fins penais, dívida ativa e parcelamento ou moratória e que tal situação pode ser vexatória para o contribuinte, podendo significar cobrança indireta de tributo.

O artigo 199 do CTN dispõe sobre a assistência mútua entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios:

Art. 199. A Fazenda Publica da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Parágrafo único. A Fazenda Publica da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966).

Essa ajuda mútua simplifica o ato de fiscalizar, já que existem problemas comuns que afetam a fiscalização das esferas administrativas. Essa troca de informações não é vedada, posto que não há nenhum instrumento normativo que o faça e por entender-se que o sigilo fiscal se refere apenas à troca de informações entre o agente fiscal e o particular interessado.

Vale ressaltar que essas informações trocadas entre órgãos também estão sujeitas ao sigilo fiscal, sob pena de sanções nas esferas administrativa e penal.

As autoridades administrativas, no exercício de suas funções, que sofrerem qualquer tipo de embaraço ou impedimento, podem requisitar apoio policial, conforme se depreende da leitura do artigo 200 do CTN:

Art. 200. As autoridades administrativas federais poderão requisitar o auxílio da força pública federal, estadual ou municipal, e reciprocamente, quando vítimas de embaraço ou desacato no exercício de suas funções, ou quando necessário à efetivação de medida prevista na legislação tributária, ainda que não se configure fato definido em lei como crime ou contravenção (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966).

Se os agentes fiscais, durante a realização das investigações acerca do cumprimento das obrigações dos contribuintes, se depararem com atos que se oponham à realização das mesmas, poderão pedir auxílio à polícia, ainda que tais atos não configurem crime ou contravenção penal.

Entretanto, não poderá haver abuso de força ou poder na utilização dessa prerrogativa legal, já que tais atitudes podem configurar o crime de excesso de exação (consubstanciado no artigo 316, §1º, do Código Penal) ou violência arbitrária (presente no artigo 322, do Código Penal). A utilização de auxílio policial, quando houver recusa em mostrar livros comerciais ou documentos fiscais durante a fiscalização não é ponto pacífico em sede doutrinária, e ainda que o artigo 200 só faça menção às autoridades federais, a possibilidade de solicitar tal auxílio deve se estender às estaduais, distritais e municipais,

devendo o próprio agente recorrer à polícia, sem que seja necessário fazê-lo por intermédio de algum superior.

A presença de autoridade policial, por intermédio do chamado do agente fiscal, não confere a ela poderes para fiscalizar o contribuinte. Ou seja, o sujeito passivo que se recusar a colaborar com a fiscalização do agente não pode ser fiscalizado pela autoridade policial.

Acerca desse tema, Eduardo Sabbag assim preleciona:

Nunca é demais lembrar que o chamamento da força policial não legitima a arbitrária “fiscalização policial”. Quer-se dizer que o aparato policial será utilizado apenas para legitimar a atuação da autoridade fiscal, única competente a desempenhar o mister fiscalizatório. O contribuinte não pode ser “fiscalizado” pela polícia, mas por esta protegido – aliás, ele e todos, contribuintes ou não. A função de fiscalizar é-lhe vedada, independentemente de se tratar de Polícia Civil ou Polícia Federal, de se tratar de investigador, agente, escrivão ou delegado. A esse propósito, os arts. 904 e 908 do Regulamento do Imposto de Renda (RIR) dispõem que a fiscalização tributária é de competência exclusiva do servidor público competente, no caso, o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (SABBAG, 2011, p. 923).

A polícia, nesses casos, não possui poder para fiscalizar e sim para proteger o agente fiscal que tenha sido vítima de embaraço ou o contribuinte que tenha sido vítima de abuso por parte desse agente.

A análise dos dispositivos que tratam sobre o poder de fiscalização refletem o poder e os interesses do fisco e o quanto os poderes administrativos são amplos, apesar de encontrarem limites nos valores e liberdades garantidos pela constituição.

Acerca desse tema, Torres (1995 *apud* COELHO, 2009, p. 816) afirma: “os direitos fundamentais, ou direitos da liberdade ou direitos naturais ou direitos individuais, são inerentes à pessoa humana e portanto, inalienáveis, imprescritíveis e preexistentes ao pacto constitucional”.

Os direitos existem, entretanto não se pode falar na sua eficácia natural sobre a legislação. Uma prova disso é a existência da escravidão como instituto jurídico, que foi justificada pelo pensamento jusnaturalista e também pelo pensamento aristotélico-tomista.

Os direitos sociais devem se sobrepor a leis que restringem a liberdade e quando elas possuem cunho constitucional, influenciam todo o ordenamento jurídico, sendo consideradas obrigatórias aos legisladores.

Ainda acerca do tema, Lôbo Torres, afirma:

O livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII) que produz riqueza, pode ser objeto de tributação. Também o direito de propriedade (art. 5º, XXII E XXIII), que deverá atender a sua função social, suporta a incidência de

tributos. Mas essas liberdades são ambivalentes: ao se autolimitarem, abrindo-se à tributação, criam também limitações ao exercício do poder financeiro do Estado, que não poderá sufocar, nem aniquilar (TORRES, 1995 *apud*, COELHO, 2009, p. 816).

Em síntese, o poder de fiscalizar é limitado pelo direito de exercer atividade sob o regime da livre iniciativa. Os órgãos fiscalizadores estão obrigados a manter o sigilo fiscal e respeitar o normal andamento das atividades das pessoas físicas e jurídicas, sem poder impedir ou dificultar o exercício das mesmas, sob pena de responsabilização civil e penal.

Também não lhes é permitido, ainda que acompanhados de força policial, ingressar em escritório de contabilidade contra a vontade do proprietário, para realizar a apreensão de livros de contabilidade, registros fiscais e memórias de computadores, sem que haja expressa autorização judicial para a realização de tal ato.

Tal proibição decorre do entendimento de que os escritórios constituem espaço privado, não aberto ao público. Por conseguinte, sujeita-se ao princípio da inviolabilidade domiciliar, encontrado no artigo 5º, XI, da Constituição Federal. Tal circunstância demonstra, na prática, a influência de um direito constitucionalmente assegurado em um diploma infraconstitucional.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE *VERSUS* O INTERESSE PÚBLICO E A PONDERAÇÃO DE VALORES

4.1 A necessidade da mensuração econômica do sujeito passivo por meio de informações bancárias

O sigilo bancário, conforme se depreende da expressão legal, consiste na obrigação atribuída aos bancos de manter sigilo nas operações ativas e passivas, e também nos serviços prestados.

Para boa parte da doutrina, este tema possui duas dimensões distintas:

A primeira, a vertente de cunho essencialmente civilístico, correspondente às origens históricas do instituto, envolvendo as questões resultantes do resguardo da situação patrimonial dos clientes em face da própria instituição financeira e dos demais indivíduos, em especial os seus familiares, representantes, sócios e sucessores. A outra, de cunho publicista, significou uma atenuação dos rigores da primeira, admitindo-se um regime especial quando as informações bancárias interessarem ao Estado, sobretudo ao Poder Judiciário e ao Fisco (COVELLO, 1991 *apud* BARBEITAS, 2003, p.2).

Devido à postura intervencionista adotada pelo Estado, com a concepção do *Welfare State*, a maioria dos ordenamentos jurídicos modernos trouxe a possibilidade de a máquina estatal ter as instituições financeiras como colaboradoras do Fisco.

No ordenamento jurídico pátrio, conquanto o sigilo bancário fosse tido como absoluto por alguns - sugerindo no mesmo a existência exclusiva do interesse privado -, após a Constituição de 1988, pode-se observar uma maior relativização de tal instituto, alcançado a dimensão publicista do mesmo.

A questão do sigilo bancário, inicialmente, encontrava-se disposta no artigo 38, § 1º a 6º da Lei nº 4595/64, que previa que a requisição das informações bancárias por parte dos Poderes Judiciário e Legislativo, das Comissões Parlamentares de Inquérito e do Fisco, e estariam subordinadas à existência de processo instaurado. Tal artigo encontra-se revogado pela criação da Lei Complementar nº 105/2001, que, conforme visto anteriormente, acerca desse tema, dispõe:

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

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária (BRASIL, Lei Complementar nº 105, 2001).

Apesar de se observar uma relativização acerca do sigilo bancário, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 197, restabelece a totalidade do mesmo ao determinar que a prestação de informações pelos bancos não abrangeria fatos sobre os quais estivesse obrigado a manter segredo em razão da atividade exercida pelo informante.

Para Ferraz Jr. (2001), a quebra do sigilo bancário apresenta duas facetas: uma diz respeito ao fundamento objetivo, ou seja, ao interesse em xeque, que leva o direito à privacidade a ser excepcionado, e outra, ao fundamento subjetivo, isto é, quem pode excepcioná-lo.

Ao analisar os dispositivos legais que tratam sobre o sigilo de informações, pode-se observar a preocupação do constituinte em encontrar o equilíbrio entre os interesses privado e público, no que diz respeito à obtenção de informações, mais especificamente, em âmbito privado. Há prevalência do interesse público, se a informação requisitada estiver, imprescindivelmente, a seu serviço. Também haverá prevalência do interesse público sobre o privado se o sigilo tiver que ser mantido por razões de segurança social e estatal.

Com a globalização, o crescimento do capitalismo e a evolução dos recursos tecnológicos, a distância entre mercados local e internacional diminui de maneira considerável.

Diante de tal cenário e do intenso fluxo de capital volátil em circulação no mercado mundial, os governos sofreram diminuição na sua capacidade de gerenciamento econômico de seus respectivos países, não sendo mais possível conceber o sigilo bancário como tema delimitado apenas à relação de confiança entre cliente e banco e ao âmbito da intimidade dos indivíduos.

Todo esse fluxo pode ocultar a origem ilícita de capital oriunda do tráfico ilícito de entorpecentes e também pode financiar atividades terroristas, colocando em risco o equilíbrio político e diplomático existente entre os países.

Deste modo, condicionar a quebra do sigilo bancário à autorização judicial prévia, revela-se ineficaz para prevenir e detectar a ocorrência destas atividades ilícitas, posto que, para efetiva prevenção há a necessidade de um permanente acompanhamento da movimentação financeira por um número indeterminado de pessoas, na maioria das vezes, indeterminado, o que é incompatível com a estrutura e com a função do Poder Judiciário

pátrio, já que o mesmo é voltado para a solução de conflitos envolvendo pessoas determinadas ou passíveis de determinação.

Nesse sentido, a Lei nº 9613/98 criou um órgão específico, ligado ao poder executivo, para identificar ocorrências suspeitas de atividades ilícitas de ocultação de bens, direitos e valores, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, seguindo, com efeito, um modelo mundialmente consagrado para fiscalizar e punir a ocultação de bens ou até mesmo a dissimulação de sua origem.

Embora alguns autores defendam o sigilo bancário como forma de proteger o sistema financeiro nacional, e que a extinção do mesmo ocasionaria a fuga de capitais, repercutindo negativamente sobre o desenvolvimento econômico, há de se convir que o fato da quebra do mesmo estar convencionada à prévia autorização judicial, possibilita o risco de inviabilização da promoção do desenvolvimento equilibrado do país, que é um dos pilares básicos do sistema financeiro nacional, conforme se depreende da leitura do artigo 192, caput, da Constituição Federal:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

O desenvolvimento equilibrado do país contribui para a construção de uma sociedade justa e solidária, um dos objetivos fundamentais da República, que é pautada no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado, reunir todos os esforços em prol da erradicação da pobreza e, conseqüentemente, da marginalização.

Nessa linha de valores, Daniel Sarmiento dispõe:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de algumas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc. (SARMENTO, 2000 *apud* BARBEITAS, 2003, p. 23).

Apesar da criação de políticas sociais pelo governo federal nos últimos anos, a desigualdade social ainda é marcante nos dias atuais e o sistema tributário nacional, por privilegiar os impostos incidentes sobre mercadorias, serviços e rendimentos do trabalho

assalariado, faz com que a carga tributária seja suportada pelas grandes massas consumidoras, prejudicando, assim, a supracitada justiça fiscal.

Segundo matéria do jornalista Ricardo Mioto, veiculada pelo jornal Folha de São Paulo, em pesquisa¹ elaborada pelo *Tax Justice Network*, o Brasil figura como segundo colocado no *ranking* mundial de evasão de tributos, conforme estatísticas do ano de 2011, realizadas pelo banco mundial.

Diante dos fatos, pode-se concluir que o princípio da capacidade contributiva não é efetivo no sistema tributário pátrio, posto que possibilita à parcela mais rica da população que subtraia do Estado a arrecadação de recursos que poderiam, em tese, contribuir para proporcionar a erradicação da pobreza e a promoção da dignidade humana, fins intrínsecos à própria concepção do Estado.

Nesse sentido, não há como negar que inviabilizar o acesso direto do Fisco às informações bancárias, por intermédio do sigilo bancário, contribui para perpetuar e incrementar este sistema fiscal injusto. Nesse panorama, torna-se pouco razoável que o agente fiscal, tenha que obter autorização judicial a cada diligência realizada para levantar informações sobre a capacidade econômica dos contribuintes.

4.2 A efetiva afetação da intimidade e da privacidade do cidadão e o conteúdo das informações bancárias indicadoras de capacidade econômica

Conforme pontuado em páginas anteriores, o ordenamento jurídico pátrio traz, no seu rol de direitos e garantias fundamentais, disposto no artigo 5º, *in verbis*, os direitos à inviolabilidade do sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, exceto se houver ordem judicial dispendo em contrário.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

¹ Para maiores detalhes acerca da pesquisa veiculada pela Folha de São Paulo, acessar o seguinte sítio: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/11/1369316-brasil-e-medalha-de-prata-em-evasao-de-tributos.shtml>

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

[...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (Brasil, Constituição Federal, 1988).

Com o advento da CF/88, o sigilo de dados passou a integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo considerado uma forma de resguardar o direito à privacidade. Tal proteção, em certos momentos, faz oposição ao poder público, que é calcado na transparência, publicidade e igualdade.

Acerca do direito à privacidade e do sigilo de dados, Pontes de Miranda explica que o bem protegido nesse caso é:

[...] a liberdade de ‘negação’ de comunicação de pensamento. O conteúdo, a faculdade específica atribuída ao sujeito é a faculdade de resistir ao devassamento, isto é, manter o sigilo (de informação materializada na correspondência, na telegrafia, na comunicação de dados, na telefonia). A distinção é importante. Sigilo não é o bem protegido, não é o objeto do direito fundamental. Diz respeito à faculdade de agir (manter sigilo, resistir ao devassamento), conteúdo estrutural do direito (MIRANDA, 1979 *apud* FERRAZ JR., 1993).

Conforme se depreende da leitura do trecho acima, a privacidade diz respeito ao direito de resistir à violação de situações, coisas ou interesses que só dizem respeito ao indivíduo e que, por isso, ele decide manter para si.

A positivação de um direito humano, apesar de significar uma grande conquista para a sociedade, por vezes, também traz consigo problemas práticos para a tutela do mesmo. Em especial, quando há oposição entre o interesse público e o privado, como ocorre na questão do sigilo bancário.

Embora o direito a privacidade tenha raízes modernas, a oposição da dicotomia público *versus* privado vem desde os tempos da Roma antiga.

Para os romanos, a antinomia entre o público e o privado estava relacionada com a separação entre o que era de utilidade comum e o que era útil aos particulares. O privado estava conectado com tudo o que era próprio do homem, como estar circunscrito ao trabalho e à sobrevivência; já o público estava ligado à política e ao governo dos homens. E, com base nisso, afirmava-se que o público sempre deveria se sobrepor ao privado.

E, se antes essa ideia era tão clara, nos tempos atuais tal distinção se depara com uma enorme mudança de paradigma social. Se antes havia apenas a dicotomia público *versus*

privado, os direitos humanos trouxeram para os dias atuais duas outras: Estado *versus* sociedade e sociedade *versus* indivíduo.

Sob a ótica contemporânea, o público-político é marcado pelo princípio da transparência e da igualdade, enquanto o social-privado é marcado pelo princípio da exclusividade.

O direito à privacidade delimita a individualidade de uma pessoa em face da sociedade. O nome, a imagem e a reputação do indivíduo são passíveis de comunicação, entretanto não podem ser objeto de venda ou negociação sem que haja consentimento dessa pessoa.

Desse modo, conclui-se que o direito à privacidade é regido pelo princípio da exclusividade e que, ao assegurar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, a Constituição garante a aplicabilidade deste princípio em múltiplas situações.

Faz-se mister sobrelevar que, para alguns doutrinadores, não há diferença entre a intimidade e a privacidade. Entretanto, a exclusividade se apresenta de forma diferente para aquela: na intimidade, não há repercussão social, é algo que serve exclusivamente para o indivíduo, enquanto na privacidade está ligada a forma de convivência.

Consoante prelecionado anteriormente, o direito à privacidade está ligado à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, dentre outros. Porém, o objeto de proteção constitucional é a faculdade de manter sigilo e essa é uma questão que afeta não só a liberdade individual, como também a sociedade e o Estado.

Nesse sentido, é imperioso salientar que, apesar da garantia à privacidade e ao sigilo, algumas informações podem ser transmitidas, dentro de certos limites, às autoridades competentes, caso seja verificada a possibilidade de ocorrência de um ilícito penal. Afinal, tais garantias não podem servir de abrigo à impunidade.

Um exemplo dessa possibilidade é a quebra do sigilo bancário. A concepção de que o mesmo se encontra fundamentado nos direitos personalíssimos está longe de ser pacífica. Aqueles que a defendem, afirmam que é através dos bens materiais que o homem afirma sua personalidade e que isso interfere diretamente na sua projeção social, fazendo com que a sua personalidade seja projetada.

Acerca dessa concepção, Barbeitas (2003), sabiamente, ressalta que tal argumento poderia ser válido apenas para pequena parte da população, afinal apenas uma minoria da mesma concentra a maior parte dos bens devido à desigualdade social existente no país.

Outros doutrinadores limitam o direito à intimidade à proteção do indivíduo apenas no que se refere a sua vida pessoal e familiar, não se estendendo, portanto, ao patrimônio. Isto porque o direito à intimidade está ligado diretamente à dignidade da pessoa humana, sendo assim, irrenunciável, o que não ocorre com os direitos patrimoniais, já que os mesmos são passíveis de serem disponibilizados a outros indivíduos.

Além do mais, mesmo que o sigilo bancário seja enquadrado como garantia ao direito à intimidade, seria necessário fazer uma distinção entre as informações inerentes ao círculo pessoal e familiar dos indivíduos e as decorrentes da convivência e relacionamento com terceiros que em nada se conectam com as relações pessoais.

Apesar de toda a controvérsia envolvendo o assunto, a quebra do sigilo bancário por parte da administração tributária sempre foi possível, desde que dentro de certos limites.

O Supremo Tribunal Federal, tem entendido que o sigilo bancário decorre do direito à privacidade, que é inerente à personalidade das pessoas, protegendo interesses privados e públicos, entretanto, por ser passível de quebra, não se pode entender o sigilo bancário como princípio absoluto.

Para que seja procedida a quebra do mesmo, o pedido deve ser fundamentado com o indiciamento do acusado e elementos mínimos que possam provar a materialidade e a autoria do delito ou elementos de fundada suspeita., devendo , também, ser demonstrada a essencialidade da prova para o êxito das investigações.

Neste sentido, o STF deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 389808 PR impetrado por G.V.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A, que teve seu sigilo bancário quebrado mediante solicitação da Receita Federal:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. **SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL.** Conflita com a Carta da Republica norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. (STF - RE: 389808 PR , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/12/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218).

O colegiado entendeu que por se tratar de violação à direitos fundamentais, a quebra do sigilo não deveria ser decidida por ato da administração tributária e sim, requisitado ao Poder Judiciário, já que a mesma não configura órgão equidistante, e por tanto, passível de

cometer alguma arbitrariedade. Ressaltou-se também o fato de que o poder da administração tributária é limitado, devendo portanto haver o respeito às limitações decorrentes do sistema constitucional.

Salientou-se ainda, que o sigilo bancário não caracterizava nenhuma restrição ao poder de investigar/ fiscalizar já que o Ministério Público, as corporações policiais e os órgãos da administração tributária e previdenciária poderiam, sempre que necessário, requerer os juízes e tribunais que ordenem as instituições financeiras que forneçam informações essenciais à apuração dos fatos, o que não ocorreu no caso supracitado. E que tal requerimento aos órgãos judiciários era de extrema importância, já que se tratava de violação à direito fundamental ao qual a Constituição Federal atribuiu especial prerrogativa de ordem jurídica.

Endossando tal entendimento, o Ministro Celso de Mello afirma:

[...] Impõe-se, portanto, que os agentes da *persecutio criminis* submetam-se à atuação moderadora e arbitral do Poder Judiciário, cujos órgãos, ponderando os interesses que se antagonizam, permitam ou não, o acesso das autoridades policiais às informações concernentes às operações, ativas e passivas, realizadas pelas pessoas sob investigação com as instituições financeiras.

A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – impõe, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, cautela e prudência na determinação de ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter a clausula tutelar de reserva [...] (MELLO *apud* BARBEITAS, 2003, p. 7).

Apesar de tal entendimento por parte da Suprema Corte, a Lei Complementar nº 105/2001 em seu já mencionado artigo 6º estabelece o seguinte:

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

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária (BRASIL, Lei Complementar nº105, 2001).

Tal artigo atribui à administração tributária o poder de examinar registros das instituições bancárias apenas com a existência de um processo administrativo. Ou seja, a autoridade fiscal tem o poder de requerer diretamente à instituição financeira informações,

que a priori são sigilosas, dos contribuintes sem que para isso seja necessária a interferência do Poder Judiciário.

Divergindo do posicionamento do STF, o STJ entende que os atos da administração tributária, quando realizados por pessoa competente, são válidos e que não há invasão de privacidade já que as informações se limitam à identificação do titular da operação e ao montante movimentado mensalmente, sendo proibida qualquer informação que permita a identificação da origem ou da natureza dos gastos.

Nesse sentido, o STJ negou provimento ao Agravo de Regimental nº 1.179.635-SP, interposto por Unibanco União de Bancos Brasileiros S/A:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. RECURSO ESPECIAL Nº 1.134.665 REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. 1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN. 2. O § 1º, do artigo 38, da Lei 4.595/64 (revogado pela Lei Complementar 105/2001), autorizava a quebra de sigilo bancário, desde que em virtude de determinação judicial, sendo certo que o acesso às informações e esclarecimentos, prestados pelo Banco Central ou pelas instituições financeiras, restringir-se-iam às partes legítimas na causa e para os fins nela delineados. 3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64. 4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente. 5. A Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou o artigo 38, da Lei 4.595/64, e passou a regular o sigilo das operações de instituições financeiras, preceituando que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações, à Secretaria da Receita Federal, sobre as operações financeiras efetuadas pelos usuários dos serviços (artigo 1º, § 3º, inciso VI, c/c o artigo 5º, caput, da aludida lei complementar, e 1º, do Decreto 4.489/2002). 6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001). 7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "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." 8. A Primeira Seção, quando do julgamento do REsp 1134665/SP, DJe 18/12/2009, sujeito ao regime dos "recursos repetitivos", reafirmou o entendimento de que: "8. O lançamento tributário, em regra, reporta-se à data da ocorrência do fato ensejador da tributação, regendo-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada (artigo 144, caput, do CTN). 9. O artigo 144, § 1º, do Codex Tributário, dispõe que se aplica imediatamente ao lançamento tributário a legislação que, após a ocorrência do fato impositivo, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros. 10. Conseqüentemente, as leis tributárias procedimentais ou formais, conducentes à constituição do crédito tributário não alcançado pela decadência, são aplicáveis a fatos pretéritos, razão pela qual a Lei 8.021/90 e a Lei Complementar 105/2001, por envolverem essa natureza, legitimam a atuação fiscalizatória/investigativa da Administração Tributária, ainda que os fatos impositivos a serem apurados lhes sejam anteriores (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 806.753/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22.08.2007, DJe 01.09.2008; EREsp 726.778/PR, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 14.02.2007, DJ 05.03.2007; e EREsp 608.053/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 09.08.2006, DJ 04.09.2006). 11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la. 12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º). 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 é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos. 14. O suposto direito adquirido de obstar a fiscalização tributária não subsiste frente ao dever vinculativo de a autoridade fiscal proceder ao lançamento de crédito tributário não extinto. 15. In casu, a autoridade fiscal pretende utilizar-se de dados da CPMF para apuração do imposto de renda relativo ao ano de 1998, tendo sido instaurado procedimento administrativo, razão pela qual merece reforma o acórdão regional. 16. O Supremo Tribunal Federal, em 22.10.2009, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário 601.314/SP, cujo thema iudicandum restou assim identificado: "Fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Art. 6º da Lei Complementar 105/2001." 17. O reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no artigo 543-B, do CPC, não tem o condão, em regra, de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes. 18. Os artigos 543-A e 543-B, do CPC, asseguram o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido pelo STJ ou por outros tribunais, que verse sobre a controvérsia de índole constitucional cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pela Excelsa Corte (Precedentes do STJ: AgRg nos EREsp 863.702/RN, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 13.05.2009, DJe 27.05.2009; AgRg no Ag 1.087.650/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 18.08.2009, DJe 31.08.2009; AgRg no REsp 1.078.878/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18.06.2009, DJe 06.08.2009; AgRg

no REsp 1.084.194/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 26.02.2009; EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 805.223/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 24.11.2008; EDcl no AgRg no REsp 950.637/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.05.2008, DJe 21.05.2008; e AgRg nos EDcl no REsp 970.580/RN, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05.06.2008, DJe 29.09.2008). 19. Destarte, o sobrestamento do feito, ante o reconhecimento da repercussão geral do thema iudicandum, configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso." 9. À luz da novel metodologia legal, publicado o acórdão do julgamento do recurso especial, submetido ao regime previsto no artigo 543-C, do CPC, os demais recursos já distribuídos, fundados em idêntica controvérsia, deverão ser julgados pelo relator, nos termos do artigo 557, do CPC (artigo 5º, I, da Res. STJ 8/2008). 10. A matéria de ordem pública, como a decadência, não prescinde de prequestionamento para o conhecimento do recurso especial, conforme orientação desta e. Corte. Precedentes: AgRg no REsp 1059119/SE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 31/08/2010; AgRg no REsp 1120076/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 02/08/2010; AgRg no Ag 1293302/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe 18/06/2010. 11. Agravo regimental desprovido. (STJ , Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/10/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA).

Na análise do processo, o colegiado salientou o fato de que a garantia de sigilo bancário não possui caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade, que possui caráter absoluto, aplicável as relações de direito publico e privado, salientou-se ainda que tal garantia pode ser atenuada caso a informação bancária possa comprovar atos ilícitos, afinal, embora o sigilo bancário seja direito fundamental garantido constitucionalmente, a preservação da intimidade não pode servir para encobrir ilícitos.

Diante de toda polemica envolvendo a aplicabilidade da Lei Complementar 105/2001, é imperioso mencionar a existência de Ações de Inconstitucionalidade que se encontram apensadas e aguardando julgamento, conforme demonstra a ementa jurisprudencial da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2386 DF:

Em razão da distribuição da primeira delas -ADIn 2390 - e da coincidência total ou parcial dos objetos das demais, por distribuição ou redistribuição, sou relator de cinco ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de cautelar, todas atinentes a preceitos da recente legislação complementar ou ordinária que propiciam a transmissão à administração tributária de dados da movimentação financeira do contribuinte, cobertos, em princípio, pelo sigilo bancário. Assim: a) ADIn 2386 - Confederação Nacional do Comércio, CNC:- LC 105/01, ARTS. 5º e 6º. b) ADIn 2389 - Partido Social Liberal, PSL:- L. 10174/01.c) ADIn 2390 - Partido Social Liberal, PSL:- LC 105/01, arts. 5º, 6º e § 1º;- D. 3724/01.d) ADIn 2397 - Confederação Nacional da Indústria, CNI:- LC 105/01, art. 3º, § 3º; art. 6º e a remissão a ele feita no art. 1º, § 3º, VI; art. 5º e §§;- LC 104/01: art. 1º (na parte em que altera o art. 98 da L. 5172/66 e lhe acrescenta o inciso II e o § 2º);- D. 3724/01.e) ADIn 2406 - Confederação Nacional da Indústria, CNI:- L. 9311/96, art. 11 e § 2º;- L. 10174/01, art. 1º, determino a apensação, para p (que introduz § 3º ao art. 11 da L.9311/96. Na forma da orientação do Plenário (v.g., ADIn 1460,17.3.99, Sanches, DJ 25.6.99) rocesso e julgamento conjuntos, das cinco ADIns relacionadas, em dois grupos distintos: a) ADIns 2386 e 2397, apensadas à ADIn 2390, incluindo-se na autuação as requerentes das primeiras como litisconsortes ativas no processo

da última; b) a ADIn 2406 apensada à ADIn 2389, anotando na autuação a requerente desta, como litisconsorte ativo, o autor da primeira. Malgrado todo o conjunto de cinco ADIns diga respeito à oponibilidade do sigilo bancário ao fisco - que se sustenta, em todas elas, com base no art. 5º, X, CF, afora outros -, os dois grupos se distinguem pela diversidade dos respectivos objetos, pois adstrito o segundo grupo à legislação específica sobre os dados colhidos na arrecadação da CPMF. Em todos os processos a ser reunidos em dois grupos, as informações prestadas pelo Congresso Nacional - com exaustiva informação do processo legislativo - e pela Presidência da República- que contém a solidariedade explícita do Senhor Advogado-Geral da União -, além de impugnarem a pretensão cautelar, analisam com profundidade o mérito das arguições: por isso, reputo desnecessária a solicitação de novas informações das autoridades, assim como nova contestação do Advogado-Geral, sem prejuízo de que, cientes deste despacho, tragam os subsídios que entenderem convenientes ao julgamento. O tempo passado desde a edição dos diplomas questionados -que se vem aplicando sem maior conturbação, sujeitas as controvérsias eventuais aos órgãos judiciários competentes para o controle incidente de sua constitucionalidade -, não faz esmaecer a relevância dos temas suscitados. Essa relevância mesma da matéria - dados os interesses públicos e privados envolvidos - reclama, no entanto, rápida e definitiva solução dessas ações diretas, de modo a evitar que a pendência do processo - sejam quais forem as decisões cautelares liminarmente tomadas - além de alongar o período de incerteza, venha a obstruir o andamento de outros processos, em curso nas instâncias ordinárias, quiçá urgentes. Valho-me, pois, da alternativa aberta pelo art. 12 da L.9868/99 para pedir de logo, o parecer do Senhor Procurador-Geral da República, de modo a propiciar, com a brevidade possível, o julgamento definitivo dos dois grupos de ações. Brasília, 24 de setembro de 2001. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – Relator (STF - ADI: 2386 DF , Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 24/09/2001, Data de Publicação: DJ 02/10/2001 PP-00033).

Pelo exposto até o presente momento, não há dúvidas de que a questão do sigilo bancário envolve conflito de interesses e de princípios, onde se pode observar o embate entre o público e o privado e que para chegar a um consenso acerca do tema, deve-se analisar os direitos e interesses envolvidos e pondera-los, sob pena de por em risco o sistema financeiro nacional e de inviabilizar a consecução de valores constitucionais que visam garantir a construção de uma sociedade mais justa.

4.3 A preservação dos direitos e garantias fundamentais conectadas com o atendimento ao interesse público

A despeito do entendimento do STF, que enxerga na possibilidade de quebra do sigilo bancário unicamente a questão da violação de direitos fundamentais, resta claro que o tema envolve uma fusão de interesses – privados e públicos- muitos dos quais com projeção em valores e princípios constitucionais.

A questão é: diante desse conflito, qual dos interesses deve prevalecer? E sob quais circunstâncias?

A questão atinente aos princípios ganhou relevância em inúmeros países pelo fato de que aplicação direta e simples das regras estabelecidas nos ordenamentos jurídicos poderia resultar em injustiças. De fato, os princípios, cuja noção essencial encontra-se no equilíbrio entre valores e interesses, se caracterizam, conforme pontua Novellino (2010, p. 138), “por possibilitar que a medida de seu cumprimento se dê em diferentes graus”.

Robert Alexy, articular seu método de interpretação dos direitos fundamentais, apresenta a distinção qualitativa entre regras e princípios jurídicos. Para Alexy (1997), os princípios servem como comandos de otimização, portanto, não são definitivos. Podem ser cumpridos em diferentes graus e a medida do seu cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas e o âmbito destas é determinado pelos princípios e regras opostos. Conquanto as regras são normas que só podem ser cumpridas, ou não, e que contém determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

Os conflitos entre regras são solucionados de forma diferente das colisões entre princípios. Para solucionar conflitos entre regras, existem duas opções: introduzir em uma das regras uma cláusula de exceção ou declara-se inválida uma delas. Já na solução de conflitos entre princípios, não há a necessidade de declarar nenhum deles inválido, haverá a prevalência de um sobre o outro.

Mas para decidir que princípio deve prevalecer, deve haver uma ponderação, à luz do caso concreto, cabendo ao interprete atribuir a cada princípio colocado em xeque no caso concreto, um peso específico de forma que seja alcançado um equilíbrio e onde a restrição a cada bem seja tão pequena a ponto de não causar a extinção do princípio.

É fato que a ponderação de interesses deve preservar o conteúdo nuclear dos direitos fundamentais. Contudo, há quem defenda o caráter absoluto deste conteúdo abstratamente delimitado e que não pode ser invadido sob nenhuma hipótese. Há também os que adotam uma concepção relativista na qual esse núcleo deve ser balizado em função do caso concreto, através da ponderação de interesses.

Este método de resolução de conflitos está ligado ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como forma de valorar os atos do poder público, levando-se em conta os motivos, os meios e os fins a serem atingidos, assim como os valores fundamentais nos quais o Estado está calcado, tais como a segurança, a paz, a solidariedade, a justiça, etc.

Deste princípio pode-se extrair requisitos da adequação, na qual as medidas tomadas pelo poder devem se mostrar aptas a alcançar os objetivos desejados; A necessidade, comprovada a ausência de meios menos gravosos para atingir esses objetivos e; A proporcionalidade, expressando a ponderação entre as lesões causadas pelo ato e o benefício trazido, a fim de verificar se a interferência realizada se justifica.

Nessa linha de raciocínio, o filósofo Dworkin (1977 *apud* NOVELINO, 2010, p. 138) “esclarece que, quando se afirma que um princípio faz parte de um ordenamento jurídico, o que se quer dizer é que os aplicadores do direito devem levá-lo em consideração, se for o caso, como critério determinante na escolha de um ou outro sentido”. Por conseguinte, percebe-se, com perspicácia, que a aplicação de princípios que envolvem determinado ordenamento jurídico deve-se perfazer, sobretudo, nas hipóteses em que o Judiciário de depare com os chamados *hard cases*, situações em que, face a um caso concreto, constituem os princípios como instrumentais para argumentação e fundamentação de sentenças.

Desse modo, nas situações delimitadas no § 4º, artigo 1º, da Lei nº 105/2001 trazem à tona a discussão acerca da relação entre princípios e a possibilidade de se quebrar o sigilo bancário, como mecanismo de efetivação da justiça. Os princípios, como já foi dito, possuem a característica de permanecerem intactos diante de uma situação de conflito. Logo, no caso concreto, observa-se qual ou quais deles possuem a maior relevância e sua aplicação se ajustará na solução fática mencionada.

No presente embate, tem-se em questão os direitos fundamentais à intimidade e a privacidade, que são calcados pelo princípio da dignidade da pessoa humana *versus* o interesse público, calcado na transparência e na moralidade.

Sabe-se que o direito à intimidade e à privacidade são constitucionalmente garantidos, devendo proteger o homem contra a interferência em sua vida privada, familiar e doméstica, possíveis ataques contra a sua honra e reputação, contra a exposição de fatos constrangedores relativos à sua intimidade, dentre outros.

Acerca do sigilo bancário, Morais (2009) entende que essa proteção deve se estender à informações bancárias e fiscais, constem elas nas instituições financeiras, na Receita Federal ou qualquer outro órgão do Poder Público, por constituírem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica.

Ainda sobre o tema, defende que a quebra do sigilo bancário também poderia ocasionar a violação de correspondência, posto que informações bancárias são fornecidas

pelos correios mediante entrega de correspondência dos bancos, como extratos bancários, faturas de cartão de crédito, assim como dados da Receita Federal.

Todavia, a tais garantias não resta atribuído o caráter absoluto, posto que a própria Constituição Federal traz possibilidade de exceções, a exemplo da possibilidade de quebra do sigilo bancário para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Apesar de a exceção ser relacionada às comunicações telefônicas, o entendimento jurisprudencial é de que tais garantias também são aplicáveis ao sigilo de dados e, conseqüentemente, ao sigilo bancário.

Conforme já foi demonstrado, o entendimento daqueles que se manifestam contra a quebra do sigilo bancário é de que tal pedido deve ser submetido à jurisdição, já que se trata de quebra de direitos fundamentais e o judiciário é considerado o guardião desses direitos.

Ainda acerca do tema, pode-se observar a partir da análise de julgados do STF, que há ainda quem questione se há ou não quebra do sigilo bancário no intercâmbio de informações realizadas pelas instituições financeiras e pelo Fisco, a exemplo do Ministro Dias Toffoli, que, sobre a Lei 105/2001 afirma:

A Lei comete um ato falho, porque ela fala em quebra de sigilo. Na verdade, aqui, quando se fala em quebra, quer-se dizer transferência do dever de sigilo. 'Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis'. (...) Pois bem, nesse sentido, o meu entendimento é que aqui não se trata de quebra de sigilo. Trata-se, na verdade, de uma transferência de dados sigilosos de um portador desse dado que tem o dever de sigilo para um outro portador que manterá a obrigação desse sigilo. Se não o mantiver, cometerá crime e será responsabilizado (Voto do Min. Dias Toffoli, Recurso Extraordinário nº 389808, STF, 2010).

Ora, tal entendimento é coerente, posto que há determinações legais que obrigam tanto as instituições financeiras, quanto a administração tributária e seus agentes a manterem sigilo acerca dos dados dos clientes/contribuintes:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 1º São consideradas instituições financeiras, para os efeitos desta Lei Complementar:

- I – os bancos de qualquer espécie;
- II – distribuidoras de valores mobiliários;
- III – corretoras de câmbio e de valores mobiliários;
- IV – sociedades de crédito, financiamento e investimentos;
- V – sociedades de crédito imobiliário;
- VI – administradoras de cartões de crédito;
- VII – sociedades de arrendamento mercantil;
- VIII – administradoras de mercado de balcão organizado;

IX – cooperativas de crédito;
 X – associações de poupança e empréstimo;
 XI – bolsas de valores e de mercadorias e futuros;
 XII – entidades de liquidação e compensação;
 XIII – outras sociedades que, em razão da natureza de suas operações, assim venham a ser consideradas pelo Conselho Monetário Nacional (BRASIL, Lei Complementar 105/2001, 2001, grifo nosso).

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades [...] (BRASIL, Código Tributário Nacional, 1966, grifo nosso).

A transferência de informações entre as instituições financeiras e a administração tributária, facultada pela Lei Complementar 105/ 2001 é regida pelo Decreto 3724/2001, que regulamenta o acesso, o uso e a requisição de tais informações, que são protegidas pelo artigo 198, do CTN.

Conforme demonstrado, a lei penaliza a administração pública caso as informações referentes aos contribuintes sejam reveladas a estranhos alheios à relação Estado *versus* contribuinte e banco *versus* clientes, neste sentido, realmente não há que se falar em quebra de sigilo bancário quando houver troca de informações entre essas instituições.

Ademais, a lei faculta à administração tributária a possibilidade de identificar patrimônio dos contribuintes como forma de conferir efetividade a seus objetivos, conforme se depreende da leitura do parágrafo 1º do artigo 145 da Constituição Federal, mencionado diversas vezes no presente trabalho, que também afirma limites devem ser respeitados nessa atuação, portanto entende-se que caso haja arbitrariedade no intercâmbio de informações, os agentes serão devidamente punidos.

Não obstante as questões constitucionais envolvidas nessa discussão, há também o fato do tema ser de extrema relevância para o poder público, afinal a tributação é o principal meio pelo qual o mesmo auferir renda para realizar seus objetivos.

Convém salientar também que tal relevância vai muito além das questões de ordem tributária e também da relação de confiança entre o cliente e a instituição financeira, que engloba também o âmbito da intimidade. Com toda a voracidade adquirida pelo capitalismo, que sofreu nítidos avanços com a globalização e avanços tecnológicos, a movimentação de capitais possibilitou a ocultação da origem ilícita de renda, muitas vezes

provenientes do tráfico de entorpecente e também o financiamento de atos terroristas, colocando em risco o equilíbrio político e diplomático de diversos países.

Como já foi afirmado em diversos momentos deste trabalho, o sigilo bancário não pode servir de abrigo à ilegalidade, pondo assim em risco a segurança dos cidadãos e deixando impunes aqueles que praticam atos ilícitos.

Muitos autores identificam o sigilo bancário como uma proteção ao próprio sistema financeiro nacional, e que a abolição do mesmo implicaria em fuga de capitais, entre outras consequências negativas sobre os investimentos e sobre o desenvolvimento econômico.

Porém, o papel fiscalizador atribuído à Comissão de Valores Mobiliários restaria prejudicado caso não houvesse a possibilidade de acesso à movimentação financeira dos dirigentes das instituições financeiras, já que cumpre àquela entidade verificar o requisito constitucional de capacidade técnica e ilibada reputação indispensáveis ao exercício da atividade gerencial, pondo em risco o sistema financeiro.

Também restaria prejudicado o sistema de proteção ao crédito, se a cada consulta tivesse que o estabelecimento comercial ou financeiro interessado, solicitar prévia autorização judicial.

Não há que se negar a importância que tais instituições possuem para o equilíbrio do sistema financeiro nacional, mas a existência delas colide com os argumentos utilizados na defesa do sigilo bancário. A não ser, é claro, que se defenda a manutenção do sigilo perante o Fisco, o Banco Central, ao Ministério Público, a Comissão de Valores Mobiliários e seja permitida a quebra do mesmo perante o sistema de proteção ao crédito, que é na verdade um conjunto de instituições financeiras privadas reunidas em centrais de risco. O fato é que tal ideia seria absurda e haveria uma total inversão de valores, posto que no que concerne ao sistema financeiro nacional, deve haver prevalência do interesse público.

Há também toda uma questão social envolvida, afinal a República tem como objetivos a construção de uma sociedade justa e igualitária, fundamentada na cidadania e dignidade da pessoa humana, conforme se depreende da leitura dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Cabe ao Estado promover essa dignidade, de forma que seja garantido aos cidadãos, além do mínimo existencial, direitos como acesso à educação, saúde, moradia, alimentação, lazer, dentre outras liberdades fundamentais.

Conforme mencionando em tópico anterior, apesar das políticas públicas que visam diminuir a desigualdade social, permanece nítida a concepção de que apenas uma pequena parcela da população é detentora de boa parte dos bens.

Diante de tal situação, visando garantir a justiça tributária, o constituinte, no artigo 145, § 1º, definiu:

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

[...]

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Todavia, o sistema tributário nacional privilegiado os impostos diretos incidentes sobre produtos, serviços e os rendimentos dos assalariados, fazendo com que boa parte da carga tributária seja suportada pela grande massa.

Tal injustiça demonstra-se mais acentuada quando se observa os números relativos à evasão fiscal no país: 13,4% do PIB, o que deixou o Brasil em segundo lugar no *ranking* de uma pesquisa feita pelo *Tax Justice Network*, divulgada pela Folha de São Paulo².

O crime de evasão fiscal, também chamado de sonegação fiscal, consiste em utilizar-se de meios ilícitos para se esquivar da obrigação de pagar impostos, conforme demonstra o artigo 1º da Lei nº 4729/65:

² Para maiores detalhes acerca da pesquisa veiculada pela Folha de São Paulo, acessar o seguinte sítio: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/11/1369316-brasil-e-medalha-de-prata-em-evasao-de-tributos.shtml>

Art 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal [...] (BRASIL, Lei nº 4729, 1965).

Através da quebra do sigilo, a Receita Federal pode constatar se determinado individuo prestou informações verdadeiras ou se os dados informados pelas instituições financeiras não condizem com os informados pelo contribuinte em sua declaração anual fornecida a Receita, constatando assim uma possível fraude, que como mencionado acima, constitui crime contra a ordem tributária.

Embora seja um tema delicado e controverso em sede doutrinária – e é nesse sentido que cabe a ponderação entre princípios, norteados pela razoabilidade e proporcionalidade –, deve-se proporcionar a quebra, relativizando o interesse individual em prol de um bem maior, ou seja, em favor e em benefício da coletividade.

Nesse sentido, em benefício da integridade do ordenamento e como forma de se assegurar o bem comum, as palavras de Ronald Dworkin são claras:

O princípio de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferece a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade (DWORKIN, 2007, p. 271).

Desse modo, para se alcançar a justiça social e o bem comum, deve-se interpretar as normas infraconstitucionais sob as lentes da Magna Carta, refletindo, sempre que possível, as disposições normativamente estabelecidas em consonância com os valores da sociedade contemporânea. Logo, nessa linha de ideias, o bem maior, ao se ponderarem os princípios da legalidade, o direito à privacidade e à intimidade, a capacidade contributiva, a isonomia e a

relação dialógica entre a Lei nº 105/2001, conduz-se o leitor ao raciocínio de que a quebra do sigilo reflete posição, muitas vezes, coerente, diante, principalmente, dos casos de corrupção e de lavagem de dinheiro do crime, especialmente os relacionados ao tráfico de entorpecentes.

Conquanto seja verdade que o sigilo não é absoluto, devendo estar conciliado com as atribuições de uma fiscalização, com o objetivo de se prestigiarem os princípios da capacidade contributiva e da isonomia, é, por óbvio, igualmente certo que as atribuições dessa fiscalização também não são absolutas, e não podem suprimir o direito ao sigilo. O respeito ao sigilo é regra, contudo sua quebra se faz imperiosa quando propõe impedir desmandos, especialmente em situações de corrupção e lavagem de dinheiro, circunstância que se harmoniza com o poder de fiscalização, presente §1º, do artigo 145 do CTN, e as disposições presentes na Lei nº 105/2001.

Pelo exposto, considerando a ponderação de princípios e interesses, observa-se que no que concerne à quebra do sigilo bancário, o interesse público deve prevalecer, posto que o mesmo, neste caso, restringe direitos individuais para evitar maiores danos à sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar a questão do sigilo bancário, tema bastante controverso, demonstrando os interesses envolvidos em tal polemica.

O direito ao sigilo bancário, apesar de não ser explícito, é considerado direito fundamental constitucionalmente amparado, estando inserido entre os direitos à privacidade, intimidade.

A Lei Complementar nº 105/2001 trouxe a possibilidade de quebra do sigilo através do intercâmbio de informações entre as instituições financeiras e o Fisco, como forma de tornar mais efetiva a fiscalização por parte da administração tributária. Tal atitude se justifica pelo fato do Estado instituir tributos com a finalidade de arrecadar verba para se manter e cumprir com as obrigações perante a população.

Há quem tenha tal lei como inconstitucional, entretanto, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade que versam sobre o assunto, encontram-se apensadas e aguardando julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Acerca do tema, ao final dessa pesquisa, chegou-se a algumas considerações que serão expostas a seguir.

Embora o direito à intimidade e à privacidade sejam de extrema relevância para os cidadãos, configurando, inclusive, um caso de positivação de um direito humano que visa garantir um dos princípios base desta República: a promoção da dignidade humana, tais direitos não devem se sobrepor ao interesse público, no caso em tela.

A questão do sigilo bancário envolve muito mais que violação à direitos fundamentais. Impossibilitar a sua quebra, além de inviabilizar o sistema financeiro nacional, dificultaria a busca da promoção da justiça social e da promoção do bem comum, posto que retardaria a constatação de possíveis omissões de renda, possibilitando à parcela mais rica da população a subtração de recursos que, em tese, poderiam contribuir para proporcionar a erradicação da pobreza e a promoção da dignidade humana.

Ademais, a relativização do sigilo bancário, possibilita ao Estado atuar de forma mais eficaz na repressão aos crimes de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e outros ilícitos penais que poderiam encontrar guarida na inviolabilidade desse direito, situação esta que não pode ocorrer.

Com efeito, ao ponderar os interesses envolvidos à luz do princípio da razoabilidade e da adequação, há de se concluir que, nas hipóteses acima retratadas, os

benefícios trazidos pela supracitada interferência do poder público na esfera privada, são maiores que as lesões causadas pelo tal ato.

Isso se a situação for analisada sob a ótica de que transferência de informações entre as instituições bancárias e os órgãos da administração tributária configura quebra de sigilo. Já que analisando o que ocorre de fato nesse processo, percebe-se que tal intercâmbio não configura quebra de sigilo posto que os dois polos envolvidos nessa troca de informações são obrigados por lei a manter sigilo sobre as mesmas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Triutário Esquematzado**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

BRASIL. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 389808/PR. Relator: Min. Marco Aurelio, 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28389808%2ENUM%2E+OU+389808%2EACMS%2E%29+%28%28MARCO+AUR%2C9LIO%29%2ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%2C9LIO%29%2ENORV%2E+OU+%28MARCO+AUR%2C9LIO%29%2ENORA%2E+OU+%28MARCO+AUR%2C9LIO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/loexm3w>>. Acesso em: 01 de novembro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2386/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 24 de setembro de 2001. Disponível em:
 <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14818483/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2386-df-stf>> Acesso em: 01 de novembro de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1.179.635/SP. Relator: Min Luiz Fux, 05 de outubro de 2010. Disponível em: <
<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17059949/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-de-instrumento-agrg-nos-edcl-nos-edcl-no-ag-1179635-sp-2009-0070070-6/inteiro-teor-19107896>>. Acesso em 01 de novembro de 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **O sigilo bancário**. Disponível em: <
<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/98>>. Acesso em: 09 de setembro de 2013

_____. **O sigilo de dados: O Direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Disponível em: < <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/28>>. Acesso em 01 de outubro de 2013

NOBAIS, José Casalta Nabais. **O Dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

_____. **Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2010.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo (Org). **Temas de interpretação do Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

