



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES E
MONOGRAFIA JURÍDICA
CURSO DE DIREITO

AQUILINO PETROLA OLINDA
MATR. 209686

DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO BANCÁRIO

FORTALEZA
2007

AQUILINO PETROLA OLINDA

DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO BANCÁRIO

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará, sob a orientação do professor Dimas Macedo.

FORTALEZA
2007

À Deus, pela vida e por todas as graças.
Aos meus pais, familiares e amigos, por sempre
estarem ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Ao grande professor Dimas Macedo, pelos ensinamentos e por ter sido meu orientador nesta monografia.

Aos meus colegas de sala, pela amizade, pelas dúvidas tiradas e por todas as ajudas dispensadas ao longo do curso.

Aos integrantes da banca examinadora, que abriram mão de compromissos e se puseram a minha disposição.

*“Se as coisas são inatingíveis, ora!
Não é motivo para não querê-las
Que triste os caminhos se não fora
A mágica presença das estrelas!”*

Mário Quintana

RESUMO

O desenvolvimento do tema “Dimensão Constitucional do Sigilo Bancário” se prestará a esclarecer os pontos relevantes sobre o assunto e examinar a adequação do sigilo bancário à Constituição Federal. O que se pretende com este trabalho é demonstrar que a Lei Complementar nº 105/2001, a qual autoriza a requisição de informações financeiras do contribuinte, se adequa às normas e princípios da Carta Magna de 1988, podendo ser efetivamente aplicada. Também pretende-se: demonstrar que não há uma quebra de sigilo bancário, e sim, mera transferência de dados financeiros, mantendo-se o sigilo ; que este não é um direito absoluto do contribuinte; e que numa possível colisão entre os princípios constitucionais, deve-se fazer um juízo de proporcionalidade, de modo que a satisfação do princípio com maior peso, se faça de modo a restringir menos o princípio afastado.

Palavras – chave: Sigilo Bancário. Direitos fundamentais. Normas e Princípios Constitucionais. Lei Complementar nº 105/2001.

ABSTRACT

The development of the subject "Constitutional Dimension of the Secrecy Banking" will be useful to clarify the excellent points on the matter and to examine the adequacy of the secrecy banking to the Federal Constitution. What it is intended with this work is to demonstrate if the Complementary Law nº 105/2001, which authorizes the solicitation of financial information of the contributor, adjusts to the norms and principles of the Great Letter of 1988, being able to be effectively applied. Also it is intended to demonstrate that it does not have a banking secrecy in addition, and yes, mere transference of financial data, remaining the secrecy; that it is not an absolute right of the contributor; and that a possible collision between constitutional principles, must be made with a proportionality judgment in order to satisfy the principle with bigger weight, restricting less the moved away principle.

Words - key: Secrecy Banking. Basic rights. Constitutional Norms and Principles. Complementary law nº 105/2001.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	
1 USO INAPROPRIADO DA EXPRESSÃO “QUEBRA” DE SIGILO	
2 ORDENAMENTO JURÍDICO: REGRAS, NORMAS E PRINCÍPIOS.....	
2.1 Colisões de princípios e conflitos de regras.....	
2.2 Os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.....	
2.2.1 Princípio da Razoabilidade.....	
2.2.2 Princípio da Proporcionalidade.....	
2.3 Os direitos fundamentais.....	
2.4 Moralidade administrativa X garantia do sigilo bancário.....	
2.5 O sigilo bancário não é um direito absoluto.....	
3 O SIGILO BANCÁRIO É UM DIREITO ACOBERTADO PELA RESERVA DE JURISDIÇÃO?.....	
4 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.....	
4.1 Permissão constitucional para o fisco identificar situação patrimonial do contribuinte.....	
4.2 Respeito ao princípio da moralidade administrativa.....	
4.3 Respeito ao princípio da razoabilidade.....	
4.4 Observância à outros preceitos constitucionais.....	
4.5 Possibilidade de aplicação retroativa da Lei Complementar nº 105/2001.....	
5 CONCLUSÃO.....	
6 REFERÊNCIAS.....	

INTRODUÇÃO

Com a Lei Complementar 105/2001, que alterou as determinações quanto ao sigilo bancário, regulando sua quebra, tanto judicial como administrativamente, surgiram inúmeras discussões acerca da constitucionalidade desse novo dispositivo.

O cerne da questão está na LC 105/2001 que inova ao permitir a “quebra” do sigilo pela autoridade fiscal sem a necessidade de autorização judicial, mas respeitando algumas condições e o devido processo legal.

As discussões são acoloradas, pois embora não hajam dúvidas sobre o caráter de o sigilo ser um desdobramento dos direitos fundamentais, ou até mesmo um direito fundamental, é inegável que sua natureza deriva destes. Daí a importância de localizar sua natureza dentro do sistema jurídico, para podermos saber se ele é absoluto ou relativo, e sendo relativo, até onde vai essa relativização.

Nossa Carta Magna traz vários direitos fundamentais, como a intimidade, liberdade, privacidade, e esses não têm uma definição exata, cabendo várias interpretações, donde existem correntes que encaixam o sigilo bancário aí nesses direitos fundamentais.

O sigilo é tutelado pelo ordenamento Jurídico, encontrando-se fundado no artigo 5º, X e XII e da Constituição federal. Existem vários tipos de sigilo: bancário, industrial, de dados, mercantil, dentre outros. A presente monografia analisará o sigilo bancário, entendido como direito individual e seu choque com diversos outros direitos e princípios.

Seria o sigilo bancário um direito fundamental com natureza absoluta e tornando assim inconstitucional a sua “quebra”? Ou seria apenas um desdobramento dos vários direitos fundamentais, sendo assim relativo e tendo que se vergar a qualquer outro direito acobertado pelo interesse público?

Essas e outras perguntas pretendemos responder ao longo da monografia, analisando o problema baseado nos princípios constitucionais.

Os questionamentos acerca da constitucionalidade do sigilo bancário e dos procedimentos trazidos pela Lei nº 10.174 e pela Lei Complementar nº 105, ambas de janeiro

de 2001, são muito importantes, já que tais leis podem ser vistas como verdadeiros instrumentos legislativos instituídos com a finalidade de combater a sonegação fiscal, otimizando o sistema de arrecadação de tributos pela fazenda pública, colaborando para o crescimento e o desenvolvimento do Estado e conseqüentemente da sociedade.

Objetivos

1 Sopesar os vários princípios constitucionais que se confrontam na materialização do sigilo bancário; discutir a constitucionalidade do sigilo .

2 Mostrar que o contribuinte não pode invocar seu direito individual à intimidade e privacidade, provenientes das garantias do artigo 5º da Constituição Federal, para obstar o Fisco de requisitar informações a respeito do contribuinte em seu processo administrativo.

Metodologia

A metodologia utilizada na monografia será realizada através de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa:

Bibliográfica: leitura e análise de material pertinente ao tema, em forma de livros, artigos, publicações avulsas, imprensa escrita dentre outros;

Documental, através de projetos, leis, normas, resoluções, pesquisa on-line, dentre outros inerentes ao tema.

1 USO INAPROPRIADO DA EXPRESSÃO “QUEBRA” DE SIGILO

A terminologia “quebra” de sigilo bancário, muito usual no cotidiano jurídico, deveria ser evitada, já que não corresponde a realidade. O verbo “quebrar”, no linguajar jurídico, significa infringir, violar, transgredir. O que gera uma grave incoerência, pois assim sendo, o Poder Judiciário, o órgão defensor da ordem jurídica, ao permitir uma “quebra” estaria então violando, transgredindo o sigilo bancário de uma pessoa.

Ao sigilo foi dada proteção jurídica, portando não pode ser quebrado, e mais ainda por quem deve protegê-lo. A “quebra”, ou violação do sigilo bancário, constitui crime, sujeitando os responsáveis a pena de reclusão de uma a quatro anos, de acordo com art. 38, §7º, da Lei 4.595/64, aplicando-se, no que couber o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Assim, quando o Judiciário quer ter conhecimento do sigilo bancário das pessoas, o que ele faz é excepcionar o direito ao sigilo, o que é permitido pelo ordenamento jurídico, uma vez que o sigilo não é absoluto.

É preciso considerar a nítida diferença existente entre quebra de sigilo bancário, propriamente dita, e mera transferência de informações bancárias, protegidas por sigilo, a órgãos e entidades que já estão obrigados por lei a mantê-las em sigilo. Na simples transferência de informações, preserva-se a garantia do direito individual insculpido no art. 5º, X, da Constituição, porque, forçosamente, os dados permanecerão em segredo, ao passo que na quebra de sigilo, propriamente dita, poderá haver exposição ou divulgação de informações ligadas à vida privada, à intimidade das pessoas.

Esse aspecto é da maior relevância, em apoio à manifestação de que as instituições financeiras devem repassar informações ao fisco, independentemente de interveniência judicial, tendo em vista que não haverá quebra de sigilo de dados sobre movimentação financeira, pois tanto os bancos e seus funcionários quanto os órgãos da Fazenda Pública e seus agentes estão impedidos de revelar tais informações, em face de vedação expressa constante da legislação administrativo-disciplinar e penal ora vigente.

O §3º do artigo 1º da Lei Complementar nº 105/2001, reconhecendo a prevalência do interesse público e social sobre o interesse privado ou individual, excepciona, expressamente, da regra do sigilo bancário os casos em que o fornecimento de informações e documentos alusivos a operações e serviços de instituições financeiras: "não constitui violação do dever de sigilo".

Assegura a lei, no seu art. 1º, § 3º, III, que o fornecimento de informações à Secretaria da Receita Federal pelas instituições financeiras ou equiparadas, referentes à Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, nos termos do art. 11, § 2º, da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, necessárias à identificação dos contribuintes e dos valores das respectivas operações, não constitui violação do dever de sigilo bancário.

Portanto, nos termos da lei complementar em pauta, não há que se cogitar de quebra de sigilo bancário pelo fisco, mas apenas de transferência de informações sigilosas que, necessariamente, por força da legislação vigente, conservarão esse caráter após recebidas pela administração tributária. Muito diferente disso é a quebra de sigilo bancário nos moldes promovidos por outros órgãos ou entidades, de que são exemplos algumas Comissões Parlamentares de Inquérito, em que dados relativos à privacidade, à intimidade das pessoas são divulgados amplamente pela imprensa, às vezes com exposição de forma vexatória.

Por outro lado, se levada a extremo a idéia de que as instituições financeiras não podem, sem intervenção judicial, repassar informações ao fisco, o próprio imposto de renda, que, notoriamente, tem assento constitucional, poderia ser considerado inconstitucional, uma vez que as normas infraconstitucionais, reguladoras desse tributo, impõem que os contribuintes informem à Secretaria da Receita Federal, entre outros elementos patrimoniais, sua movimentação financeira, seus saldos bancários, seus rendimentos financeiros. Igualmente, poderia ser tida como inconstitucional a CPMF, a menos que pretendesse a Emenda Constitucional que a instituiu criar uma contribuição a ser fiscalizada pelos próprios bancos, surrupiando parcela da competência tributária plena que a própria Carta Magna confere unicamente ao ente da federação em favor do qual o tributo é discriminado.

Nada mais pretende o fisco do que saber, com exatidão, se aquilo que o contribuinte declarou ao imposto de renda corresponde, efetivamente, ao que consta nos bancos como sendo seus saldos, sua movimentação financeira, seus rendimentos, num dado período, e, se

os bancos calcularam e recolheram corretamente, como determina a lei, a CPMF devida por contribuintes, seus clientes.

A Secretaria da Receita Federal ao solicitar diretamente aos bancos informações sobre movimentação financeira de correntistas ou de investidores, que são ou deveriam ser contribuintes de tributos federais, não pretende quebrar, como de fato não quebra, sigilo bancário de qualquer pessoa, por uma simples razão: os dados sigilosos, assim transferidos à Receita Federal, são conservados em absoluto sigilo, por imposição das leis já existentes. Não podem ser divulgados, assim como não pode ser divulgado qualquer dado fornecido diretamente pelo contribuinte à Receita Federal, que diga respeito a sua situação financeira, seus negócios ou suas atividades. Portanto, não há que falar em quebra de sigilo bancário.

Preceitua o § 5º do art. 5º que "As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor". Relativamente ao sigilo fiscal, vigora o art. 198 do Código Tributário Nacional, lei materialmente complementar, que, no seu caput, de acordo com a nova redação atribuída pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, assim dispõe:

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.

Portanto, as informações bancárias sigilosas são transferidas à administração tributária da União sem perderem a proteção do sigilo. Por isso, parece difícil vislumbrar na regra do art. 5º qualquer diretriz que possa induzir ou produzir quebra de sigilo bancário ou violação do direito à intimidade ou à privacidade das pessoas. As informações continuam sendo absolutamente sigilosas. Em suma, pode-se dizer que não há perigo de devassa ou quebra de sigilo.

Mesmo caso se fosse considerado como sendo uma quebra de sigilo bancário, ainda assim, não é plausível o caráter preponderante da garantia individual. Deve-se discutir, primeiramente, se o sigilo bancário tem *status* de garantia constitucionalmente absoluta assegurada aos cidadãos pelo artigo 5º, incisos X e XII da Constituição da República, ou se, esta pode ser mitigada para atender a interesses maiores. Restará, deste modo, deslocado o estudo da tensão entre a garantia do sigilo bancário dos cidadãos e o dever da Administração Pública em combater à sonegação fiscal, para o campo da teoria dos direitos fundamentais,

procurando-se discutir a relação de prevalência que deve resultar do conflito entre os referidos mandamentos constitucionais.

2 ORDENAMENTO JURÍDICO: NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

As normas jurídicas são imperativos de conduta pelos quais se estabelecem os comportamentos necessários à organização da convivência humana, são diretivas que norteiam a sociedade sob determinados valores por ela própria eleitos. Já o sistema normativo é um conjunto de regras e princípios que orientam determinado espaço territorial, em um dado momento histórico.

Pode-se dizer, inicialmente, que os princípios, hierarquicamente superiores, são normas com um grau de abstração relativamente elevado (generalidade), enquanto as regras, hierarquicamente inferiores, são normas com grau de abstração relativamente reduzido (especificidade). Os princípios gozam de certa indeterminabilidade na aplicação ao caso concreto, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta, imediata.

A idéia de princípios está intimamente ligada à noção de fundamento, base, pressuposto teórico que orienta determinado sistema normativo. Os princípios são linhas mestras sobre as quais se arrima todo um sistema de conhecimento humano. Os princípios jurídicos, portanto, são normas que sustentam todo o ordenamento normativo. Podem ser expressos, mediante enunciados normativos, ou figurar implicitamente no ordenamento. São, pois, orientações e mandamentos de natureza fundamental e geral, tomados a partir do sistema jurídico vigente, da racionalidade do ordenamento normativo, capazes de evidenciar a ordem jurídica reinante em um dado momento.

Os critérios de distinção entre regras e princípios jurídicos são consideravelmente numerosos, cabendo grande ênfase ao critério de generalidade, segundo o qual os princípios são normas de um grau de abstração relativamente alto, enquanto as regras são normas com nível de abstração relativamente baixo. O âmago da distinção entre regras e princípios, sendo que estes são normas que ordenam a realização de determinado direito na medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, enquanto aquelas somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, deve ser cumprida na sua exata medida, nem mais

nem menos. As regras contêm determinações no âmbito do fático e do juridicamente possível, ao passo que os princípios são mandamentos de otimização.

Os princípios jurídicos, normas impositivas de otimização, podem ser realizados ou concretizados em diferentes graus, variando segundo condições fáticas e jurídicas. O mesmo princípio, deste modo, terá diferentes graus de aplicação na resolução de situações da vida cotidiana. O valor conferido a determinado princípio, numa dada situação fática, poderá ser diverso em outro caso, podendo até, por vezes, ter sua aplicação afastada naquela situação. As regras jurídicas, por outro lado, enquanto normas que prescrevem uma dada situação ou impõem um determinado comportamento, quando válidas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições, não deixando margem à graduação de aplicação.

2.1 Colisões de princípios e conflitos de regras

A distinção entre regras e princípios jurídicos, acima referida, se apresenta relevante na resolução das tensões que se produzem no interior do ordenamento normativo. Num sistema de normas em constante e necessária transformação, que refletem uma sociedade dinâmica e heterogênea, são inevitáveis os conflitos entre as espécies normativas, situação que reclama adoção de critérios capazes de resolver o conflito e, conseqüentemente, salvaguardar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Quando o conflito se desenvolve entre as diferentes espécies de normas jurídicas, isto é, na contradição entre regras e princípios, a resolução do conflito é, de certo modo, facilmente alcançada. Deve-se, aplicar o critério que determina, no mais das vezes, a superioridade hierárquica dos princípios sobre as regras. Os princípios jurídicos, pela condição de normas gerais e fundamentais, prevalecem sobre as regras, normas de generalidade relativamente baixa. É certo que, porém, que em determinadas condições, deve ser aplicada a regra específica, ficando afastada a aplicação do princípio jurídico.

O conflito entre regras já reserva maiores dificuldades de resolução. No conflito entre regras, a aplicação de duas diferentes prescrições jurídicas, ambas válidas, conduzem a resultados incompatíveis entre si. O conflito entre regras se resolve no âmbito da validade, já

que se uma regra vale e é aplicável ao caso concreto, então, valem também suas consequências jurídicas, pois contidas dentro do ordenamento normativo. Deste modo, se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-ser reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida, como meio de preservação do ordenamento.

A colisão de princípios jurídicos não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor. Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. No caso concreto, numa relação de precedência condicionada, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas recua frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pelo ordenamento normativo. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios no âmbito do valor.

Na resolução da colisão de princípios deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto. A tensão de princípios não é eliminada pela invalidação de um deles, nem, tampouco, pela introdução de uma cláusula de exceção em um dos princípios, de modo a limitar sua aplicação em casos futuros. Equivale dizer que, tomando em conta o caso, determinam-se as condições sobre as quais um princípio precede ao outro, em uma relação de precedência condicionada. Havendo modificação nas condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente.

Chama-se lei de colisão a solução da tensão de mandamentos de otimização, com base na relação de precedência condicionada. Não existem relações absolutas de precedência, pois que sempre serão determinadas pelas circunstâncias do caso concreto. Não existe um princípio que, invariavelmente, prepondere sobre os demais, sem que devam ser levadas em consideração as situações específicas do caso. Em última análise, não existem princípios absolutos ou um princípio absoluto que em colisão com outros princípios, independentemente da situação posta, precederá.

A existência de princípios absolutos, capazes de preceder sobre os demais em quaisquer condições de colisão, não se mostra consoante com o próprio conceito de princípios jurídicos. Não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão.

A teoria da lei de colisão dos princípios jurídicos, acima referida, ao que parece, não é capaz de se sustentar sem o arrimo de uma sólida teoria da argumentação jurídica, coerente o bastante para fundamentar a decisão pela preponderância de um princípio que, no caso concreto, mostra-se contraposto a outros, todos reconhecidos pelo sistema normativo. Neste sentido, surgiu uma teoria da argumentação jurídica que pretende fornecer fundamentos à decisão pela precedência de determinado valor, que se mostre em colisão com outros, legitimando a atuação jurisdicional, sendo um instrumento hábil à implementação de decisões jurídicas justas e corretas, quando da necessidade, em uma dada situação concreta, da ponderação de valores fundamentais contrapostos.

As regras de hermenêutica são inconsistentes para conferir ao direito um estatuto racional. Quando, em uma determinada decisão, o julgador se depara com uma situação de difícil solução, pela vagueza dos enunciados normativos e insuficiência dos critérios de hermenêutica, acaba decidindo por juízos valorativos. Estas tomadas de posição devem orientar-se de acordo com valorações moralmente corretas.

Adiante, empreender-se-á a análise acerca dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, como critérios de determinação de aplicação entre a garantia ao sigilo das informações bancárias dos cidadãos e o princípio da moralidade administrativa, o dever do Poder Público em combater a sonegação fiscal.

2.2 Os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade

Os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade se encontram fortemente enraizados no ordenamento jurídico contemporâneo, fazendo parte de inúmeros sistemas normativos. Em diversos países, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade se apresentam expressamente previstos na Constituição, sendo que em outros tantos são princípios implícitos, que brotam da própria ordem constitucional vigente.

2.2.1 Princípio da Razoabilidade

O princípio constitucional da razoabilidade tem, como matriz jurídico-filosófica, a cláusula do *due process of law*, desenvolvida pelo direito anglo-saxônico. A garantia do devido processo legal, que num primeiro momento restringiu-se a aspectos processuais (*procedural due process*), evoluiu lenta e progressivamente para a garantia ao devido processo legal substantivo (*substantive due process*).

A formulação dos princípios que regem, modernamente, a teoria constitucional britânica, teve seu marco inicial na evolução da sua estrutura feudal, em meados do século XI. As tensões sobre o arbítrio real culminaram no governo de João Sem Terra, que, incapaz de resistir às pressões dos senhores feudais, verdadeira revolução política e social que se vinha avolumando desde a Pequena Carta, viu-se forçado à outorgar, em 1215, a Magna Carta, estatuto fundamental do direito inglês que estabeleceu os princípios básicos da estruturação política e jurídica da Inglaterra. Cumpre esclarecer, todavia, que a Magna Carta inglesa não visava proteger os direitos individuais do cidadão, muito embora, tenha sido um de seus reflexos. Foi concebida sim, essencialmente, como um complexo limitador apenas da ação real e jamais do parlamento.

A cláusula do devido processo legal exigia simplesmente um processo judicial compatível à natureza do caso, um processo ordenado, onde restasse assegurado aos litigantes ou acusados a previsão de atos processuais formalizados. De fato, num primeiro momento evolutivo, ressaí o nítido caráter processual da norma. Somente por volta do século XVII é que o direito inglês passa a reconhecer na cláusula do devido processo legal à garantia ao contraditório, com a prévia citação à demanda, e à oportunidade à defesa.

A garantia do devido processo legal, no direito norte-americano, teve sua separação do direito inglês, com as inúmeras declarações de direitos das colônias americanas durante as lutas de independência. De fato, é nesse ensejo que o princípio se desliga de sua matriz inglesa e passa a integrar o sistema jurídico americano, numa trajetória que o transmudaria no mais fecundo de quantos instrumentos se criaram para a defesa de direitos individuais.

Vencida a primeira fase, onde o princípio do devido processo legal buscava assegurar a regularidade processual, uma garantia à observância de certas formalidades procedimentais, a evolução jurisprudencial da Suprema Corte estadunidense conferiu nova roupagem à cláusula do devido processo legal, passando de instituto processual à garantia substantiva de direitos

individuais. O devido processo legal substantivo, juntamente com outros princípios constitucionais, como a igualdade, tornou-se importante instrumento à defesa dos direitos individuais, ferramenta limitadora do exercício arbitrário do Poder Legislativo e da discricionariedade administrativa. O controle da razoabilidade e racionalidade das leis e dos atos administrativos discricionários permitiu ao Poder Judiciário examinar os atos legislativos e administrativos sob o prisma da justiça, não só formal, mas, sobretudo, material.

Parece forçoso admitir que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade encontram fundamento de aplicação, em última análise, no direito natural, em decorrência de suas origens marcadamente influenciada pelas concepções jusnaturalistas do direito norte-americano e europeu, numa clara interação às idéias do liberalismo clássico. O princípio da razoabilidade, evolução material dos princípios da igualdade e da justiça processual, não se mostra como expressão de uma norma abstrata e superior, mas, pelo contrario, decorre da enunciação de valores históricos e relativos. Daí o caráter jusnaturalista defendido, que prescinde até da normatividade do princípio.

A doutrina do devido processo legal substantivo, nos Estados Unidos, começou a se delinear no final do século XIX, como reação ao intervencionismo estatal na ordem econômica. Pode-se dizer que, num primeiro momento, o princípio da razoabilidade teve cunho eminentemente liberal, um meio de diminuir a interferência do Poder Público nos negócios privados. Posteriormente, no Governo do Presidente Franklin Roosevelt, em meados de 1930, a aplicação do princípio sofreu sensível declínio, com o aumento do intervencionismo estatal na economia e abdicação da Corte Constitucional americana, pressionada pelo Governo, do exame de mérito das normas de cunho econômico. Finalmente, num terceiro momento, ascendeu o princípio da razoabilidade como garantia constitucional aos direitos individuais, instrumento de controle dos atos arbitrários e injustos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Certamente, até em razão da vagueza e da indeterminação do termo jurídico, não é tarefa fácil estabelecer um conceito com pretensões de universalidade ao princípio da razoabilidade. Seu conteúdo é bastante mutável e, consideravelmente, influenciado pelos padrões culturais da sociedade, variando nos aspectos temporais e espaciais. Entretanto, ainda que reconhecido o alto grau de abstração do princípio, deve-se perseguir à instituição de elementos objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos da Administração Pública.

Deve-se, por certo, fixar determinadas circunstâncias concretas, fins que para serem atingidos demandam o emprego de determinados meios. O princípio da razoabilidade é uma orientação, uma diretiva interpretativa, que permite a aferição acerca da legalidade substancial dos atos administrativos e legislativos, não o mero controle formalístico, mas, pelo contrário, o sentido finalístico da norma, a conformidade do ato praticado ao mandamento legal no sentido teleológico, bem como a coerência da norma com o ordenamento jurídico.

2.2.2 Princípio da Proporcionalidade

Na tentativa de fixar garantias às liberdades individuais, em face dos interesses da Administração Pública, controlando assim os desmandos do Governo caracterizados pelo conhecido excesso de poder, germinou o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade desenvolvido na Europa, sobretudo na Alemanha, está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade do direito norte-americano, sendo que, para desnudar algumas peculiaridades, será tratado em separado, tão só sugerindo se tratem de princípios diferentes.

Tanto a proporcionalidade como a razoabilidade têm por escopo oferecer critérios à limitação da atuação do Poder Público, suporte jurídico ao controle jurisdicional da atividade legislativa e executiva. No direito brasileiro, pode-se defender a impossibilidade de uma exata separação entre os dois princípios. Cabe, primeiramente, um breve apanhado acerca da origem e evolução do princípio no direito europeu.

O surgimento do princípio da proporcionalidade decorreu da passagem do Estado Absolutista para o Estado liberal-individualista, quando se percebeu a necessidade de controle do poder ilimitado do monarca. O advento do Estado Liberal de Direito exigiu a atenuação do poder de polícia real, que no Estado Absolutista era ilimitado e legitimado pela lei, passando a ser por ela limitado e controlado.

O princípio da proporcionalidade despontou como um freio aos desmandos do monarca, demarcando os meios empregáveis e os fins que poderia perseguir. O germe do princípio em comento foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

O Direito Administrativo consagrou o princípio da proporcionalidade como uma evolução do princípio da legalidade, sendo que, inicialmente, a idéia de proporção ligava-se somente às penas. Num segundo momento, passou-se a exigir que os atos administrativos fossem adequados ao cumprimento das finalidades da lei, e que os meios usados não ferissem em demasia os direitos dos cidadãos.

O direito francês desenvolveu o controle da proporcionalidade dos atos da Administração Pública, como decorrência da evolução da teoria do desvio de poder. Trata-se de um meio de controle judicial da atividade administrativa, consistente na invalidação dos atos do Poder Público que destoam da finalidade inscrita na lei, que é sempre a satisfação do interesse público, ou que, embora praticados para um fim de interesse público, não cumprem o fim específico prescrito na norma.

Em determinados países o princípio da proporcionalidade se encontra expressamente positivado pelo ordenamento jurídico, sendo que em outros, decorre do próprio Estado de Direito. A Constituição alemã de 1949, em seu artigo 19, prevê expressamente o princípio da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, estatuidando que quaisquer restrições não de ser necessárias e mantenedoras de seu conteúdo essencial, passíveis de tutela jurisdicional em caso de violações.

O entendimento da Corte Constitucional alemã acerca do conteúdo do princípio da proibição do excesso pode ser notado em decisões como a do controle da constitucionalidade de uma lei sobre armazenagem de petróleo, dada em 16 de março de 1971. Pode-se dizer que a Corte Constitucional alemã é quem melhor vem aplicando o princípio da proibição do excesso no direito europeu, quando do controle das leis restritivas de direitos. Os parâmetros da proporcionalidade vêm sendo usados para invalidar leis que são evidentemente arbitrárias, contudo, de difícil comprovação quando do seu confronto com a Constituição. O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, segundo critérios de proporcionalidade, desenvolvido pelo Poder Judiciário alemão, repercutiu em grande parte da Europa e, mais recentemente, em países da América Latina como o Brasil.

A doutrina constitucional alemã, numa visão estrutural e funcional, constatou a existência de três elementos parciais que compõem o princípio da proporcionalidade, sendo de enorme relevância, enquanto níveis de averiguação de vícios substanciais da lei ou do ato

administrativo, servindo de parâmetro impositivo de limites à ação do legislador ou do administrador.

O princípio da proporcionalidade é constituído pelos subprincípios da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou da necessidade e pela ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito. O Poder Público, na prática de seus atos, deve adotar medidas apropriadas ao alcance da finalidade prevista no mandamento que pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins da lei. Em outras palavras, o interesse público deve ser buscado segundo meios idôneos, proporcionais, adequados, devendo haver conformidade entre os meios empregados e o fim inscrito na norma.

O princípio da necessidade dispõe que, no exame acerca da proporcionalidade de determinada atuação discricionária do Poder Público, compete ao juiz averiguar se a medida tomada pela Administração, dentre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor desvantagem aos administrados. Dentre as medidas disponíveis deve ser escolhida a menos onerosa, que em menor dimensão restrinja e limite os direitos fundamentais dos cidadãos.

Por vezes, tanto as medidas adotadas pela Administração Pública como as leis produzidas pelo Poder Legislativo, podem, ainda que adequadas e necessárias, trazer uma carga excessiva de restrições e limitações aos direitos dos cidadãos. A medida adotada pelo Poder Público, ainda que no intuito de conferir efetividade a um direito dos cidadãos, acaba por ferir um outro direito também garantido pelo ordenamento posto, situação que acarreta demasiado prejuízo à coletividade. Neste caso, deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

Nos termos do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, a atuação levada a cabo deve se afinar com a idéia de justa medida. Os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável equilíbrio entre os valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito entende os princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas, enquanto que nas máximas da adequação e da necessidade recorre-se às possibilidades fáticas. Já fundamento ao

princípio da ponderação reside nos princípios de direito fundamental, sem que se exclua, contudo, outras fundamentações como os princípios do estado de direito, a prática jurisprudencial e o conceito de justiça.

O Judiciário, quando da análise de uma norma restritiva de direitos dos cidadãos, sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela norma e o por ela restringido, a fim de ponderar acerca da justiça da legislação instituída. Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a norma possibilita um resultado satisfatório, e se o direito limitado deve sucumbir frente ao efetivado. Como se pode aferir, a valoração das circunstâncias demanda considerável juízo subjetivo.

Pelo princípio da ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação do mandamento de otimização que a norma procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar.

2.3 Os direitos fundamentais

No desenrolar desta tese, por vezes, fez-se alusão aos direitos fundamentais e sua relevância no constitucionalismo moderno, ficando evidente a enorme relevância do tema para o deslinde da problemática abordada. Passa-se, então, à discussão tangente aos direitos fundamentais e sua relação com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sobretudo, na resolução da tensão aqui analisada.

Os direitos fundamentais, numa conceituação formal, são aqueles direitos ou garantias postos na Carta Constitucional do Estado. São aqueles valores que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança, caracterizando-se pela imutabilidade, imprescritibilidade e inalienabilidade. Numa concepção material, são os valores e princípios consagrados pela Constituição, segundo a ideologia reinante no Estado, que servem de diretiva básica a todo o ordenamento normativo, vinculando o legislador ordinário e mesmo o constituinte derivado, bem como os demais Poderes do Estado.

O artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição da República não deixa dúvidas de que se adotou o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, reconhecendo como

fundamentais os valores decorrentes do regime e dos princípios adotados pela constituição, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil faça parte. Reconhecida, portanto, a materialidade fundamental do direito constitucionalmente previsto, expressa ou implicitamente, ainda que fora do título que dispõe acerca dos direitos fundamentais, goza da reserva inserida no artigo 60, parágrafo 4º da Constituição da República, constituindo-se em cláusula pétrea.

Os direitos fundamentais, enquanto valores expressamente consagrados na Constituição da República ou enquanto postulados constitucionais imanentes, não podem sofrer restrições desarrazoadas e desproporcionais, que acabem por esvaziar seu conteúdo axiológico. Podem ser restringidos, mas dentro de certos limites imanentes à própria constituição. As restrições devem ser mensuradas no sentido de preservar o núcleo essencial do mandamento fundamental, pois que, com base na rigidez constitucional, os direitos fundamentais vinculam a atuação do constituinte derivado e do legislador infraconstitucional.

Numa concepção contemporânea, segundo Paulo Bonavides: "os direitos fundamentais incorporam ao seu âmbito as prestações do Estado, as garantias institucionais, o sentido objetivo da norma e a qualificação valorativa". Pode-se defini-los como normas objetivas reguladoras das relações entre os indivíduos e o Estado.

2.4 Moralidade administrativa X garantia do sigilo bancário

A teoria dos direitos fundamentais não comporta a existência de valores absolutos, capazes de se sobreporem a quaisquer outros, quando do surgimento de tensões de axiomas, podendo-se dizer que o sigilo bancário se constitui em direito individual relativo, devendo, conseqüentemente, ceder frente ao relevante interesse público em combater a odiosa prática da sonegação fiscal. Existem, certamente, valores que gozam de um grau relativamente alto de precedência frente aos demais, dada a sua estreita afinidade aos princípios do ordenamento constitucional. Como visto anteriormente, quando da tensão entre dois valores reconhecidos pelo ordenamento vigente, o de menor peso, segundo circunstâncias e condições particulares do caso concreto, cede aplicabilidade ao de maior valor.

A ponderação de direitos fundamentais é tarefa das mais árduas e significativas à manutenção da ordem constitucional coesa. Daí a enorme responsabilidade do poder

judiciário, sobretudo das cortes supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto.

De posse dos elementos teóricos até aqui discutidos, pode-se, finalmente, analisar a colisão entre os princípios da moralidade administrativa, dever do Estado em combater à sonegação, e o direito dos cidadãos em ter preservado seu sigilo bancário. Deve-se examinar a constitucionalidade do uso, pela Secretaria da Receita Federal, sem expressa determinação judicial, das informações referentes à movimentação financeira dos contribuintes, cruzando os dados relativos ao recolhimento da CPMF e os valores declarados, a título de Imposto sobre a Renda, pelas pessoas físicas e jurídicas, bem como a requisição às instituições financeiras de informações sobre aplicações financeiras dos contribuintes fiscalizados, quando houver procedimento fiscal em curso.

Nos termos prescritos pelo artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01, e do Decreto nº 3.724, que, na mesma data, regulamentou o dispositivo da referida lei, bem como da Lei nº 10.174/01, que alterou o § 3º do artigo 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, a Secretaria da Receita Federal, com o conhecimento de informações bancárias dos contribuintes, poderá, constatando possíveis irregularidades fiscais, usar os dados da movimentação financeira do fiscalizado, como meio de atestar, entre outras práticas, a inidoneidade dos valores recolhidos a título de Imposto sobre a Renda, comprovando as suspeitas de sonegação fiscal.

A constitucionalidade das referidas leis complementar e ordinária vem sendo questionada judicialmente, sob o argumento de que ferem os direitos da intimidade e da privacidade dos cidadãos, dos quais o direito à inviolabilidade do sigilo bancário é corolário, como previsto no artigo 5º, incisos X e XII da Constituição da República, uma vez que possibilitam a restrição à garantia do sigilo das informações bancárias, sem prévia autorização judicial.

A limitação aos direitos da privacidade, da intimidade e da inviolabilidade do sigilo bancário pode ser reconhecida, ainda que em determinados casos não frontalmente. Resta discutir se tais garantias não devem ceder espaço, neste caso, a outros mandamentos fixados na Constituição da República. Ao que parece, a discussão gravita em torno da relação de precedência condicionada entre garantias constitucionalmente asseguradas.

A intenção da Lei complementar nº 105/01 e da Lei nº 10.174/01 é atacar a prática da sonegação fiscal, tão difundida no Brasil. A sonegação tributária afronta, visivelmente, ao princípio da moralidade administrativo-fiscal, previsto no artigo 37, *caput* da Constituição da República. O princípio da moralidade administrativa não admite a conivência da Administração Fiscal ante a prática de sonegação tributária.

A evasão fiscal, em última análise, fere de modo frontal os valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais previstos na Constituição (artigo 1º, incisos I e III), sendo contrária aos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, como a construção de uma sociedade justa, o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais (CRFB, artigo 3º, incisos I a III). Além de ferir os princípios da justiça fiscal, à igualdade tributária (CF, art. 150, II), à capacidade econômica ou contributiva (CF, art. 145, § 1º) e à livre concorrência (CF, art. 170, IV). A Constituição da República, segundo uma leitura aberta e sistemática de seus princípios, não pode servir de guarida, refúgio, ou legitimação à prática da sonegação fiscal, ato atentatório à própria noção de Estado Democrático de Direito.

Uma ponderação, portanto, entre os princípios da privacidade e da inviolabilidade do sigilo bancário e o princípio da moralidade administrativo-fiscal e da dignidade da pessoa humana, ante as condições descritas, parece admitir a prevalência destes últimos, pois que o ordenamento constitucional não protege a prática da evasão tributária, pelo contrário, repudia. É certo, assevere-se, que o conhecimento, pelo fisco, de informações bancárias dos cidadãos, sem expressa ordem judicial, deve observar o devido processo legal com todos os direitos dele decorrentes, bem como acarretar a menor restrição possível à esfera de privacidade do contribuinte investigado.

2.5 O sigilo bancário não é um direito absoluto

Tendo em vista que os direitos individuais, constitucionalmente assegurados, não são absolutos, devendo ceder diante do interesse público, social e da justiça, por meio de uma ponderação pelo princípio constitucional da proporcionalidade, entendimento este consoante com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege no art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade. (Recurso Extraordinário nº 219.780).

Essa linha de entendimento tem acolhida também na doutrina, conforme preleciona Sérgio Carlos Covello, (1978, p. 29):

Certo que o sigilo bancário não é absoluto. Ele possui limites legais e naturais. Em nosso ordenamento, o sigilo cede ante o Poder Judiciário, ante o fisco e ante as comissões parlamentares de inquérito (art. 38, §§ 1º e 3º, da Lei 4.595/64). Paralelamente, existem abrandamentos da obrigação fundados na vontade do titular do sigilo e na própria natureza da atividade bancária. Mas esses limites não o desnaturam como direito de personalidade, pois modernamente todos os direitos comportam limitações, em vista das exigências sociais e em atenção ao bem comum.

Ademais, o mestre Aliomar Baleeiro (1992, p. 620), ao comentar o parágrafo único do art. 197 do Código Tributário Nacional, expõe:

Não se conceberia que o advogado e o padre, p. ex., fossem compelidos a devassar confidências recebidas em função de sua atividade, quando outras leis os garantem em função dessa atividade, contra delações a que os obrigarem, e até os punem se as fizerem (Cód. Penal, art. 154). Não é porém, o caso dos banqueiros, p. ex., que não estão adstritos às mesmas regras éticas e jurídicas do sigilo. Em princípio só devem aceitar e ser procurados para negócios lícitos e confessáveis.

No mesmo sentido, Bernardo Ribeiro de Moraes (1984, p. 746), ao comentar o art. 197 do Código Tributário Nacional:

Conforme vemos, a obrigação de prestar informações de que disponham, com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros, a ser adimplida diante de intimação escrita da autoridade administrativa, atinge as pessoas e entidades arrolados nos incisos I a VII do artigo em referência. Nada impede que o rol dessas pessoas ou entidades seja aumentado, desde que previsto em lei, *ex vi* do inciso VII. Tais informações, evidentemente somente podem ser exigidas desde que as cautelas e formalidades exigidas em lei. O sigilo dessas informações, inclusive o sigilo bancário, não é absoluto. Ninguém pode se eximir de prestar informações, no interesse público, para o esclarecimento dos fatos, essenciais e indispensáveis à aplicação da lei tributária. O sigilo, em verdade, não é estabelecido para ocultar fatos, mas, sim, para revestir a revelação deles de um caráter de excepcionalidade. Assim, compete à autoridade administrativa, ao fazer a intimação escrita, conforme determina o código tributário nacional, estar diante de processos administrativos já instaurados, onde as respectivas informações sejam imprescindíveis.

Vale ressaltar que nem mesmo o direito à vida, é um direito fundamental absoluto, a própria Carta Magna de 1988 autoriza a pena de morte em seu artigo 5º, no inciso XLVI, que não haverá pena “de morte, salvo em casa de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”.

Com efeito, não era intuito do constituinte de 1988 acobertar ilícitos cometidos pelo particular, as evasões e sonegações fiscais, não podendo este invocar a proteção constitucional

para se eximir de obrigações que deveria cumprir para com a administração tributária, em prol da sociedade.

3 O SIGILO BANCÁRIO É UM DIREITO ACOBERTADO PELA RESERVA DE JURISDIÇÃO?

Embora conste não haver um posicionamento definitivo da Suprema Corte acerca da matéria, há julgados que sinalizam posição favorável à transferência de informações protegidas por sigilo bancário, independentemente de intervenção judicial, tendo em vista que o caso não estaria coberto pela reserva absoluta de jurisdição que resguarda outras garantias constitucionais.

De fato, o Excelso Pretório pronunciou-se sobre a classificação do sigilo bancário por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 23.480, ocorrido em 4 de maio de 2000, quando decidiu:

Quebra ou transferência de sigilos bancários, fiscal e de registros telefônicos que, ainda quando se admita, em tese, susceptível de ser objeto de decreto de CPI – porque não coberta pela reserva absoluta de jurisdição que resguarda outras garantias constitucionais -, há de ser adequadamente fundamentada: aplicação no exercício pela CPI dos poderes instrutórios das autoridades judiciárias da exigência de motivação do art. 93, IX, da Constituição da República.

Seja qual for a linha de entendimento adotada pelos que vêm no instituto do sigilo bancário um anteparo contra legítimo lançamento de crédito tributário, contra descoberta de sonegação fiscal e outros ilícitos administrativos e criminais, que, igualmente, afetam os interesses público e social, verifica-se não militar em seu favor os ditames constitucionais pertinentes à matéria.

No afã de sustentar a todo custo a tese de que a administração tributária só pode ter acesso a dados de movimentação financeira mediante prévia autorização judicial, ancorando-se no art. 5º, XII, da Constituição, alguns juristas, na trilha de decisão de uma das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, ainda não conseguiram explicar uma contradição fundamental havida nesse entendimento. Defendem a reserva absoluta de jurisdição com fundamento em dispositivo constitucional que, se interpretado literalmente o vocábulo dados, dele constante,

não permitiria nem mesmo à Justiça autorizar quebra de sigilo bancário. Preceitua o mencionado dispositivo constitucional:

Art. 5º [...]

XII - é inviolável o sigilo da correspondência, 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.

Muito elucidativo, nesse particular, é o pronunciamento do ministro do Supremo Tribunal Federal, Nelson Jobim (2003, *online*), abordou o assunto com extrema propriedade e clareza. Disse ele:

E aqui surgiu um problema que o Superior Tribunal de Justiça não soube resolver até hoje. O Superior Tribunal de Justiça, exatamente como expôs o Everardo, em 1994, desconsiderou o art. 38 da legislação correspondente, ou seja, da Lei do sistema Financeiro Nacional, que exatamente viabilizava a quebra do sigilo bancário desde que antecedido de um processo administrativo fiscal, matéria absolutamente tranqüila até 1994. Quando então, em face dessa circunstância, pela leitura que se fez do inciso XII, do art. 5º da Constituição, resolveu-se dizer que para o sigilo bancário havia também reserva de jurisdição. Significa que só pode haver quebra de sigilo bancário somente se decorrente de um processo judicial ou de uma autorização judicial. Ora, a leitura é rigorosamente equivocada. Esta leitura, que ainda é a leitura que se passa no Superior Tribunal de Justiça, é rigorosamente equivocada. E por que é equivocada? Porque o inciso XII, do art. 5º da Constituição não tem nada a ver com isso, rigorosamente nada a ver com isso. Lê-se:

É inviolável o sigilo da correspondência, 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;

O que era absolutamente proibido e é absolutamente proibido pelo inciso XII, nem mesmo por autorização judicial, é a quebra da comunicação por correspondência, é a quebra da comunicação telegráfica, é a quebra da comunicação de dados, mas não está se protegendo o dado, ou seja, o resultado da comunicação. O que se veda é que alguém intercepte a correspondência, é que alguém intercepte a comunicação telegráfica, é que alguém intercepte a comunicação de dados. Mas o texto constitucional autorizou a interceptação de uma delas só, que é a interceptação telefônica. Esta foi autorizada. Por que não autorizou as outras? Por uma razão muito simples e muito clara à época em que discutíamos o texto em 1988. É porque das quatro comunicações a telefônica é a única que não deixa vestígios, em que o resultado da comunicação desaparece instantaneamente, porque não fica registro. Da comunicação por correspondência fica a correspondência, da comunicação por telégrafo fica o telegrama, da comunicação de dados ficam os dados, da comunicação telefônica não fica nada, só fica o registro de que Nelson ligou para Everardo e conversou com ele durante três minutos, mas do conteúdo da comunicação telefônica não fica registro. É por isso, exclusivamente por isso que o texto constitucional autoriza e única e exclusivamente a interceptação da comunicação telefônica autorizada pelo juiz. Única e exclusivamente isto. O resto não há o que mais interceptar-se porque há o registro, remanesce o seu resultado, que é a correspondência, o telegrama e o dado.

E agora vejam que coisa curiosa. A autorização da quebra do sigilo bancário na concepção do Superior Tribunal de Justiça é uma quebra de sigilo bancário que se autoriza pelo juiz. Ora, se está ancorado no inciso XII, não podia haver autorização

judicial porque nem ela poderia romper o sigilo dos dados, já que a autorização que a Constituição permite é exclusivamente para comunicação telefônica. O que mostra um equívoco em relação à base, ou seja, a premissa maior do raciocínio e a sua conclusão, porque a conclusão nega a base do raciocínio.

Parece ter ficado bem claro, pela lição do referido ministro, que a proteção constitucional, garantidora da inviolabilidade do sigilo das comunicações, não é simplesmente para dados, mas para comunicação de dados. Esta, sim, não pode ser interceptada nem por ordem judicial. Se o sigilo abrangesse simplesmente dados em geral, qualquer informação sobre qualquer pessoa, mantida em banco de dados ou arquivo, seria inviolável até para o Judiciário. Nesse caso, não haveria possibilidade de qualquer investigação, ainda que judicial. Seria um verdadeiro caos. Nem mesmo a imprensa teria razão de existir. Os serviços públicos ficariam inviabilizados.

Ora, como poderia, então, haver plausibilidade da tese de reserva absoluta de jurisdição, para quebra de sigilo bancário, se o próprio Judiciário estivesse impedido de fazê-lo em relação a dados, para qualquer finalidade? Assim, revela-se insustentável a tese de reserva absoluta de jurisdição, com base no art. 5º, XII, da Lei Maior, para acesso a dados mantidos em estabelecimentos bancários.

Outro aspecto, que também precisa ser enfatizado, é que o inciso XII do art. 5º da Constituição exige prévia autorização judicial, no caso de interceptação de comunicação telefônica, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Ora, se as provas no processo penal se fazem exclusivamente no âmbito judiciário, não em autos de processo administrativo-fiscal, seria inteiramente desprovido de lógica ou razoabilidade se o dispositivo constitucional remetesse a qualquer outra autoridade, que não conduz o processo criminal, a incumbência de autorizar quebra de sigilo, para fins penais.

Interessante, também, é a matéria publicada em 15 de dezembro de 2000 pelo jornal Folha de S. Paulo, Coluna Gabriela Wolthers, sob o título O IR é inconstitucional?, porque, em linguagem acessível ao cidadão comum, fornece, de forma simples e objetiva, elementos que indicam a fragilidade da tese segundo a qual o fisco só poderia obter informações bancárias, se previamente autorizado pela justiça. Considera a colunista:

Não pode ser chamada propriamente de imparcial a opinião pública de alguns tributaristas sobre o projeto que dá autonomia à Receita para quebrar o sigilo bancário de suspeitos de sonegação. É bom lembrar que eles têm como clientes pessoas físicas e jurídicas que não querem o Fisco conferindo suas contas. E o cliente, principalmente o grande, tem sempre razão.

Não há na Constituição um artigo que diga com todas as letras que o sigilo bancário é inviolável. Por isso, os que são contra a medida se baseiam em dois princípios. Um, que diz ser inviolável o 'sigilo de dados'. Outro, que prega a inviolabilidade do 'sigilo da intimidade'. Ou seja, é necessária uma boa dose de interpretação jurídica para chegar à conclusão de que o projeto aprovado deve ir para o lixo.

Inviolabilidade do sigilo da intimidade e de dados. Será que esses dois dispositivos realmente tornam a quebra de sigilo bancário inconstitucional? Mas como, se na declaração de Imposto de Renda o contribuinte é obrigado a incluir seus saldos bancários? E esses saldos não são analisados pela mesma Receita? Quer dizer que o Fisco tem o direito de ver a declaração de IR dos contribuintes mas não tem o direito de checá-los?

Por esse raciocínio, poderíamos concluir que a própria declaração de Imposto de Renda é inconstitucional. Boa idéia. Os tributaristas poderiam sugerir a seus clientes que, na próxima declaração, deixassem em branco o espaço referente a saldos bancários. E depois alegar que o fizeram por que consideram que seus direitos à inviolabilidade do 'sigilo da intimidade e de dados' estavam sendo feridos?

O que está se dando à Receita é o poder de checar sem burocracia se são reais as informações contidas no Imposto de Renda de uma minoria. Por exemplo, os dados de 209 empresas que, segundo a própria Receita, não pagaram imposto nenhum e, ao mesmo tempo, movimentaram mais de R\$ 100 milhões em suas contas.

Não parece, em face do exposto, que o dispositivo em comento, no ponto que prevê reserva absoluta de jurisdição, se dirige à área administrativo-fazendária. Até mesmo porque, quanto à administração tributária, existe disposição constitucional específica, que regula sua atuação, no pertinente à identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, para fins de conferir efetividade ao princípio constitucional-tributário da capacidade econômica ou contributiva.

Condicionar o fornecimento de informações sobre operações e serviços de instituições financeiras à previa autorização judicial significaria inviabilizar o próprio imposto de renda, que a Constituição discrimina como de competência da União. Seria, noutro passo, atribuir aos bancos a incumbência de fiscalizar a CPMF, em substituição ilegítima ao órgão da administração tributária federal, a que as leis, em decorrência de preceitos constitucionais, conferem competência para tal mister. Os dados bancários sobre contas de contribuintes são imprescindíveis à comparação dos valores declarados ao fisco com aqueles efetivamente movimentados em instituições financeiras. Sem esse elemento de apoio às atividades de fiscalização do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro ou o faturamento, o convite à sonegação de tributos estaria lançado e a arrecadação dos tributos, comprometida, com sérios transtornos de ordem financeira, que se refletiriam, inclusive, sobre os cofres dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista sua participação no produto da arrecadação do imposto de renda.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.729-4/DF, tendo como impetrante o Banco do Brasil e como impetrado o Procurador-Geral da República, reconheceu por maioria de votos que, em se tratando de créditos subsidiados, o Ministério Público pode requisitar diretamente à instituição financeira, sem prévia autorização judicial, os dados bancários de pessoas envolvidas em operações consideradas em princípio como ilegais. Os créditos subsidiados dizem respeito, indubitavelmente, a movimentação de dinheiro público.

Esse entendimento pode, igualmente, ser aplicado aos impostos e contribuições, porque, a partir do momento em que são consignados no orçamento do Poder Público, são tidos como dinheiro público. Ora, se os bancos não podem servir de escudo para encobrir condutas ilícitas, praticadas com dinheiro público proveniente de empréstimo subsidiado, com mais forte razão não devem ser usados para encobrir sonegação fiscal de terceiros, uma vez que tal conduta configura crime contra a ordem tributária e causa danos irreparáveis às finanças do Estado.

Releva registrar que, no julgamento retromencionado, o ministro Ilmar Galvão, embora não tenha acompanhado a posição adotada pela maioria dos membros do Tribunal, fez consignar em seu voto menção indicadora da imprescindibilidade de acesso pelo fisco a informações sobre contas bancárias e de que, se exceção houvesse à regra do sigilo, no seu respeitável entendimento, revestir-se-ia ela de muito mais plausibilidade relativamente ao fisco do que em relação ao Ministério Público, nos seguintes termos:

Na verdade, se exceção houvesse à regra, revestir-se-ia ela, inegavelmente, de muito mais plausibilidade, v.g. relativamente à Fiscalização do Imposto de Renda, que há de estar em permanente vigilância, na busca de sinais de riqueza dos contribuintes, do que em relação ao Ministério Público, cuja iniciativa tem em mira casos específicos, em face dos quais o requerimento ao Juiz não acarreta maiores transtornos.

Se a Secretaria da Receita Federal dependesse de prévia autorização judicial para obter informações sobre movimentação bancária de contribuintes, sérios inconvenientes de ordem administrativa seriam criados. Além de outros aspectos negativos já salientados, pertinentes ao comprometimento da arrecadação tributária, imagina-se que o Poder Judiciário ficaria cada vez mais sobrecarregado, caso prevalecesse tal tese, pois os órgãos jurisdicionais passariam a constituir verdadeiros balcões de despacho de pedidos de fornecimento de informações, em prejuízo da solução ágil de litígios, tão reclamada ultimamente pela sociedade. Somente da Secretaria da Receita Federal, o Judiciário teria recebido em 1999 cerca de vinte mil pedidos

de autorização para fornecimento de informações sobre movimentação bancária de contribuintes, tendo em vista que naquele ano o órgão de administração tributária empreendeu ações fiscais do imposto de renda em 7.819 pessoas físicas e do imposto de renda e da contribuição social sobre o faturamento em 12.840 pessoas jurídicas.

Bernardo Ribeiro de Moraes (1984, p. 749), ao tratar do direito de o Fisco examinar livros, registros e documentos, transcreve comentário de Aliomar Baleeiro:

Se o Direito cerca o crédito tributário de garantias e privilégios *erga omnes*, dando-lhe preferências sobre a hipoteca, assegurando-o por processos judiciais expeditos, etc., seria absurdo que contra o interesse da coletividade, em nome da qual é exercido o poder fiscal, fosse permitido aos indivíduos subtrair ao reconhecimento da verdade, sobre sua indelicadeza para o Fisco, uma prova instituída com finalidade pública.

4 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001.

À vista dessas considerações, a questão seguinte é se os dispositivos da Lei Complementar em análise são constitucionais.

4.1 Permissão constitucional para o Fisco identificar situação patrimonial do contribuinte.

No tocante à administração tributária federal, a Constituição, em vez de vedar, faculte o acesso à movimentação financeira dos contribuintes, ao estatuir, em seu art. 145, § 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.

No dispositivo, ora transcrito, não se estabelece que a administração tributária depende de autorização judicial para identificar patrimônio, renda e atividades do contribuinte. Prescreve que em tal identificação, ligada à situação de renda e riqueza das pessoas, para finalidade exclusivamente tributária, devem ser respeitados os direitos individuais, nos termos da lei.

Diferentemente, é o comando constitucional destinado à interceptação de comunicação telefônica, que requer a combinação de dois fatores indispensáveis: existência de lei que preveja as hipóteses e a forma de interceptação de comunicação telefônica e ordem judicial para que se realize, além de cingir-se à finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal.

O poder judiciário já vem percebendo essa distinção entre um e outro comando constitucional. No julgamento de Apelação em Mandado de Segurança nº 94.01.03989-5/MG,

pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, ocorrido em 17 de agosto de 1999, a juíza Selene Maria de Almeida, foi incisiva ao registrar em seu voto:

Não há, na Constituição Federal, norma que atribua ao Judiciário o encargo de exercer uma espécie de 'administração pública dos interesses privados', ou norma similar à que existe no caso de interceptação de comunicação telefônica, deferindo-lhe a atribuição de autorizar ou não, em cada caso, a prestação de informações pelas instituições financeiras às autoridades fiscais.

Com vistas a extrair do § 1º do art. 145 da Constituição a exegese que melhor se ajuste à finalidade por ele almejada, o ilustre Subprocurador-Geral da República, Paulo de Tarso Braz Lucas, em sua manifestação nos autos do Recurso Extraordinário nº 219.780-7/210-PE, foi didático e preciso:

Pergunta-se: qual a *ratio* de tal dispositivo? É permitir ou proibir que a administração tributária identifique o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte?

Quem ousa vislumbrar nele uma proibição para a identificação? É evidente que ninguém chega a tanto.

Alguns, porém, se escudam na expressão 'respeitados os direitos individuais e nos termos da lei', contida em tal dispositivo, para chegar a resultados que, na verdade, significam imobilizar a administração tributária nessa tarefa constitucional de identificação que lhe foi expressamente facultada, como se houvesse uma incompatibilidade absoluta entre tal tarefa e o respeito aos direitos individuais, e como se fosse impossível à lei ordinária conciliar os direitos do Fisco e, portanto, de toda coletividade, como os direitos de cada um dos cidadãos.

Mas é obvio que a citada expressão não pode ter esse sentido imobilizador, que conduziria não à proteção dos verdadeiros direitos individuais tutelados pelos povos civilizados e pela nossa ordem constitucional, mas apenas serviria de salvaguarda para os costumeiros e contumazes sonegadores, ou para coonestar atividades ilícitas de muitos outros. Cabe transcrever aqui a advertência de Edoardo Giannotti a respeito dessa questão ('A Tutela Constitucional da Intimidade', Rio de Janeiro, Forense, 1987, pág. 90), *in verbis*:

'O indivíduo, isolado do meio social, figura sagrada da filosofia liberal, detentor de direitos que colidiam com os interesses globais da sociedade, pereceu com o declínio do liberalismo e a conseqüente evolução dos chamados direitos econômicos e sociais.

O sigilo da correspondência e das comunicações, desta forma, deve ser interpretado como uma liberdade de caráter relativo, ajustado aos princípios que orientam a vida em sociedade. Sempre que o exercício de liberdades públicas degeneram para uma proteção simultânea a atividades criminosas ou ilícitas, o poder público deve impor normas que impeçam essa degeneração.'

Respeitados os direitos individuais e nos termos da lei'. Qual, enfim, o significado dessa expressão? O Constituinte foi aqui cauteloso, talvez excessivamente cauteloso, pois é evidente que a atuação do poder público sempre pressupõe o respeito aos direitos individuais e a obediência à lei. É o que deflui naturalmente do nosso sistema. De qualquer forma, pode-se extrair dessa expressão apenas o sentido de mais uma advertência ao Legislador e ao Poder Público, para evitar os excessos e as providências que, ao mesmo tempo em que não sirvam ao interesse público e nem

atendam aos objetivos de norma constitucional em que a citada expressão está inserida, firam inútil e gratuitamente os direitos individuais.

Consoante lição de Carlos Maximiliano (1951, p. 169), a norma constitucional, e não apenas ela, deve ser interpretada levando-se em conta a finalidade:

Considera-se o direito como uma consciência primariamente normativa ou finalística; por isto mesmo a sua interpretação há de ser, na essência teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida.

Aliomar Baleeiro (1958, p. 355), ensinava: "A Constituição não destrói a si mesma. Logo não transige com interpretação que a aniquila."

Inegavelmente, a Lei Complementar nº 105, de 2001, se ajusta aos ditames constitucionais reguladores da matéria, ao estabelecer as situações em que a autoridade tributária competente pode ter acesso a informações protegidas por sigilo bancário, independentemente de autorização judicial, e ao disciplinar o procedimento devido, para que, na identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte, sejam respeitados seus direitos e garantias constitucionais. Nesse particular, nada mais faz a lei do que fornecer os meios mediante os quais será possível à administração tributária por em prática a diretriz estampada no art. 145, § 1º, da Constituição.

4.2 Respeito ao princípio da moralidade administrativa

Pode-se dizer que a Lei Complementar nº 105, de 2001, veio para permitir que se ponha fim às situações insustentáveis, paradoxais, relativamente à observância do princípio constitucional da moralidade administrativa, presente no art. 37, *caput*, da Lei Maior.

Inobstante todo o empenho governamental, na ocasião, para aprovar no Congresso Nacional a transferência legítima de informações da CPMF, das instituições financeiras para a Secretaria da Receita Federal, porque são dados de natureza e interesse estritamente tributários, nota-se que o preceito limitador de seu uso passou a funcionar como instrumento de proteção ao sonegador e ao praticante de outros ilícitos tributários repudiados pela sociedade. No período de vigência da CPMF, em que era vedado utilizar suas informações

para fiscalizar outros tributos federais, foi possível ao fisco constatar que os laranjas e os fantasmas vicejavam, com o beneplácito da lei. Assim, uma minoria, constituída de expertos, surrupiava recursos, que, em tese, seriam públicos, pois decorrentes de tributos que deveriam ser declarados e pagos à União, em prejuízo de toda a coletividade. Não é possível imaginar que a Constituição de 1988 tenha pretendido esse resultado.

Hoje, é fácil certificar-se de que a preocupação daqueles que sustentavam a qualquer preço a tese do direito absoluto ao sigilo bancário não se fundava exatamente nesse pretense direito, mas, em verdade, no receio de que o fisco pudesse utilizar os elementos informativos da CPMF ou do extinto Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF) para produzir provas incontestas contra eles, com vistas a exigir-lhes o cumprimento de obrigações tributárias. De fato, concordavam com que o fisco tivesse acesso às informações, só não admitiam que fossem utilizadas para cobrança de outros tributos devidos.

4.3 Respeito ao princípio da razoabilidade

O artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001, condicionou o exame de documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, somente quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Cabe uma análise e aplicabilidade deste dispositivo que prevê a possibilidade de acesso, caso a caso, pelo fisco, a informações sobre operações e serviços de instituições financeiras, não se abordando o art. 5º da referida lei, porque ele, para ser aplicado, depende da edição de ato regulamentar do Poder Executivo, que estabeleça, no mínimo, a periodicidade e o valor de operações bancárias a serem informadas ao fisco.

Ao regulamentar o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, sobre requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal e seus agentes, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas, em conformidade com o art. 1º, §1º e §2º da mencionada lei, o Decreto nº 3.724, de 2001, com vistas a acautelhar direitos dos contribuintes, estabeleceu, de forma direta, todos os casos em

que é indispensável ao fisco examinar registros relativos a operações financeiras, não deixando ao alvitre de agentes da administração tributária federal tal incumbência.

Nesse sentido, enumerou no seu art. 3º, à exaustão, de forma objetiva, as hipóteses em que se consideram indispensáveis os exames fiscais relativos a registros de operações financeiras de terceiros, mantidos em instituições financeiras, exatamente porque os indícios de ilícito tributário, indicados por elementos informativos em poder do fisco, são veementes e constituem casos excepcionais, passíveis de auditoria-fiscal aprofundada, quais sejam:

I - subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, de aquisição ou alienação de bens ou direitos, tendo por base os correspondentes valores de mercado;

II - obtenção de empréstimos de pessoas jurídicas não financeiras ou de pessoas físicas, quando o sujeito passivo deixar de comprovar o efetivo recebimento dos recursos;

III - prática de qualquer operação com pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em país enquadrado nas condições estabelecidas no art. 24 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996 (paraíso fiscal);

IV - omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável;

V - realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível;

VI - remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas;

VII - hipóteses previstas no art. 33 da Lei nº 9.430, de 1996;

VIII - pessoa jurídica enquadrada, no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), nas seguintes situações cadastrais:

a. cancelada;

b. inapta, nos casos previstos no art. 81 da Lei nº 9.430, de 1996;

IX - pessoa física sem inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou com inscrição cancelada;

X - negativa, pelo titular de direito da conta, da titularidade de fato ou da responsabilidade pela movimentação financeira;

XI - presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

Além disso, esclareceu o decreto, nos parágrafos seguintes, constantes do seu art. 3º, as situações que poderiam vir a ser objeto de dúvida na aplicação do dispositivo:

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I a VI, quando as diferenças apuradas não excedam a dez por cento dos valores de mercado ou declarados, conforme o caso.

§ 2º Considera-se indício de interposição de pessoa, para os fins do inciso XI deste artigo, quando:

I - as informações disponíveis, relativas ao sujeito passivo, indicarem movimentação financeira superior a dez vezes a renda disponível declarada ou, na ausência de Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda, o montante anual da movimentação for superior ao estabelecido no inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 1996, alterado pelo art. 4º da Lei nº 9.481, de 13 de agosto de 1997;

II – quando a ficha cadastral do sujeito passivo, na instituição financeira, ou equiparada, contenha:

- a) informações falsas quanto a endereço, rendimentos ou patrimônio;
- b) rendimento inferior a dez por cento do montante anual da movimentação.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica ao procedimento de fiscalização referido no inciso IV do § 4º do artigo anterior.

A fim de que não pairasse qualquer dúvida acerca do atendimento do princípio da razoabilidade, cuidou o Decreto, em seu art. 4º, de exigir, nas hipóteses por ele enumeradas, para que se requisitem informações bancárias, relatório circunstanciado elaborado pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal incumbido da execução do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), dirigido à autoridade administrativo-tributária competente (Coordenador-Geral, Superintendente, Delegado ou Inspetor), em que conste a motivação da proposta de expedição da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF), que satisfaça os requisitos de razoabilidade e indispensabilidade, bem assim demonstre, com precisão e clareza, tratar-se de situação enquadrada em pelo menos uma das hipóteses previstas no art. 3º. A autoridade competente para expedição da RMF examinará o relatório fiscal e decidirá sobre a procedência, ou não, da proposta de requisição de informações bancárias.

Conforme se pode constatar, a requisição de informações sobre operações financeiras jamais poderá ser tida ou utilizada como instrumento de intervenção descabida ou arbitrária, por agentes da Secretaria da Receita Federal, com o propósito de, sorrateiramente, colher informações sobre a intimidade ou privacidade de contribuintes. Consigna, também, o Decreto a certeza de que a requisição de informações jamais poderá ser desprovida de causa provável, ou seja, de indícios veementes de infração à legislação tributária. Garante que o instrumento de flexibilização do sigilo bancário não poderá ser utilizado, pela administração tributária federal, para simplesmente bisbilhotar a vida de quem quer que seja.

Com igual ênfase, institui o Decreto procedimentos assecuratórios de que as informações recebidas de instituições financeiras não se projetarão para áreas alheias à finalidade tributária. Prevê, ainda, mecanismos adequados para tornar efetivamente possível e provável a responsabilização de funcionário que violar as regras do sigilo, nos artigos 7º ao 12. Em suma, o ato regulamentar oferece ao contribuinte a garantia de que a administração tributária federal utilizará as informações obtidas somente para fins fiscais, respeitando, assim, seus direitos e garantias constitucionais.

Não interessa à administração tributária federal saber onde ou em que o contribuinte gastou seu dinheiro. Se efetuou pagamento destinado a custear despesas médicas de certas enfermidades, despesas com pessoas de relações afetivas mais íntimas, nada disso interessa ao fisco. Se a tanto chegasse o interesse fiscal, aí sim, poderia ser discutido se tal intervenção caracterizaria, ou não, intromissão indevida na esfera da intimidade, da privacidade do contribuinte. Mas o que o fisco pretende é apenas conhecer as informações colocadas no mercado, é saber quais valores foram efetivamente movimentados pelo contribuinte, para cotejar esses dados com aqueles declarados ao imposto de renda, com vistas a verificar se as obrigações tributárias estão sendo regularmente cumpridas. O que interessa ao fisco é simplesmente a verdade.

E essas informações não podem ser caracterizadas como de domínio exclusivo da privacidade ou intimidade das pessoas, porque, se o fossem, como poderiam a elas ter acesso o funcionário e os dirigentes de instituição financeira? Como poderiam a elas ter acesso os funcionários e dirigentes do Banco Central do Brasil? Todos teriam que obter prévia autorização judicial para verificá-las, e só assim poderiam desempenhar suas funções ou atividades.

4.4 Observância a outros preceitos constitucionais.

A lei em comento atende, ainda, aos preceptivos constitucionais referentes à justiça fiscal, à igualdade tributária (CF, art. 150, II), à capacidade econômica ou contributiva (CF, art. 145, § 1º) e à livre concorrência (CF, art. 170, IV).

Não seria admissível que poucos privilegiados, pessoas naturais e jurídicas, continuassem a agir, sob o manto protetor do sigilo bancário, direito pretensamente indevassável, com o fito de fugirem de suas obrigações tributárias, deixando recair sobre os que menos renda têm, os mais sacrificados, o ônus de suportarem carga tributária desproporcional à sua capacidade econômica ou contributiva? Seria razoável aceitar que um assalariado, com rendimentos anuais de vinte a trinta mil reais, pagasse mais tributos do que aqueles que auferem renda de um milhão de reais em igual período.

Seria injusto que o cidadão comum, que tem dificuldades de satisfazer suas necessidades básicas e, mesmo assim, pela forma com que obtém seus rendimentos, normalmente provindos do trabalho assalariado, com desconto de imposto de renda na fonte, que paga pontualmente seus tributos, fosse sobretaxado porque a administração tributária federal não pode identificar a ocorrência do fato gerador de tributos que deveriam ser pagos por algumas pessoas físicas e jurídicas do setor empresarial, de profissões liberais e de outros segmentos que lidam com atividades ilícitas, tais como, tráfico de entorpecentes, contrabando, etc.

Seria incorreto a lei permitir que, em nome de um direito supostamente absoluto ao sigilo bancário, determinadas empresas continuassem com suas práticas usuais de reduzir seus preços para restringir a concorrência. Que liberdade de concorrência haveria, se a lei permitisse que empresas concorrentes operassem em condições desiguais, umas pagando impostos, outras não, tudo sob a proteção de um certo direito à intimidade.

4.5 Possibilidade de aplicação retroativa.

A Lei Complementar 105 criou normas procedimentais, isto é, não são de direito material. Em matéria tributária, a Constituição Federal garante a irretroatividade apenas da lei que institua ou majore tributo, mas nada obsta a retroatividade da lei tributária material que não tenha por objeto instituir ou majorar tributo, ou a retroatividade da lei tributária formal (lei que regula o modo pelo qual deve ser realizada a atividade de lançamento).

O § 1º do art. 144 do Código Tributário Nacional é norma tributária de caráter formal, que regula o lançamento enquanto procedimento, e consagra a aplicabilidade imediata da legislação tributária que institua novos critérios de apuração ou de fiscalização, que amplie os poderes de investigação das autoridades administrativas ou que outorgue maiores garantias ou privilégios ao crédito tributário, exceto para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, 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

5 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico é um sistema, composto de várias normas que convivem harmonicamente. O mesmo ocorre no ordenamento jurídico constitucional, onde as normas coexistem harmonicamente, com igual valor, com mesma importância, pois se uma for violada, todo o sistema será violado. Como as normas não estão isoladas, precisam ser vistas como partes integrantes de um sistema. Por isso, em princípio, a nenhum direito constitucional se pode dar o valor de absoluto. São todos relativos, pois convivem harmonicamente uns com os outros, e dependem uns dos outros para manter o ordenamento em equilíbrio. Portanto, também o sigilo bancário, tem valor relativo, se integrando ao sistema.

Como trata-se de um direito individual relativo, o sigilo bancário deve sucumbir frente à interesses maiores, quais sejam: o interesse público, o bem comum da sociedade, a moralidade administrativa, sendo constitucional e necessária a análise das movimentações financeiras pelo Fisco, a fim de se evitar a sonegação fiscal e outros ilícitos. Pois, de maneira alguma, a Constituição Federal pode dar espaço para a prática ou camuflagem de sonegação fiscal ou outros ilícitos.

Vale lembrar que essa análise feita pelo Fisco não trata-se de quebra de sigilo, pois o sigilo não é violado ou transgido. As instituições financeiras repassam dados das movimentações financeiras do contribuinte à Secretaria da Receita Federal, que irá fazer o cruzamento de dados na apuração de supostos ilícitos, mas o sigilo continua mantido, a autoridade fiscal não pode publicar ou divulgar dados da intimidade do contribuinte, até porque isso constitui crime.

Nessa transferência de dados não há quebra de sigilo, a Fazenda apenas conhece das informações. Tal procedimento não fere a inviolabilidade do sigilo, pois se fossemos pensar assim, o próprio conhecimento que os bancos têm das movimentações financeiras já configuraria a violação do sigilo.

Ademais, essa transferência de dados financeiros esta muito bem regulamentada, e não constitui regra, mas exceção. Para ser efetuada deve seguir uma série de requisitos e atender ao princípio do devido processo legal, tanto em seu aspecto material como formal.

Logo, não é possível, sob pena de subversão da própria concepção do direito, admitir-se sigilo bancário absoluto, como derivação do direito de intimidade, quando se sabe que as operações bancárias, mesmo as mais lícitas, envolvem mais de duas pessoas: o cliente, o banco e um terceiro interessado, que no mínimo, é a Fazenda Pública. Isso sem levar em consideração que toda variedade de falcatruas, improbidades e lavagem de dinheiro desenrolam-se nos bancos e são utilizadas para a prática de crimes financeiros.

Conclui-se, portanto, que o STF tem sido coerente ao se posicionar favorável à constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/01, no tocante à utilização pela Secretaria da Receita Federal, independentemente de autorização judicial, de informações bancárias para instruir procedimento fiscal em curso ou processo administrativo instaurado, tendente à constituição de crédito tributário porventura sonegado pelos contribuintes, garantido-se, por óbvio, o devido processo legal e a menor restrição possível aos direitos individuais dos cidadãos fiscalizados.

6 REFERÊNCIAS

LEIS:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11. jan. 2001.

_____. Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2001. Altera o art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direitos de Natureza Financeira – CPMF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2001.

_____. Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 out. 1996.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. (Código Tributário Nacional). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 out. 1966.

_____. Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001. Regulamenta o art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, relativamente à requisição, acesso e uso, pela Secretaria da Receita Federal, de informações referentes a operações e serviços das instituições financeiras e das entidades a elas equiparadas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2001.

LIVROS:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed., São Paulo: Malheiros, 1997

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *apud* Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho. **Reforma Tributária**. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. Ed. São

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada legislação constotucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAVARRO, Sacha Calmon. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

QUEZADO, Paulo. **Quebra do sigilo bancário**. 1. ed. Fortaleza: ABC Fortaleza, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.