



Quebra de sigilo bancário põe em ... os contribuintes



“Tá tranquilo, tá favorável”

(MC Bin Laden)

“A vida gregária pressupõe segurança (...) pressupõe estabilidade, e não a surpresa”
(ministro Marco Aurélio, RE 389.808/PR)

É paradoxal que *Tá tranquilo, tá favorável* seja o *hit* do momento neste final de verão de 2016, quando o ambiente no país está longe, mas muito longe da tranquilidade, e não há vivalma que acredite que alguma coisa esteja favorável, muito pelo contrário.

A crise de confiança é gravíssima. As forças econômicas que movem o país pararam à espera de uma solução que do atual governo não virá. Seguimos estagnados, em um ambiente recessivo, vendo crescer uma polarização entre “ricos e pobres” que só se justifica para esconder os malfeitos e a incompetência daqueles que (des)governaram o país nos últimos anos.

E cada dia que passa é uma montanha-russa de emoções no universo “político-empresarial-criminal”. Nas últimas semanas, então, nem se diga: operação acarajé, que culminou na prisão do publicitário do PT João Santana; reportagem da revista *Isto É* revelando o teor dos gravíssimos fatos narrados na delação do senador Delcídio do Amaral; o acolhimento unânime de denúncia contra o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha; e a operação aletheia, cujo fato mais marcante foi a criticada condução coercitiva do ex-presidente Lula para depor sobre as vantagens recebidas de empreiteiras investigadas na operação “lava jato”.

Em meio a isso tudo, um breve momento de distração prazerosa foi assistir ao concerto dos Rolling Stones. Sua música conserva os princípios básicos, não muda em qualidade, não cai na fácil e tentadora armadilha da inovação e foi com invejável virtuosismo que a banda de *rock* cinquentenária conseguiu agradar — e muito — uma audiência de todas as idades. Cada canção foi um espetáculo inesquecível, desde a abertura com as primeiras notas do *riff* de *Jumpin’ Jack Flash*, passando pelas belíssimas *Wild Horses* e *You Can’t Always Get What You Want*, pelos clássicos *Paint It Black* e *Sympathy For The Devil*



, e por outras tantas até o apoteótico *grand finale* com (*I Can't Get No*) *Satisfaction*.

E foi no gramado de um estádio, assistindo ao concerto dos Rolling Stones, presenciando um exemplo vivo de como se pode fazer bem feito respeitando as tradições, que veio a ideia de propor uma reflexão sobre a importância de se manterem intocadas as garantias constitucionais, já que são elas que asseguram a estabilidade das relações, proporcionando segurança jurídica, pressupostos da vida gregária, na feliz frase do ministro Marco Aurélio.

A ideia é reforçada quando lemos a contundente crítica do decano do STF, ministro Celso de Mello, para quem em “(...) dois julgamentos realizados na semana passada (...) registrou-se — e digo isto com todo o respeito — **preocupante inflexão hermenêutica, de índole regressista, em torno do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando, em minha percepção, o avanço de uma significativa agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais em nosso país**”[\[1\]](#).

O ministro Celso de Mello referia-se ao julgamento do HC 126.292/SP, no qual a maioria dos ministros do STF autorizou a imediata execução de pena após o julgamento de segunda instância, dando uma interpretação inovadora e limitativa à garantia do artigo 5º, LVII da CF/88, bem como aos julgamentos do RE 601.314-SP com repercussão geral e da ADI 2.390-DF, ambos no sentido de reconhecer a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001, por considerarem que o mesmo “(...) não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”[\[2\]](#).

Não temos competência técnica para discutir a decisão proferida no HC 126.292/SP, muito embora, *prima facie*, nos alinhemos com os críticos da solução adotada, pois frontalmente contrária à letra da carta constitucional. Se há excesso de recursos manejáveis perante o STJ e o STF, que isso seja corrigido pela legislação ordinária, e não por uma interpretação inovadora — ainda que com o nobre propósito de fazer justiça de forma célere — da Constituição.

Dedicaremos esse espaço à questão do direito de acesso às informações bancárias dos contribuintes pela administração pública, sem a prévia intervenção acauteladora do Judiciário. Trata-se de questão que vinha sendo amplamente discutida no âmbito do STF, tendo sido formada maioria, no julgamento do RE 389.808/PR, em 15 de dezembro de 2010, no sentido de que “conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal — parte na relação jurídico-tributária — o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”.

Referida orientação, até então majoritária do STF, como se viu, foi revertida. Os votos dos ministros relatores, respectivamente Edson Fachin (RE 601.314/SP) e Dias Toffoli (ADI 2.390/DF), são muito semelhantes e ambos foram haurir suas razões de decidir na doutrina do tributarista português Casalta Nabais, que preconiza uma concepção de Estado social, onde existiria para os contribuintes um dever fundamental de pagar impostos, alicerçado na ideia de solidariedade social. Segundo essa linha de pensamento, “(...) a identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela Administração Tributária serve para efetivação do princípio da capacidade contributiva”[\[3\]](#).

Acresce que para a orientação vencedora não se poderia falar propriamente em “quebra de sigilo”, mas



apenas em uma “transferência de sigilo” dos bancos para o Fisco, autorizada quando presentes os pressupostos do artigo 6º da lei complementar 105/01, quais sejam: (i) houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e (ii) tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A orientação dominante no STF parte de uma premissa — a nosso ver falha — de que Estado e contribuinte estariam em um mesmo plano na relação jurídico-obrigacional, donde confluiriam os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar).

Ora, a premissa não se nos afigura correta, pois de há muito se sabe que **“o Estado não tem direitos subjetivos, mas apenas competências taxativamente atribuídas por lei, nos termos da Constituição (...)”**^[4] (grifo nosso). O dever de pagar tributos nada mais é que o dever de cumprir com uma obrigação legal advinda da ocorrência de um fato gerador, previsto em lei no legítimo exercício de uma competência outorgada pela constituição. Se o exame dos dados bancários dos contribuintes é um meio de prova necessário para a demonstração do fato gerador, deveria o Fisco requisitá-lo diretamente ao particular e, em caso de resistência, poderia obtê-lo por meio da intervenção judicial. Intervenção judicial essa que, nas palavras do ministro Celso de Mello, “desempenha importantíssimo papel da defesa e amparo dos direitos das pessoas, notadamente quando **postas em situação de antagonismo em suas desiguais relações com a potestade do Estado**”^[5] (grifo nosso). Ou seja, é o reconhecimento de que contribuinte e Estado não estão no mesmo plano de uma relação que justifica e fundamenta o controle judicial.

Tenha-se ademais presente que a ordem constitucional não confere ao Fisco um livre poder de fiscalização para capturar todas as manifestações de capacidade contributiva em nome da igualdade. Como ensina a doutrina tradicional de Alberto Xavier, “(...) o princípio da capacidade contributiva é expressão do *princípio da igualdade na criação da lei* (igualdade ‘na lei’, ou ‘através da lei’) e não do *princípio da igualdade perante a lei*”^[6]. E, assim, prossegue o jurista luso-brasileiro:

Por outras palavras: **o princípio da capacidade contributiva é um comando constitucional ao legislador infraconstitucional para que, “se possível”, dê tratamento igualitário a idênticas manifestações de capacidade econômica**, através da lei. Leia-se de novo o § 1º do art. 145 da Constituição: “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”. **O princípio respeita ao caráter e à graduação dos impostos, isto é, aos tipos tributários desenhados pela lei**, pelo que o comando nela contido **só pode ser dado ao legislador**, único órgão que pode imprimir caráter e graduar os tributos. O mesmo se diga do **princípio da igualdade**: “é vedado instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II) **é ordem dada a quem tem competência para instituir os impostos**, que é necessariamente o legislador” (grifos nossos).

É importante frisar que **o princípio da igualdade é uma garantia individual do cidadão**, expressamente considerada como tal no art. 150 “caput” e inciso II, da Constituição, **e não um direito do Estado**, pelo que não pode ser invocado para servir de fundamento de uma tributação não prevista em lei.

A igualdade é um limite à imposição de deveres por via da lei, mas não o fundamento de um direito do Estado para além da lei



(grifos nossos).

Está bem de ver que administração pública não é titular de um direito constitucional de aplicar os princípios da igualdade e da capacidade contributiva nos procedimentos de fiscalização. Tais princípios devem permear a produção normativa pelo parlamento, mas não a execução das leis pela administração.

No que concerne à alegação segundo a qual não haveria propriamente quebra de sigilo, mas mera transferência de dados sigilosos ou simples compartilhamento de informações reservadas, mais uma vez fazemos nossas as palavras do ministro Celso de Mello que vislumbra “(...) nessa alegação, **um claro eufemismo que mal consegue disfarçar** uma situação de evidente inconstitucionalidade **que afeta a pretensão do Estado de manter por deliberação própria e sem controle judicial prévio, uma contínua fiscalização** do Poder sobre os sujeitos passivos da relação jurídico-tributária”^[7] (grifos do original).

Porém, sendo certo que o Fisco irá doravante valer-se desse direito legitimado pelo STF, há que perquirir como assegurar que o mesmo se exerça observando os pressupostos legais: (i) processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e (ii) exames considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A instauração de um processo administrativo ou a abertura de um procedimento de fiscalização são providências triviais. O que falta é definir o que pode fundamentar a *indispensabilidade* do exame.

Citamos exemplo de experiência própria: um processo em que o contribuinte entregou pontualmente ao Fisco os dados bancários solicitados, sem qualquer exceção. No entanto, a fiscalização quedou-se inerte por mais de um ano. Para poder concluir seu trabalho, sem precisar requerer mais dados ao contribuinte (o que poderia demorar, já que dependeria de pedido e ulterior entrega pelos bancos), o agente fiscal arguiu a “indispensabilidade” do exame dos dados em razão da proximidade do decurso do prazo decadencial! Assim, a medida extrema da quebra de sigilo foi perpetrada em razão da inércia do agente fiscal, e não pela falta de colaboração do particular.

Exemplos com esse virão aos borbotões, dado o caráter potencialmente maleável do conceito de “indispensabilidade”.

Muito mais grave, porém, é a exposição dos contribuintes a crimes de sequestro, chantagem e extorsão quando se deixa que dados bancários passem a transitar livremente nas mãos de agentes fiscais de todas as unidades da federação. Sim, o livre direito de acesso franqueado pelo artigo 6º da Lei Complementar 105/2001, e agora reconhecido como constitucional pelo STF, vale para “as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”. Fiscais da União, dos 26 estados, do Distrito Federal e dos 5.570 municípios, por meras deliberações administrativas, sem qualquer controle externo, poderão doravante acessar os dados bancários dos particulares e com eles fazerem o que quiserem e bem entender, inclusive vendê-los para criminosos.

Estamos todos, sem exceção, expostos ao escrutínio dos agentes fiscais federais, estaduais distritais e municipais. Serão eles confiáveis? Será a quebra de sigilo, sem a participação do Poder Judiciário, justamente motivada pela intenção de promover a igualdade dos cidadãos?

O STF talvez tenha decidido com idealismo, mas a realidade que se impõe é sombria, e os contribuintes



precisam voltar a dispor de alguma proteção contra os abusos; não podem ter sua intimidade e privacidade expostas com tanta facilidade diante de tantas autoridades e suas vidas postas em perigo em nome de um discutível dever fundamental de pagar impostos.

[1] Cfr. Voto do ministro Celso de Mello no RE 601.314/SP, p. 1.

[2] Cfr. item 6 da ementa do voto do ministro Edson Fachin no RE 601.314/SP.

[3] Cfr. Voto do ministro Edson Fachin no RE 601.314/SP.

[4] Cfr. Alberto Xavier, *Tipicidade da Tributação, Simulação e Norma Antielisiva*, Ed. Dialética, São Paulo, 1ª reimpressão, 2002, p. 133.

[5] Cfr. Voto do ministro Celso de Mello RE 601.314/SP, p. 2.

[6] Cfr. *op. cit.* p. 127.

[7] Cfr. Voto do ministro Celso de Mello RE 601.314, p. 5.

Date Created

09/03/2016