



Pedro Jaguaribe: Quebra de sigilo bancário é inconstitucional

O advento da Lei Complementar nº 105/2001 representou um marco político-jurídico no ordenamento pátrio. De forma sorrateira tentou o legislador infraconstitucional positivizar o artigo 6º da referida Lei, abrindo a possibilidade de as autoridades administrativas fiscais das três esferas políticas terem acesso direto às informações bancárias dos contribuintes, independente de decisão judicial.

Acerca dos ditames legais disciplinadores do sigilo bancário, mais especificamente o art. 6º da LC 105/01, a inovação legislativa pulverizou frenesi na comunidade jurídica. A ousadia não fora bem recepcionada. Com ânsia de arrecadação, o legislador acabou instituindo a colisão de direitos fundamentais de distintas dimensões, gerando calorosas discussões no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

De um lado, tem-se o interesse público, fundamentado em um sistema tributário hígido, garantindo eficácia social, erradicando a pobreza e as desigualdades sociais. De outro, tem-se o direito individual à inviolabilidade ao recôndito pessoal consagrado dentro de um complexo de conquistas dos indivíduos perante o Estado. Conquistas essas lastreadas em normas constitucionais de intangibilidade abolicionista (Cláusulas Pétreas – art. 60, §4º, IV, CF/88), por elencarem aberto rol de direitos e garantias individuais.

Sob esse conflito de ditames constitucionais, há de se analisar a importância do tema sobre o prisma da importância do peso e do valor. Há um atrito por mútua preponderância de mandamentos de otimização caracterizados por serem satisfeitos em graus variados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, sendo o âmbito das possibilidades jurídicas determinado pelos princípios e regras colidentes.

Para a controvérsia posta, excelente é a preleção de Humberto Ávila, de que a interpretação e aplicação de princípios e regras constitucionais colidentes dar-se-ão com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam, a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso, destacando-se o postulado da igualdade, o da razoabilidade e o da proporcionalidade (ÁVILA, teoria dos princípios, 10. Ed., p. 144 -185).

Martins entende:



[...] a sonegação deve ser combatida e pode ser combatida com os fundamentos legais antes existentes. O que não pode é pisotear direitos fundamentais do contribuinte, alijando o Poder Judiciário do exame desta questão, o que de resto, o inc. XXXV do art. 5º da CF proíbe. Parece-me, pois, que a questão é, pois meramente jurídica. A Lei Complementar afasta direitos fundamentais dos contribuintes (art. 5º, X, XII e XXXV) e não objetiva proteger o sonegador de quebra do sigilo – proteção que nunca teve – mas impedir o Poder judiciário de exercer a função de Poder Neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco.

Os ditames tributários estampados na Constituição da República refletem limitações ao poder de tributar do Estado, conferindo aos contribuintes direitos e garantias individuais de liberdade. Ou seja, ao invés de outorgar prerrogativas ao Fisco, os regramentos constitucionais determinam campos de atuação estatal negativa, de modo que o exercício daqueles direitos conferidos aos contribuintes sejam preservados contra ensaios autoritários e arbitrários de repressão expropriante.

Em outras palavras, exemplificando o que foi dito acima, o artigo 145, 1º da Lei Maior, que ao dispor sobre o sistema tributário nacional, prescreve que a administração tributária, quando no exercício de sua competência, respeite os direitos individuais das pessoas em geral e dos contribuintes em particular.

É de se reafirmar que, segundo a jurisprudência dominante, não há direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico. Em determinadas circunstâncias, havendo colisão de direitos fundamentais, haja necessidade de mitigação de um deles, cedendo lugar ao outro.

Nessa toada, é de se indagar: pode a Administração Tributária, sob o argumento do interesse público de arrecadação tributária eficiente, afastar o sigilo bancário do contribuinte para apurar sua obrigação tributária e capacidade contributiva perante o Estado? Entendo que não.

O poder de tributar e a obrigação de carrear recursos ao Estado é uma relação poder direito; e não poder força. Tendo em vista que todas as disciplinas de competência tributária, como as dos direitos individuais têm seu fundamento de validade imediato retirados do mesmo diploma normativo, ou seja, a Constituição Federal de 1988, tem-se que é perfeitamente possível a convivência harmônica dos direitos do Fisco e do contribuinte.

Não pode a lei, na condição de instrumento normativo infraconstitucional, regradar de forma geral, genérica e abstrata as possibilidades de afastamento das garantias individuais do contribuinte. Tais hipóteses sempre hão de ser erigidas a um terceiro imparcial dotado de função jurisdicional – poder Judiciário -, a quem competirá, legitimamente, aplicar o princípio da proporcionalidade caso a caso.

Se assim não o fosse, estaria a se banalizar os direitos e garantias individuais dos contribuintes, já que o que era para ser uma medida última, excepcional – quebra do sigilo bancário -, acabaria por se tornar medida ordinária, verdadeiro ato instaurados de procedimento contencioso.

O Supremo Tribunal Federal, mesmo com ausência definitiva acerca da matéria sob o enfoque da repercussão geral ou do controle abstrato de constitucionalidade, já enfrentou a matéria por duas vezes.



Nessas ocasiões, proferiu arestos ao que tudo indica, dominantes no sentido de que o sopesamento entre os direitos colididos há de ser feito sempre em âmbito jurisdicional de cognição de circunstância fática.

Nessa linha, o STF, quando do enfrentamento do RE 389.808, decidiu, em apertado placar, a controvérsia nos seguintes termos:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto a correspondência, as comunicações telegráficas, aos dados e as comunicações, ficando a exceção – a quebra do sigilo – submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. **SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS – RECEITA FEDERAL.** Conflita com a Carta da República norma legal atribuindo a Receita Federal – parte na relação jurídico tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte.

Martins (DELGADO, 2001, p. 30-31) assim dispõe:

Pelos incisos X e XII do artigo 5º tem o contribuinte o direito de preservação de sua intimidade, de sua privacidade e de que terceiros que detenham informações pessoais suas sejam obrigados a guardá-las. Não pode pois a fiscalização exigir de terceiros informações que apenas pode obter do próprio contribuinte. Em determinadas hipóteses, todavia, o interesse público há de prevalecer sobre o interesse privado/individual, mas caberá a um outro poder definir se tais hipóteses efetivamente ocorrem, com o que poderá, o Poder Judiciário, autorizar, se convencido estiver o magistrado de que a hipótese é de gravidade e de lesão ao interesse público, a quebra do direito ao sigilo bancário. Estou convencido ser esta a melhor informação jurídica da questão, idealizada pelos constituintes, defendida pela doutrina e consagrada jurisprudência, corrente exegética esta a que me filio desde os meus primeiros escritos sobre a matéria.

De fato, perfilho-me ao entendimento de faz-se necessário a Fazenda Nacional requerer a diligência prévia, qual seja, a permissão do Poder Judiciário, para que possa promover a quebra do sigilo bancário ao contribuinte, não podendo a mesma realiza-lo sem emanada ordem judicial.

A despeito de ser uma cláusula pétrea, este preceito pode ser relativizado, o que não significa, todavia, que o interesse público possa se sobrepor indiscriminadamente sobre o direito individual, mormente quando não há qualquer indício de fraude à legislação tributária, tal como se verifica no caso vertente.

Dessa forma, somente prova robusta do ilícito é que poderia determinar a quebra do sigilo bancário pelo Poder Judiciário, e desde que obedecidos os trâmites legais pertinentes e respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Conclui-se, portanto, que o artigo 6º da Lei Complementar nº 105/01, que veicula a possibilidade das autoridades administrativas quebrarem o sigilo bancário é incompatível com os princípios constitucionais vigentes, visto que o sigilo de dados nem sempre pode se opor ao interesse público, sendo certo que a quebra somente pode decorrer de determinação judicial.



Referências Bibliográficas

DELGADO, José Augusto. O Sigilo Bancário no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 13, p. 13-51, jan./mar. 2001.

_____. 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] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de janeiro de 2001. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/LeisComplementares/2001/leicp105.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

MARTINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (administrative e judicial), São Paulo: Dialética, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 10. Pg. 144-185.

Date Created

02/01/2015