

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL
DE INVIOABILIDADE DA PRIVACIDADE E DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL
DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO**

Aldemario Araujo Castro
Procurador da Fazenda Nacional
Corregedor-Geral da Advocacia da União
Professor da Universidade Católica de Brasília - UCB
Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB
Ex-Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional
Ex-Coordenador-Geral da Dívida Ativa da União
Ex-Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em Alagoas
Brasília, 30 de setembro de 2009

I. INTRODUÇÃO

A ordem jurídica brasileira convive com uma peculiar tensão, de natureza inicialmente constitucional, entre a publicidade ou o amplo acesso às informações produzidas nos vários relacionamentos sociais e o sigilo ou restrição ao conhecimento de uma série de dados e fatos vinculados às pessoas naturais e jurídicas e suas atividades.

A tensão aludida assume magnitude mais acentuada quando o olhar do observador recai sobre o funcionamento de uma série de instrumentos e espaços tecnológicos potencializadores do acesso a todo tipo de informação pessoal e organizacional¹. Não é sem razão que alguns falam em “morte da privacidade”.

¹ "Numerati = membros de uma elite da ciência da computação, da matemática, focados em analisar todos os nossos passos em busca de padrões de comportamento que possam prever o que queremos comprar, em quem vamos votar, por quem vamos nos apaixonar, quais doenças teremos .../Todas as áreas da atividade humana - do consumo online e offline às atividades de lazer, passando pelas rotinas de trabalho e estilos de vida - oferecem dados que podem

Nesse cenário mais amplo podem ser localizados os inúmeros e instigantes problemas relacionados com os sigilos bancário e fiscal. Com efeito, são majoritárias e crescentes as manifestações bancárias ou financeiras da vida econômica das pessoas naturais e jurídicas. Por outro lado, a atuação do Poder Público, notadamente na sua vertente tributária, acumula continuamente um enorme conjunto de dados e informações sobre os negócios e a situação econômico-financeira dos contribuintes.

Portanto, o trabalho de delimitação jurídica ou definição da extensão dos sigilos bancário e fiscal reveste-se de importância especial. Os espaços de resguardo dos dados e informações, as hipóteses de acesso, as vias institucionais de conhecimento e o tratamento quanto à guarda e compartilhamento de dados e informações críticas devem, em nome da segurança jurídica e do direito fundamental da inviolabilidade da privacidade, ser especificados com o mínimo de precisão. Tudo isso sem esquecer ou desconsiderar os inúmeros interesses, valores e visões em conflito em torno desses temas.

II. DO SIGILO FISCAL

II.1. Dificuldades e caminhos para a delimitação da extensão

Entre os vários mitos presentes no seio da Administração Tributária assume peculiar relevo a forma de tratamento do sigilo fiscal². Invariavelmente,

ser armazenados, cruzados e exaustivamente analisados em busca de informações que políticos, profissionais de marketing e do comércio ou instituições podem usar para tornar as suas atividades mais eficazes". Apresentação do livro NUMERATI de Stephen Baker.

² A palavra "mito" é aqui utilizada com o sentido de "idéia falsa". Outro mito corrente no seio da Administração Tributária consiste na absoluta intangibilidade do contribuinte e seus débitos tão-somente em função da propositura de ação judicial contra o Fisco.

aponta-se como protegida pelo referido sigilo toda e qualquer informação manuseada pelo Fisco que diga respeito direta ou indiretamente a determinada pessoa natural ou jurídica. Tal posição decorre, aparentemente, de uma interpretação imperfeita, embora corrente, do disposto no art. 198 do Código Tributário Nacional. Não raro empresta-se ao dispositivo em questão uma extensão não condizente com seus próprios termos e com o conjunto da ordem jurídica em vigor.

É certo que o tema “sigilo fiscal” não encontrou na doutrina e na jurisprudência uma delimitação mais precisa. Talvez por essa razão identifica-se aquela tendência interpretativa por parte dos diversos agentes integrantes dos órgãos da Administração Tributária.

A forma mais segura de se buscar a delimitação do instituto do “sigilo fiscal” consiste em pesquisar na ordem jurídica como um todo seus elementos balizadores. Em regra, a interpretação sistemática apresenta-se como o método hermenêutico mais rico, viabilizador, por excelência, da construção da melhor solução jurídica para fixação do conteúdo, do sentido e do alcance da norma jurídica³. No caso particular da tentativa de fixar a inteligência da regra do “sigilo fiscal”, tal como posta no Código Tributário Nacional, a interpretação sistemática aparentemente é o único caminho seguro a ser trilhado. Com efeito, parte da proteção propiciada pelo sigilo fiscal não deixa de ser, sob certo aspecto, um desdobramento do direito constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Por outro lado, são incontáveis as normas infraconstitucionais que tratam, das mais diversas formas, do acesso e da restrição a vários dados e informações das pessoas naturais e das empresas.

³ “As normas - sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais - não podem ser interpretadas isoladamente. A boa hermenêutica nos aconselha uma interpretação conjunta.” (Ministro Adhemar Maciel. REsp n. 7.517). “O art. 98, do CTN, há de ser interpretado com base no panorama jurídico imposto pelo novo Sistema Tributário Nacional.” (Ministro José Delgado. REsp n. 90.871).

II.2. Legislação relacionada

A matriz legal para abordagem do tema, como ressaltado, está incrustada no art. 198 do Código Tributário Nacional. O dispositivo apresenta o seguinte formato, já com as mudanças operadas pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001:

“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.

§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 a informação, por prática de infração administrativa.

§2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a

transferência e assegure a preservação do sigilo.

§3º Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.”

Destacam-se, ainda, como extremamente relevantes para a delimitação da abrangência do sigilo fiscal, as seguintes regras constitucionais e infraconstitucionais:

a) art. 5º, inciso X, da Constituição Federal (“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”);

b) art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal (“a propriedade atenderá a sua função social”);

c) art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal (“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”);

d) art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal (“são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a

obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”);

e) art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal (“a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”). Esse comando inserido na Lei Maior tem viabilizado o entendimento, amplamente sufragado, de que o ajuizamento da execução fiscal publiciza a dívida em cobrança;

f) art. 170 (“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”);

g) art. 15, §1º, da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997⁴ (publicação pela imprensa de edital intimando os devedores de títulos protestados);

h) arts. 176 e 289 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (“Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão

⁴ “Art. 14. Protocolizado o título ou documento de dívida, o Tabelião de Protesto expedirá a intimação ao devedor, no endereço fornecido pelo apresentante do título ou documento, considerando-se cumprida quando comprovada a sua entrega no mesmo endereço./§1º A remessa da intimação poderá ser feita por portador do próprio tabelião, ou por qualquer outro meio, desde que o recebimento fique assegurado e comprovado através de protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento equivalente./§2º A intimação deverá conter nome e endereço do devedor, elementos de identificação do título ou documento de dívida, e prazo limite para cumprimento da obrigação no Tabelionato, bem como número do protocolo e valor a ser pago./Art. 15. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante./§1º O edital será afixado no Tabelionato de Protesto e publicado pela imprensa local onde houver jornal de circulação diária./§2º Aquele que fornecer endereço incorreto, agindo de má-fé, responderá por perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções civis, administrativas ou penais”.

expressar com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício: I - balanço patrimonial; II - demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados; III - demonstração do resultado do exercício; e IV - demonstração das origens e aplicações de recursos. §1º As demonstrações de cada exercício serão publicadas com a indicação dos valores correspondentes das demonstrações do exercício anterior.”/”Art. 289. As publicações ordenadas pela presente Lei serão feitas no órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a sede da companhia, e em outro jornal de grande circulação editado na localidade em que está situada a sede da companhia.”);

i) art. 80 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996⁵ (caracteriza a “empresa inapta”, por não apresentação de declarações fiscais, não localização ou não existência de fato, e dispõe sobre a publicidade da relação nominal das pessoas jurídicas consideradas inaptas). A legislação estabelece que não produzirá efeitos tributários o documento emitido por empresa declarada inapta, salvo comprovação, pelo interessado, da efetivação do pagamento e recebimento dos bens, direitos, mercadorias ou serviços correspondentes;

⁵ “Art. 80. As pessoas jurídicas que, embora obrigadas, deixarem de apresentar a declaração anual de imposto de renda por cinco ou mais exercícios, terão sua inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes considerada inapta se, intimadas por edital, não regularizarem sua situação no prazo de sessenta dias contado da data da publicação da intimação./§1º No edital de intimação, que será publicado no Diário Oficial da União, as pessoas jurídicas serão identificadas apenas pelos respectivos números de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes./§2º Após decorridos noventa dias da publicação do edital de intimação, a Secretaria da Receita Federal fará publicar no Diário Oficial da União a relação nominal das pessoas jurídicas que houverem regularizado sua situação, tornando-se automaticamente inaptas, na data da publicação, as inscrições das pessoas jurídicas que não tenham providenciado a regularização./§3º A Secretaria da Receita Federal manterá nas suas diversas unidades, para consulta pelos interessados, relação nominal das pessoas jurídicas cujas inscrições no Cadastro Geral de Contribuintes tenham sido consideradas inaptas./Art. 81. Poderá, ainda, ser declarada inapta, nos termos e condições definidos em ato do Ministro da Fazenda, a inscrição da pessoa jurídica que deixar de apresentar a declaração anual de imposto de renda em um ou mais exercícios e não for localizada no endereço informado à Secretaria da Receita Federal, bem como daquela que não exista de fato./§1º Será também declarada inapta a inscrição da pessoa jurídica que não comprove a origem, a disponibilidade e a efetiva transferência, se for o caso, dos recursos empregados em operações de comércio exterior./§2º Para fins do disposto no §1º, a comprovação da origem de recursos provenientes do exterior dar-se-á mediante, cumulativamente: I - prova do regular fechamento da operação de câmbio, inclusive com a identificação da instituição financeira no exterior encarregada da remessa dos recursos para o País; II - identificação do remetente dos recursos, assim entendido como a pessoa física ou jurídica titular dos recursos remetidos./§3º No caso de o remetente referido no inciso II do §2º ser pessoa jurídica deverão ser também identificados os integrantes de seus quadros societário e gerencial./§4º O disposto nos §§2º e 3º aplica-se, também, na hipótese de que trata o §2º do art. 23 do Decreto-Lei no 1.455, de 7 de abril de 1976./Art. 82. Além das demais hipóteses de inidoneidade de documentos previstos na legislação, não produzirá efeitos tributários em favor de terceiros interessados, o documento emitido por pessoa jurídica cuja inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes tenha sido considerada ou declarada inapta./Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que o adquirente de bens, direitos e mercadorias ou o tomador de serviços comprovarem a efetivação do pagamento do preço respectivo e o recebimento dos bens, direitos e mercadorias ou utilização dos serviços.”

j) art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 (“§3º Não constitui violação do dever de sigilo: I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil; III – o fornecimento das informações de que trata o §2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996; IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa; V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados; VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar”);

k) art. 11 do Decreto-Lei nº 1.893, de 16 de dezembro de 1981 (“O Registro da Dívida Ativa da União é público, dele podendo ser extraídas as certidões negativas ou positivas, requeridas por qualquer pessoa, física ou jurídica, para defesa de direitos ou esclarecimentos de situações”).

O apanhado de normas aqui realizado, que decididamente não esgota a produção legislativa direta e indiretamente relacionada com a matéria, fornece os elementos necessários para a demarcação do campo de abrangência do sigilo fiscal. São os valores e vetores interpretativos, deduzidos do trabalho do legislador, que permitem, com um mínimo de segurança, afastando raciocínios arbitrários e meramente subjetivos, desbravar os caminhos deste instigante tema.

II.3. Extensão do sigilo fiscal

As primeiras considerações a serem realizadas dizem respeito ao

status parcialmente constitucional do sigilo fiscal como desdobramento dos direitos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Nesse sentido, a adequada compreensão do objeto da proteção constitucional da intimidade e da vida privada apresenta-se como antecedente lógico e de verificação necessária para o debate em torno do sigilo fiscal.

A Constituição “não protege” a chamada “vida pública”. Assim, as informações decorrentes das relações pessoais processadas em espaço público, tais como o trabalho e a escola, onde os demais sujeitos relacionados não são, em regra, eleitos ou escolhidos pelo indivíduo, não são destinatárias da proteção constitucional.

Por outro lado, o Texto Maior veicula importantíssima proteção à intimidade, entendida como uma esfera pessoal de segredo, como um espaço individual impenetrável por terceiros, quaisquer que sejam os terceiros. São dados ou informações que dizem respeito única e exclusivamente a cada indivíduo destinatário do direito constitucional. Nesse espaço podem ser encontrados, como meras exemplificações, memórias, projetos, aspirações, desejos, intenções, recordações, diários, anotações pessoais, entre outros.

A proteção constitucional também se estende para um plano intermediário entre a intimidade e a vida pública: a vida privada. Aqui se cogita, em regra, dos dados ou informações surgidos a partir de relações estabelecidas entre o indivíduo e terceiros por aquele escolhidos (familiares e amigos mais próximos). Tratam-se de relações, aspirações e lembranças familiares, projetos comuns com amigos, iniciativas no âmbito de grupos informalmente fechados, entre outros.

Assim, todas as vezes que a Administração Tributária, no estrito e regular exercício de suas competências ou atribuições, identificar, localizar ou conseguir dados ou informações enquadráveis como elementos da intimidade ou da vida privada de pessoas naturais ou empresas deverá mantê-las (também) sob sigilo (fiscal). Afinal, um dos

sentidos do sigilo fiscal consiste em resguardar, no seio da Administração Pública, com vistas a prestigiar direito fundamental inscrito na Constituição, os elementos de intimidade e de vida privada de terceiros.

Vale consignar que a noção de vida privada, pelo menos, abrange as empresas (ou pessoas jurídicas). Não há como negar que as formas específicas de organização e administração, modelos de negócios e outros elementos nessa linha não são dados ou informações públicas e, por conseguinte, não são acessíveis a terceiros⁶.

Por outro lado, verifica-se, sem maiores dificuldades, a partir dos elementos legislativos antes destacados, que a publicidade do registro de débitos e mesmo da situação econômico-financeira de pessoas físicas e jurídicas em vários casos é perfeitamente lícita (item “e”, por exemplo). Em algumas situações chega a ser cogente ou obrigatória a divulgação ou publicidade da existência de dívidas e da situação econômico-financeira de pessoas naturais e empresas (itens “g”, “h” e “i”, por exemplo).

A divulgação, possível ou cogente, de dívidas e da situação econômico-financeira, notadamente de empresas, está em perfeita consonância com a diretriz constitucional de que a propriedade (ou atividade econômica) atenderá a sua função social. Com efeito, considerando as múltiplas relações sociais mantidas pelas empresas, envolvendo os fornecedores, os consumidores, o Fisco (tributação para financiamento das ações de interesse público), entre outros, não seria razoável que a saudável continuidade da atividade econômica, de interesse desses terceiros, fosse algo destinado ao mundo das sombras ou do desconhecido.

A divulgação, salvo exceções (itens “h” e “i”, por exemplo), não significa ampla publicidade ou disponibilidade dos dados ou informações fiscais para

⁶ Nessa linha foi a manifestação do Ministro Ilmar Galvão na Ação Penal n. 307-3-DF: “Aliás, nos tempos modernos, em que todos os trabalhos datilográficos das empresas é realizado por meio de digitação, a invasão da memória dos computadores implica fatalmente a quebra do sigilo não apenas de dados em geral, desde os relativos a simples agenda até os relacionados a fórmulas e cálculos, mas também de toda correspondência, epistolar e telegráfica, em relação aos quais o manto constitucional é de natureza absoluta, já que não deixou espaço reservado ao trabalho normativo do legislador ordinário, como se fez com as comunicações telefônicas. (...) estava diante de dados estritamente particulares, cuja disponibilidade não era compartilhada senão pelos titulares da empresa (...)”.

qualquer pessoa, com qualquer objetivo. A divulgação válida juridicamente é aquela realizada para aquele que demonstre legítimo interesse jurídico (critério decorrente do “discurso” constitucional previsto no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV). Em outras palavras, é possível prestar informações fiscais para aquele que exercitará, com e a partir da informação, um direito consagrado na ordem jurídica em vigor. Nesse sentido, é o comando inserto no art. 11 do Decreto-Lei nº 1.893, de 1981 (item “I”), quanto à Dívida Ativa da União, consagrado pela Lei Complementar nº 104, de 2001, ao modificar os termos do art. 198 do Código Tributário Nacional. Alguns exemplos podem ser figurados. O licitante pode obter informações acerca da existência de dívidas do concorrente (para eventual inabilitação daquele, por conta do disposto nos arts. 27, 29 e 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993). O adquirente de bens pode levantar o eventual rol de dívidas em nome do alienante (para não incorrer nas conseqüências da responsabilidade tributária por sucessão inscrita no art. 131, inciso I, do CTN, ou da fraude à execução, prevista no art. 185 do mesmo CTN).

A entrega da informação fiscal para aquele que demonstre legítimo interesse jurídico encontra fundamento no art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, da Constituição Federal, como ressaltado, e, importa sublinhar, na ausência de direitos absolutos⁷. Com efeito, a eventual tensão entre a manutenção da informação fiscal em sigilo e o seu conhecimento estrito para exercício de direito consagrado na ordem jurídica, resolve-se pela entrega ou fornecimento da informação para aquele fim específico, sendo punidos, na forma própria, os abusos acaso cometidos⁸.

O manuseio de dados ou informações fiscais de terceiros para o exercício de legítimo interesse jurídico ganha foros de fundamental importância quando se trata de desempenho de atribuições institucionais. Flagra-se, nesses casos, a

⁷ “Modernamente, os direitos não são absolutos, sendo o seu exercício limitado à sua função social e econômica.” (Ricardo Lodi Ribeiro. O abuso de direito no planejamento fiscal e a cláusula geral antielisiva em Mini Reforma Tributária - Reflexões sobre a Lei no 10.637/2002. Mandamentos Editora. 2003. Pág. 332). Nesse rumo, não vislumbramos a realização de função social na manutenção do direito de sigilo em detrimento do exercício de direito de terceiro expressamente previsto na ordem jurídica.

⁸

Caracteriza-se como ato ilícito (“quebra ilícita”) a divulgação, mediante repasse ou acesso amplo, notadamente pela imprensa, de dado ou informação sigilosa por qualquer pessoa que detenha de forma legítima o dado ou informação.

materialização do princípio da supremacia do interesse público consistente na apuração e punição de ilícitos, realização da isonomia tributária, entre outros fins altamente nobres⁹. Com efeito, não há como recusar a prestação de informações para instruir: a) inquérito policial devidamente instaurado; b) investigação e denúncia a ser formulada pelo Ministério Público; c) processo administrativo disciplinar, em sentido amplo, devidamente instaurado pela autoridade competente; d) troca de informações de interesse fiscalizatório ou arrecadatário entre as Administrações Tributárias ou e) procedimento administrativo de localização de bens e direitos para efeito de recuperação judicial de créditos públicos não pagos.

Não parece aceitável, por outro lado, a iniciativa da Administração Tributária de publicar ou divulgar amplamente listas de devedores. A referida conduta não estaria em consonância com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, notadamente quanto ao critério da adequação ou conformidade. Afinal, a dita publicidade não concorreria para a realização da finalidade legal de recuperação dos créditos, antes para criar uma situação desnecessária de tensão e constrangimento¹⁰.

II.4. Quebra e transferência do sigilo fiscal

A ordem jurídica em vigor consagra explicitamente, no tocante a

9 9

“A competência do Ministério Público no concernente à requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da Administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe, a Lei Maior, à disposição, instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas. (...) resulta, daí, que as suas atividades (do Ministério Público) se revestem de interesse público relevante - oponível a qualquer outro - que deve ser cuidado com previdência, eis que a outorga desse poder constitui reflexo de suas prerrogativas institucionais. (...) É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito qualquer autoridade opor-lhe tal exceção.” (STJ. 1ª. Seção. Mandado de Segurança n. 5.370-DF. Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Julgado em 12 de novembro de 1997).

¹⁰ “RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO-FISCAL. ART. 198 - CTN. I - Não se admite, na forma da lei, a qualquer pretexto, a divulgação pública da situação econômica-financeira dos sujeitos passivos em relação a Fazenda Pública. II - Tal ato, cometido pelo Poder Público, tem conotação execrante ou de descrédito, não admitido pela lei. III - Recurso conhecido e provido”. (STJ. 1ª. Turma. ROMS no 800-GO. Relator Ministro Pedro Acioli. Julgado em 10 de abril de 1991).

entrega ou liberação de dados ou informações sigilosas para terceiros, as figuras da quebra e da transferência. O art. 1º, §4º, da Lei Complementar nº 105, de 2001, menciona expressamente a quebra do sigilo bancário para apuração da ocorrência de qualquer ilícito¹¹. Já o art. 5º, §2º, do mesmo diploma legal, trata explicitamente da transferência de informações bancárias sigilosas¹². Não há razões plausíveis para que as figuras mencionadas não sejam aplicáveis no âmbito do sigilo fiscal. No caso da transferência, o art. 198, §2º, do Código Tributário Nacional, conforme redação ofertada pela Lei Complementar nº 104, de 2001, mencionada expressamente o expediente.

Identificam-se, assim, três possibilidades de entrega de dados ou informações fiscais para terceiros: a) quebra ilícita; b) quebra lícita e c) transferência.

No caso de quebra ilícita entrega-se a terceiro informação sigilosa desinteressante (juridicamente) para o terceiro (como aquelas qualificadas constitucionalmente como relacionadas com a intimidade ou a vida privada) ou entrega-se informação sem substrato em interesse jurídico legítimo. A quebra lícita significa a entrega a terceiro de informação fiscal com base em demonstração de interesse jurídico legítimo (decorrente de direito demonstrado). Por fim, a transferência implica na entrega de informações fiscais para o exercício de atribuições institucionais consagradas na ordem jurídica, afastada a possibilidade de uso diverso e divulgação para terceiros (art. 198, §2º, do Código Tributário Nacional).

Seria mais apropriado, em linha de divergência com o discurso do legislador, denominar as três figuras de: a) quebra (para as ocorrências ilícitas); b) acesso (para as situações consonantes com a legalidade) e c) transferência (com conteúdo

¹¹ 1

“§4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante seqüestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa.”

¹² 1

“§2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão 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.”

idêntico ao já referido). Com efeito, o termo “quebra” veicula a noção de uso de força ou violência, além de possuir a acepção de infração, transgressão ou violação.

III. DO SIGILO BANCÁRIO

III.1. Panorama atual

Com a edição da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, o debate acerca do sigilo bancário assumiu proporções não experimentadas anteriormente. Pelo menos três ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal perseguindo o afastamento da ordem jurídica nacional de vários dispositivos do citado diploma legal¹³.

De um lado, a então Secretaria da Receita Federal divulgou dados estarrecedores¹⁴, tais como:

a) 62 pessoas físicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 11,03 bilhões;

b) 139 pessoas físicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 10 milhões, totalizando R\$ 28,92 bilhões;

¹³ Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 2386, 2390 e 2397.

¹⁴ Informação para a imprensa nº 123, de 2000. Secretaria da Receita Federal. Análise estatística do cruzamento de informações da CPMF e do Imposto de Renda.

c) 45 pessoas jurídicas incluídas no SIMPLES (pressupõe receita bruta anual inferior a R\$ 120 mil) tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 53,21 bilhões;

d) 46 pessoas jurídicas que declararam perante a Receita Federal suas condições de isentas de imposto de renda tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 18,39 bilhões;

e) 139 pessoas jurídicas omissas perante a Receita Federal tiveram movimentação financeira anual acima de R\$ 100 milhões, totalizando R\$ 70,96 bilhões.

Ainda nessa linha, existe um nítido movimento internacional no sentido da flexibilização do sigilo bancário sem intermediação do Poder Judiciário. As razões justificadoras dessa tendência, envolvendo países como os Estados Unidos¹⁵, a Espanha¹⁶, a França¹⁷, a Bélgica¹⁸, a Holanda¹⁹, entre outros, repousam na necessidade de com-

¹⁵ "Os Estados Unidos são o protótipo do Estado Liberal, entretanto, por questões fiscais, toda a operação bancária que envolva quantia superior a US\$ 10.000,00 (dez mil dólares) deve ser imediatamente comunicada ao Tesouro." (ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 99)

¹⁶ "Na Espanha os Bancos são obrigados a encaminhar ao Ministério da Fazenda, no início do ano, a relação de suas contas correntes e valores mobiliários, além de prestar outras informações necessárias para fins de tributação." (ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 105)

¹⁷ "Na França, o Código Geral de Impostos e outras leis permitem que os agentes fiscais franceses tenham acesso a documentos confidenciais em poder das empresas privadas, como Bancos e estabelecimentos congêneres, sendo vedado, nos termos do art. 2.006, revelar a terceiros as informações obtidas a respeito da situação patrimonial do contribuinte." (ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 104)

¹⁸ "Na Bélgica, a Lei de 20.11.62, que procedeu a reforma tributária, outorgou à administração a faculdade de requisitar informações às instituições financeiras sobre a situação econômica, operações realizadas e saldo das contas dos contribuintes. Existe também a Lei de 06.10.44 que obriga os Bancos a comunicarem, por lista nominal, ao Banco Nacional e à Comissão Bancária todos os créditos e empréstimos no valor igual ou superior a um milhão de francos. Também na Alemanha o sigilo bancário desaparece ante as autoridades fiscais." (ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 104)

¹⁹ "Na Holanda, a situação é semelhante. A Lei Geral de Contribuições ao Estado, de 02.07.59, dispõe expressamente que os Bancos não podem opor-se ao fornecimento de informações ao fisco." (ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. Curitiba: Juruá Editora, 2001, p. 104)

bate à lavagem de dinheiro oriundo de práticas criminosas²⁰ e de viabilização, em novos patamares, da fiscalização e arrecadação tributárias.

Por outro lado, importantes vozes do empresariado e dos meios jurídicos manifestaram veemente irresignação contra o que seria a "quebra" do sigilo bancário em afronta aos direitos de intimidade, vida privada e sigilo de dados, todos consagrados na Constituição (art. 5º, incisos X e XII)²¹.

Percebe-se, como afirmado no início deste escrito, que aqui, no trato do sigilo bancário, assim com ali, no trato do sigilo fiscal, o debate gira em torno, essencialmente, do direito fundamental à privacidade e de sua extensão, notadamente diante de certos interesses públicos, em particular o desenvolvimento das atividades fiscalizatórias e arrecadatórias do Estado e o combate à criminalidade.

III.2. O sigilo bancário e a inviolabilidade de dados

Uma das primeiras objeções levantadas contra o acesso aos dados das movimentações bancárias foi construída a partir do sigilo de dados (art. 5º, inciso XII da Constituição). Refuta-se, com acerto, que a Carta Magna inviabiliza a interceptação

²⁰ Segundo estimativas das Nações Unidas, o comércio mundial de drogas ilegais atinge US\$ 500 bilhões anuais gerando um gigantesco movimento de lavagem financeira de dinheiro que envolve mais de 1 milhão de empresas-laranja. Já segundo o FMI, cerca de 8% das transações financeiras internacionais são realizadas com dinheiro proveniente da economia ilegal.

²¹ 2

"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: (...) 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;"

da comunicação de dados, mas não proíbe o acesso aos dados em si, desde que seja empregado o procedimento adequado para conhecimento das informações²².

Prevalendo uma interpretação literal do dispositivo em questão, não seria possível acessar qualquer tipo de informação (não só bancária ou fiscal), mesmo com intervenção judicial, somente necessária e possível para afastar a inviolabilidade nos casos de comunicação telefônica.

Nessa curiosa e inusitada linha de raciocínio, todo e qualquer dado, em qualquer meio ou veículo, estaria imune ao conhecimento alheio (do Estado-Juiz, do Estado-Polícia, do Estado-Fisco ou de quem quer que seja). Trata-se de uma conclusão absurda, que deve ser afastada do palco dos debates. Uma das mais insólitas conseqüências dessa definição, para explicitar somente uma, seria a impossibilidade do Fisco conhecer de livros e documentos fiscais nos estabelecimentos dos contribuintes por estar transgredindo a suposta inviolabilidade dos dados, referidos genericamente pela norma, sem qualquer restrição quanto à natureza, qualidade ou local de armazenamento.

III.3. O sigilo bancário e a privacidade

22 2

"Não entendo que se cuide de garantia com status constitucional. Não se trata da 'intimidade' protegida no inciso X do art. 5^o da Constituição Federal. Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao Poder Judiciário, é a comunicação 'de dados' e não os 'dados', o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse". Trecho do voto do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no Mandado de Segurança n^o21.429-4-DF. "Passa-se, aqui, que o inciso XII não está tornando inviolável o dado da correspondência, da comunicação, do telegrama. Ele está proibindo a interceptação da comunicação dos dados, não dos resultados. Essa é a razão pela qual a única interceptação que se permite é a telefônica, pois é a única a não deixar vestígios, ao passo que nas comunicações por correspondência telegráfica e de dados é proibida a interceptação porque os dados remanescem; eles não são rigorosamente sigilosos, dependem da interpretação infraconstitucional para poderem ser abertos. O que é vedado de forma absoluta é a interceptação da comunicação da correspondência, do telegrama. Por que a Constituição permitiu a interceptação da Comunicação telefônica? Para manter os dados, já que é a única em que, esgotando-se a comunicação, desaparecem os dados. Nas demais, não se permite porque os dados remanescem, ficam no computador, nas correspondências etc". Trecho do voto do Ministro NELSON JOBIM no Recurso Extraordinário n^o219.780-PE.

O âmago dos debates acerca da preservação do sigilo bancário gira em torno dos direitos  incolumidade da intimidade e da vida privada (art. 5, inciso X, da Constituição). Curiosamente, as manifestações contrárias  dita "quebra" do sigilo bancário não se detém na análise e demonstração de como o conhecimento de operações bancárias ou financeiras efetivamente afronta os direitos ou garantias antes referidos.

Com efeito, em algumas operações ou situações de natureza financeira seria possível identificar traços ou elementos reveladores da forma de vida, costumes, preferências ou planos das pessoas (esfera de sua conduta e modo de ser não realizada perante a comunidade). Os destinatários de pagamentos ou a origem de recursos, por exemplo, podem indicar o estilo de vida e as relações pessoais de determinado cidadão.

Entretanto, na maior parte das operações bancárias ou financeiras não existe nenhuma, por menor que seja, possibilidade de conhecimento da esfera da vida privada e intimidade de alguém. Alguns exemplos são esclarecedores: a) depósito  vista realizado pelo próprio titular da conta; b) resgate em conta de depósito realizado pelo próprio titular da conta; c) aplicação em fundo de investimento e d) aquisições de moeda estrangeira. Nesses casos, eventos isolados, objetivos, padrões comerciais impessoais, emerge, são e somente são, um dado contábil ou quantitativo.

Assim, se de um lado não assiste razão aos que sustentam não ser o tema constitucional²³; de outra banda, também não  possível afirmar ser o tema completamente ou integralmente constitucional. É correto consignar, isto sim, que certas e determinadas operações podem, em função de sua conformação, revelar ou indicar aspectos do modo de vida de alguém. Entretanto, mesmo essas operações somente viabilizam esse conhecimento quando vistas além do mero dado quantitativo. Nesse círculo limitado,

²³"A quebra do sigilo bancário não afronta o artigo 5.-X e XII da Constituição Federal (Precedente: PET. 577)". STF. Pleno. Agravo Regimental em Inquérito no897-DF. Relator Ministro FRANCISCO REZEK./"Parece-me, antes de qualquer coisa que a questão jurídica trazida à Corte neste mandado de segurança não tem estrutura constitucional. Tudo quanto se estampa na própria Carta de 1988 são normas que abrem espaço ao tratamento de determinados temas pela legislação complementar. É neste terreno, pois, e não daquele da Constituição da República, que se consagra o instituto do sigilo bancário - do qual se repetiu ad nauseam, neste país e noutros, que não tem caráter absoluto". Trecho do voto do Ministro FRANCISCO REZEK no Mandado de Segurança no21.429-4-DF.

do dado meramente contábil, não há espaço para invasão da intimidade ou privacidade. Um débito em conta corrente, a título de ilustração, tanto pode ter sido realizado para viabilizar uma doação a um moribundo quanto para remunerar o autor material de um crime. O dado numérico em si nada revela em relação ao detentor da conta bancária.

Verifica-se, portanto, a inafastável necessidade de confrontar cada tipo de operação bancária ou financeira com os direitos à intimidade e vida privada. Somente o aspecto qualitativo de cada uma delas, até porque o dado numérico ou contábil em si não revela costumes ou preferências pessoais, poderá ter relação com os direitos inscritos na Constituição. A conclusão irrecusável, a partir da análise proposta, aponta para:

a) ausência de invasão da intimidade ou vida privada nas operações isoladas, objetivas e impessoais;

b) ausência de violação da intimidade ou vida privada nas operações que envolvem terceiros quando conhecido tão-somente o dado numérico ou contábil nela presente;

c) possibilidade de ingresso em indicadores da intimidade e vida privada de alguém nas operações que envolvem terceiros quando conhecido o "lado" qualitativo nelas presentes.

Nessa linha de raciocínio, a regra do art. 5º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não pode ser inquinada de inconstitucional²⁴. Como as operações bancá-

²⁴ "Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços./§ 1º Consideram-se operações financeiras, para os efeitos deste artigo: I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V – contratos de mútuo; VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII – aplicações em fundos de investimentos; IX – aquisições de moeda estrangeira; X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII – operações com ouro, ativo financeiro; XIII - operações com cartão de crédito; XIV - operações de arrendamento mercantil; e XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente./§2º As informações transferidas na forma do *caput* deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados,

rias são comunicadas ao Fisco em "... *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*", conforme cláusula explícita naquele comando legal, não subsiste a menor possibilidade de invasão da intimidade ou vida privada das pessoas com o conhecimento tão-somente de valores, de dados numéricos, frias quantidades.

Toda discussão envolvendo a intimidade e vida privada de pessoas não pode fugir da análise cuidadosa da existência e extensão, se for o caso, desses direitos para as empresas. Observe-se que a Constituição exige autorização judicial para a busca domiciliar (art. 5º, inciso XI)²⁵. Por outro lado, não subsiste dúvida quanto à possibilidade do Fisco realizar, por sua iniciativa exclusiva e independentemente de autorização, diligências e verificações no ambiente físico dos estabelecimentos empresariais. Portanto, a diferença é flagrante. Admitindo, como se admite, a manifestação de vida privada nas pessoas jurídicas, consistindo em práticas comerciais específicas, padrões organizatórios, e outros nesse rumo, não se pode dar a essas o mesmo *status* e proteção jurídica da vida privada das pessoas naturais. No sentido dessas considerações, há notícia de que o Tribunal Constitucional espanhol distingue a intimidade pessoal da intimidade econômica.

Importa ainda ressaltar que o conhecimento das operações bancárias pelo Fisco não significa quebra (ilícita) do sigilo bancário. A idéia de quebra (ilícita) está relacionada com a comunicação ou informação prestada a terceiros, de forma ampla, dos dados protegidos. Não há quebra (ilícita) quando as informações são transferidas, por razões juridicamente aceitáveis, com a manutenção do traço sigiloso por parte do novo conhecedor. Assim, quando o Fisco toma conhecimento de informações financeiras dos contribuintes não o faz com o intuito ou com o fim de divulgá-las para terceiros. Pelo contrário,

vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados./§3º Não se incluem entre as informações de que trata este artigo as operações financeiras efetuadas pelas administrações direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios./§4º Recebidas as informações de que trata este artigo, se detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos./§5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor."

²⁵ 2

"XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;"

todos os agentes fiscais estão obrigados a resguardar as informações manuseadas sob pena responsabilidade penal e administrativa.

Nesse ponto é preciso tratar da chamada *reserva constitucional de jurisdição*. Esse seria um postulado no sentido da submissão de determinadas decisões ao âmbito exclusivo de ação dos magistrados. Vários juristas inserem o conhecimento de informações bancárias ou financeiras na referida reserva constitucional. Tal inserção, no entanto, não se sustenta, sequer resistindo ao crivo da análise a partir do próprio texto constitucional e do sistema jurídico por ele inaugurado.

Com efeito, a ordem jurídica pátria estabelece que o Poder Judiciário será competente para apreciar ameaças e lesões a direitos. Assim, em regra, o juiz será chamado para apreciar atos já praticados (mesmo no caso de ameaça, atos indicadores de uma provável lesão de direitos). Não subsiste como atividade normal do magistrado autorizar a prática de atos. Entretanto, para algumas matérias o constituinte entendeu necessária a autorização judicial, dada a relevância dos bens jurídicos envolvidos. Assim, identifica-se a necessidade de prévia manifestação judicial para: a) busca domiciliar (art. 5º, inciso XI); b) interceptação de comunicações telefônicas (art. 5º, inciso XII) e c) prisão, fora do flagrante (art. 5º, inciso LXI). Nesses casos, a Constituição expressamente exige a intervenção judicial preliminar. Esse aspecto, sublinhe-se, é fundamental. A reserva constitucional de jurisdição reclama explícita menção, na medida em que foge aos parâmetros normais da atuação judicial²⁶. Em assim sendo, não definiu o constituinte a necessidade de autorização judicial, e somente judicial, para acesso às informações bancárias e financeiras do contri-

²⁶ "O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, **por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política**, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais'. A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - **que incide sobre determinadas matérias**, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, **nesses temas específicos**, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado." Destacamos. STF. Pleno. Mandado de Segurança nº 23.452-RJ. Relator Ministro CELSO DE MELLO.

buinte. Ao contrário, a Constituição foi explícita em viabilizar o acesso do Fisco ao patrimônio, aos rendimentos e às atividades econômicas do contribuinte (art. 145, §1º).

A cláusula final do art. 145, §1º, da Constituição, não reforça a inacessibilidade aos dados bancários ou financeiros, como querem alguns. As expressões "*... respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, ...*" procuram resguardar o contribuinte em dois sentidos: a) para as informações relacionadas com sua vida privada, em relação à não divulgação ou conhecimento amplo das mesmas e b) na fixação de regras de organização e procedimento das ações fiscais quando voltadas para identificação de manifestações econômicas tributáveis.

Mas as vozes irredutíveis insistem em que o Fisco não pode conhecer essas informações. Afirmam, reafirmam, teimam que o acesso às informações financeiras pela Administração Tributária seria o mais claro e nítido caso de "quebra indevida" do sigilo bancário. Vamos admitir essa premissa como verdade, embora não o seja, para efeito de argumentação. Mesmo assim o Fisco teria o poder, e o dever, de pesquisar a vida financeira dos contribuintes. Tal possibilidade está consagrada, como destacado, explicitamente no art. 145, §1º, da Constituição. O dispositivo em foco autoriza a conclusão de que a presença do interesse público relativiza as restrições ao acesso aos fatos de natureza ou conteúdo financeiro reveladores da intimidade ou vida privada.

Se, de um lado, tem-se a necessidade de sigilo daquelas informações bancárias reveladoras de intimidade e vida privada; de outro lado, tem-se a necessidade de fiscalização, de apuração da ocorrência de fatos geradores tributários anunciados na própria Constituição. Ademais, somente o amplo e total conhecimento da vida econômica dos contribuintes, hoje majoritariamente financeira, dadas as características da economia moderna, permitirá a efetividade, aqui o discurso é constitucional, de ditames, também constitucionais, como a pessoalidade dos impostos, a capacidade contributiva, a isonomia e livre iniciativa, mediante combate à concorrência desleal daquele que não recolhe a carga tributária devida. Afirme-se, ainda, como absolutamente incompatível com a idéia de Estado Democrático de Direito a possibilidade de tornar inacessíveis atividades econô-

micas tributáveis, cujos recursos arrecadados via tributação constituem a principal, quiçá, única, forma de realização da justiça social.

Assim, diante de um confronto de interesses, bens ou valores constitucionais é preciso realizar o chamado sopesamento ou avaliação ponderada dos fins, conforme construção da doutrina constitucional alemã. Ao buscar a convivência de vetores constitucionais em sentidos contrários, o jurista terá de afastar ou diminuir a força de um deles, de preferência sem aniquilá-lo, para viabilizar a realização do outro²⁷. Um dos exemplos mais eloqüentes desse expediente na prática constitucional brasileira foi efetivado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.790-DF²⁸. Nesse precedente, importantíssimo para os rumos do debate acerca da extensão do sigilo bancário, o Excelso Pretório firmou a premissa de que é juridicamente possível a convivência da privacidade com os "arquivos de consumo" amplamente utilizados no mercado. Portanto, diante dessa decisão do Supremo, subsiste, sem resposta, a seguinte pergunta: por que a formação e utilização dos chamados "arquivos de consumo" pode conviver com os direitos à intimidade e vida privada e a transferência criteriosa e sigilosa de informações financeiras para o Fisco não pode? Qualifica-se propositalmente de criteriosa e sigilosa a transferência das informações financeiras para o Fisco porque no âmbito da constituição e manuseio dos tais "arquivos de consumo" não se verificam tais rigores. Em regra, qualquer caixa ou atendente de uma loja comercial tem acesso imediato, "on-line", instantâneo, em tempo real, a uma multidão de dados financeiros do cliente (ou possível cliente). Entre esses dados pode-se encontrar: endereços, telefones, contas bancárias, saldos médios, patri-

²⁷ "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". STF. 2ª. Turma. Recurso Extraordinário nº 219.780-PE. Relator Ministro CARLOS VELLOSO.

²⁸ "3. A convivência entre a proteção da privacidade e os chamados arquivos de consumo, mantidos pelo próprio fornecedor de crédito ou integrados em bancos de dados, tornou-se um imperativo da economia da sociedade de massas: de viabilizá-la cuidou o CDC, segundo o molde das legislações mais avançadas: ao sistema instituído pelo Código de Defesa do Consumidor para prevenir ou reprimir abusos dos arquivos de consumo, hão de submeter-se as informações sobre os protestos lavrados, uma vez obtidas na forma prevista no edito impugnado e integradas aos bancos de dados das entidades credenciadas à certidão diária de que se cuida: é o bastante a tornar duvidosa a densidade jurídica do apelo da arguição à garantia da privacidade, que há de harmonizar-se à existência de bancos de dados pessoais, cuja realidade a própria Constituição reconhece (art. 5º, LXXII, *in fine*) e entre os quais os arquivos de consumo são um dado inextirpável da economia fundada nas relações massificadas de crédito". STF. Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.790-DF. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

mônio mobiliário e imobiliário, níveis de crédito na praça, os últimos contratos de compra e venda realizados no mercado, cartões de créditos, etc, etc, etc.

Como argumento definitivo em favor do acesso pelo Fisco às informações em comento, tem-se que essas simplesmente atestam ou confirmam as declarações já apresentadas pelo contribuinte. Afinal, existe a obrigação desse de comunicar ao Fisco uma série considerável de dados relevantes, inclusive saldos bancários ao final do exercício. Ademais, parece completamente despropositado que a fiscalização possa levantar, *in loco*, todas as informações fundamentais de uma empresa, vistoriando livros, documentos, estoques, entre outros, e não possa fazer o mesmo no âmbito dos eventos financeiros.

Resta fora de dúvida, portanto, a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, ao permitir o acesso das autoridades e dos agentes fiscais aos documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Embora a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal não tenha uma posição definitiva sobre o acesso direto pelo Fisco às informações bancárias, vislumbra-se, no conjunto de decisões já proferidas, com relação direta e indireta ao assunto, uma nítida tendência no sentido de cancelar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105, de 2001. Notadamente, as decisões no sentido da previsão explícita das reservas constitucionais de jurisdição e da convivência entre a proteção da privacidade e os chamados “arquivos de consumo” (bancos de dados fundamentais para a economia da sociedade de massas).

Vale, como últimas palavras sobre o tema, lembrar Sérgio Carlos Covello: "banco não é esconderijo".

IV. CONCLUSÕES

A ordem jurídica brasileira convive com uma peculiar tensão, de natureza inicialmente constitucional, entre a publicidade ou o amplo acesso às informações produzidas nos vários relacionamentos sociais e o sigilo ou restrição ao conhecimento de uma série de dados e fatos vinculados às pessoas naturais e jurídicas e suas atividades.

Entre os vários mitos presentes no seio da Administração Tributária assume peculiar relevo a forma de tratamento do sigilo fiscal. Invariavelmente, aponta-se como protegida pelo referido sigilo toda e qualquer informação manuseada pelo Fisco que diga respeito direta ou indiretamente a determinada pessoa natural ou jurídica.

A forma mais segura de se buscar a delimitação do instituto do “sigilo fiscal” consiste em pesquisar na ordem jurídica como um todo seus elementos balizadores. Em regra, a interpretação sistemática apresenta-se como o método hermenêutico mais rico, viabilizador, por excelência, da construção da melhor solução jurídica para fixação do conteúdo, do sentido e do alcance da norma jurídica.

Todas as vezes que a Administração Tributária, no estrito e regular exercício de suas competências ou atribuições, identificar, localizar ou conseguir dados ou informações enquadráveis como elementos da intimidade ou da vida privada de pessoas naturais ou empresas deverá mantê-las (também) sob sigilo (fiscal).

Identificam-se três possibilidades de entrega de dados ou informações fiscais para terceiros: a) quebra ilícita; b) quebra lícita e c) transferência.

No caso de quebra ilícita entrega-se a terceiro informação sigilosa desinteressante (juridicamente) para o terceiro (como aquelas qualificadas constitucionalmente como relacionadas com a intimidade ou a vida privada) ou entrega-se

informação sem substrato em interesse jurídico legítimo. A quebra lícita significa a entrega a terceiro de informação fiscal com base em demonstração de interesse jurídico legítimo (decorrente de direito demonstrado). Por fim, a transferência implica na entrega de informações fiscais para o exercício de atribuições institucionais consagradas na ordem jurídica, afastada a possibilidade de uso diverso e divulgação para terceiros (art. 198, §2º, do Código Tributário Nacional).

Percebe-se, no trato do sigilo bancário, assim no trato do sigilo fiscal, que o debate gira em torno, essencialmente, do direito fundamental à privacidade e de sua extensão, notadamente diante de certos interesses públicos, em particular o desenvolvimento das atividades fiscalizatórias e arrecadatórias do Estado e o combate à criminalidade.

Conclui-se pela ausência de invasão da intimidade ou vida privada nas operações isoladas, objetivas e impessoais. Também não há violação da intimidade ou vida privada nas operações que envolvem terceiros quando conhecido tão-somente o dado numérico ou contábil nela presente. Existe a possibilidade de ingresso em indicadores da intimidade e vida privada de alguém nas operações que envolvem terceiros quando conhecido o "lado" qualitativo nelas presentes.

Afirma-se a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, ao permitir o acesso das autoridades e dos agentes fiscais aos documentos, livros e registros de instituições financeiras quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKER, Stephen. Numerati: conheça os numerati – Eles já conhecem você. Tradução Ivo Korytovski. São Paulo: Saraiva, 2009

DELGADO, José (Ministro). STJ. REsp n. 90.871

GALVÃO, Ilmar (Ministro). STF. Ação Penal n. 307

JOBIM, Nelson (Ministro). STF. Recurso Extraordinário n. 219.780

MACIEL, Adhemar (Ministro). STJ. REsp n. 7.517

MELLO, Celso (Ministro). STF. Mandado de Segurança n. 23.452

PERTENCE, Sepúlveda (Ministro). STF. Mandado de Segurança n. 21.429

_____. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.790

REINALDO, Demócrito (Ministro). STJ. Mandado de Segurança n. 5.370

RESEK, Francisco (Ministro). STF. Agravo Regimental em Inquérito n. 897

_____. STF. Mandado de Segurança n. 21.429

RIBEIRO, Ricardo Lodi. O abuso de direito no planejamento fiscal e a cláusula geral antielisiva in Mini Reforma Tributária - Reflexões sobre a Lei no 10.637/2002. Mandamentos Editora. 2003

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. Sigilo Bancário e Direito à Intimidade. Curitiba: Juruá Editora, 2001

SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL. Informação para a imprensa n. 123, de 2000. Análise estatística do cruzamento de informações da CPMF e do Imposto de Renda

VELLOSO, Carlos (Ministro). STF. Recurso Extraordinário n. 219.780