



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Inconstitucionalidade da Quebra do Sigilo Bancário prevista
no art. 6 da Lei Complementar 105/2001

William Teitel

Rio de Janeiro
2016

WILLIAM TEITEL

**A Inconstitucionalidade da Quebra do Sigilo Bancário prevista
no art. 6 da Lei Complementar 105/2001**

Artigo Científico apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

A INCONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PREVISTA NO ART. 6 DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001

William Teitel

Graduado pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pós-graduando pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro-EMERJ. Advogado.

Resumo: Com a promulgação da atual Constituição Federal, o Ordenamento Jurídico teve uma drástica alteração de paradigma com a inclusão de bens jurídicos na categoria de direitos fundamentais. Um deles foi o sigilo de dados na sua vertente sigilo bancário. Entretanto, esse novo *status* não confere características absolutas, motivo pelo qual a própria Constituição lhe impõe algumas limitações. Nesse contexto surge o interesse do Estado no progressivo aumento da fiscalização e arrecadação, justificativa para a elaboração da Lei Complementar 105/2001 que permite, em seu artigo 6º, a quebra do sigilo bancário pelos agentes fazendários sem manifestação prévia do Poder Judiciário. A partir desse conflito de normas surge a questão de como resolvê-lo sem anular os direitos em atrito.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Quebra de Sigilo Bancário. Arrecadação de Tributos. Artigo 6º. Lei Complementar 105/2001.

Sumário: Introdução. 1. A Histórica Opção Legislativa e o Insucesso dos Contribuintes. 2. Conflito Normativo entre o Direito ao Sigilo Bancário e o Interesse Público na Arrecadação de Tributos. 3. Fundamentos da Decisão do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo trata do questionamento sobre a constitucionalidade da permissão legal de quebra do sigilo bancário dos contribuintes pelo simples requerimento dos órgãos fazendários estatais. A partir da apresentação das normas em questão serão usados métodos de interpretação fornecidos pela doutrina e utilizados pela jurisprudência para demonstrar a possibilidade de convivência entre elas sem afastar por completo a incidência de uma ou outra no caso concreto.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, as pessoas, nacionais ou não, tiveram diversos direitos expressamente reconhecidos e elevados ao patamar de fundamentais, a exemplo do sigilo bancário, objeto deste estudo. Ele representa uma garantia

de que o Estado não se imiscuirá na vida privada das pessoas, garantindo-se a elas a integridade de informações pessoais, tais como locais que frequenta, preferências, gastos, círculo de relacionamento e outros.

Embora o sigilo bancário tenha passado ao *status* de direito fundamental, o legislador complementar, sem amparo expresso na Constituição, o restringiu com o objetivo de combater o inadimplemento fiscal e incrementar a arrecadação. Mais especificamente, a norma em questão autorizou a quebra do sigilo bancário mediante requerimento de agente fazendário sem a necessidade de prévia decisão judicial.

De posse do conhecimento desse conflito, o primeiro capítulo traçará o histórico legislativo e jurisprudencial nacional desse conflito, demonstrando qual a opção do legislador desde o início.

Já no segundo capítulo, apresenta-se o questionamento se o interesse arrecadatório justificaria tamanha invasão aos dados bancários dos contribuintes sem manifestação do Poder Judiciário que tem, como uma de suas funções, evitar a violação dos direitos fundamentais.

Ocorre que essa dicotomia não é tão simples, pois diversos fatores essenciais estão em questão. Um deles é a necessidade de proteção do núcleo essencial do sigilo bancário face a possibilidade de sua quebra. Outro fator nesse exercício hermenêutico é a consideração se realmente há uma necessidade de aumentar a fiscalização e a arrecadação fiscais. E, mesmo se houver, como evitar que isso subjuguem um direito fundamental.

Conforme elaborado no terceiro capítulo, o STF, antes do término deste trabalho, decidiu a questão de modo contrário ao aqui exposto. Por isso, os argumentos disponíveis até o momento serão analisados para, ao fim, apresentar uma opinião sobre eles.

Assim, entender corretamente o alcance e o sentido das normas em questão é fundamental para a melhor ponderação dos interesses e conclusão do presente estudo.

A metodologia usada para elaboração deste trabalho foi a qualitativa pelo método bibliográfico descritivo, pois suas principais fontes foram a doutrina e a jurisprudência.

1. A HISTÓRICA OPÇÃO LEGISLATIVA E O INSUCESSO DOS CONTRIBUINTES

A primeira regra sobre quebra de sigilo bancário foi disciplinada no Decreto n. 47.373/1959, que aprovou o Regulamento do Imposto de Renda e que também tratava do assunto. Posteriormente, foi editada a Lei n. 4.595/1964 que autorizava o envio de informações bancárias dos correntistas, pelas instituições financeiras, aos agentes fiscais.

Em seguida, foi promulgado o Código Tributário Nacional que estabelece em seu artigo 197 a prerrogativa conferida às autoridades fazendárias de intimar os bancos para que forneçam informações relacionadas aos bens, negócios ou atividades dos correntistas. Em 1988, o sigilo bancário foi alçado ao patamar de direito fundamental expressamente previsto no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

Nesse momento histórico, um direito reconhecido aos contribuintes foi transformado em direito constitucional, limitador do poder estatal. Isto, por si só, já é motivo suficiente para demonstrar o conflito normativo. Contudo, essa celeuma não nasceu em 1988.

Há precedente de 1966¹, no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade de dispositivo do Decreto n. 47.373, sob o argumento de que não haveria perigo de “devassa ou quebra de sigilo bancário, porquanto (...) os Agentes Fiscais do Imposto de Renda são obrigados ao sigilo”.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS n. 15.925. Relator: Ministro Gonçalves de Oliveira. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=113338>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

A discussão foi inflamada a partir da Lei Complementar n. 105/2001, diploma que revogou a Lei n. 4.595/1964 e, assim como as anteriores, autoriza a quebra do sigilo bancário, em seu artigo 6^o, sem que o Fisco se socorra do Poder Judiciário.

Em virtude dessa sucessão de normas sobre o assunto, diversas autuações fiscais foram elaboradas, com graves consequências para os contribuintes, seja pela imposição de multas altíssimas³, seja pela cobrança retroativa de tributos para os optantes do Simples Nacional⁴ que foram excluídos, ou outras consequências.

Apesar dos notórios prejuízos aos contribuintes, independentemente de eventual inadimplemento ou não, a questão não se resume a esse ponto, mas a violação, por si só, de um direito fundamental.

É certo que a Constituição foi criada com o objetivo de limitar o poder estatal e assegurar garantias aos indivíduos de que lhes seriam garantidos alguns direitos.

Como não existem direitos absolutos, o Poder Constituinte Originário previu em determinados dispositivos da Constituição Federal que alguns direitos podem ser limitados por norma constitucional, pela legislação infraconstitucional a ser futuramente editada, fenômeno reconhecido como “reserva de lei”, ou por decisão fundamentada da autoridade judiciária competente para o caso concreto, também chamado de “reserva de jurisdição”.

No entanto, o legislador complementar previu um caso em que um direito fundamental será restringido por uma lei infraconstitucional sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

² Art. 6^o As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

³ Em alguns casos pode passar de 70%, conforme artigo 44, inciso I, da Lei 9.430/1996.

⁴ Artigo 29 da Lei Complementar 123/2006.

Com base nessa explicação é possível compreender o atual panorama da questão posta em debate e os direitos que estão em constante atrito neste tema: de um lado, o direito da Administração Pública de fiscalizar e arrecadar tributos, e de outro o direito fundamental ao sigilo bancário.

Exatamente por isso que havia múltiplos processos, judiciais ou administrativas, tratando do assunto, por ter sido o crédito tributário lançado suporte na permissão da referida Lei Complementar.

Nesse sentido, por se tratar de uma questão de extrema relevância, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.386, 2.389, 2.390, 2.397 e 2.406 em face do referido artigo 6º, bem como reconhecida a repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 601.314.

No dia 24 de fevereiro de 2016, o Plenário do STF julgou as ações diretas em conjunto com o referido recurso e, por maioria de 9 votos a 2, reconheceu a constitucionalidade da norma atacada. Em que pese a momentânea indisponibilidade do acórdão⁵, um dos fundamentos tornados públicos é a circunstância de que seria o caso de transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros⁶.

Apesar do aparente término da discussão, seu objeto ainda persiste para fins acadêmicos e jurisprudenciais, visto que o próprio STF já reconheceu na ADI n. 5.105 a não vinculação do Poder Legislativo às decisões em controle abstrato, sendo possível, portanto, a edição de lei em sentido oposto ao decidido, ou seja, “reversão jurisprudencial”⁷.

⁵Na data de 08 de março de 2016 ainda não foi publicado nem disponibilizado.

⁶Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670&caixaBusca=N>>. Acesso em: 08mar. 2016.

⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5105. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

2. CONFLITO NORMATIVO ENTRE O DIREITO AO SIGILO BANCÁRIO E O INTERESSE PÚBLICO NA ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS

Para a melhor compreensão dessa colisão é necessário tecer breves considerações sobre as normas em questão.

A Constituição Federal impõe ao Estado diversos deveres, podendo ser citados a segurança, a saúde e educação públicas, a proteção do meio ambiente entre outros. Para tanto, ele deve ter recursos necessários, que podem ser auferidos por meio de negócios jurídicos ou pela tributação.

Com efeito, dependendo da opção do papel do Estado, ele deverá tributar, fiscalizar e arrecadar mais ou menos. Consequentemente, os contribuintes adaptarão suas relações jurídicas de modo a suavizar a incidência tributária e a Administração Pública, por sua vez, buscará aumentar os meios e poderes de fiscalização, culminando num ciclo vicioso.

Nesse cenário, surgem, então, dois polos em conflito: de um lado os contribuintes, interessados em diminuir a despesa com tributos, e de outro a Administração Pública interessada em aumentar a arrecadação. Em outras palavras, estão em eterno atrito os direitos fundamentais, como a privacidade, intimidade e sigilo bancário, com o interesse público consistente em incrementar o crédito público.

Terminados os breves comentários, é de se partir para a análise dos direitos do polo mais vulnerável da relação: o contribuinte.

A doutrina afirma que o surgimento dos direitos fundamentais não se deu num momento exato na história, mas que foram produto de uma lenta evolução. Paulo Gustavo Gonet Branco leciona que “os direitos do homem ganham relevo quando se desloca do Estado para os indivíduos a primazia na relação que os põe em contato”⁸. Em seguida, prossegue

⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 136.

afirmando que “os direitos fundamentais assumem posição de (...) realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado”.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, embora tratando do tema constitucionalismo, mas que se aplica igualmente, seguem na mesma linha quando consignam que “a ideia de Constituição (...) está profundamente associada ao constitucionalismo moderno, que preconiza a limitação jurídica do poder político em favor dos direitos dos governados⁹”.

Seria correto, portanto, afirmar que os direitos fundamentais foram criados ao longo do tempo para proteger os indivíduos do uso arbitrário do poder estatal, pois o Estado, historicamente, violava direitos e oprimia os súditos.

Esse fenômeno é chamado de “gerações de direitos fundamentais”. No que importa ao presente estudo, o direito à privacidade e à intimidade surgiram na 1ª geração, que com o passar do tempo evoluíram e deram espaço a um novo direito: o sigilo de dados. Este, por sua vez, desmembra-se em sigilo fiscal, bancário e de comunicações.

Especificamente sobre o sigilo bancário, ele se tornou direito fundamental, no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, ao ser positivado no artigo 5º, inciso XII o seguinte: “é inviolável o sigilo (...) 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”¹⁰.

Apesar desse reconhecimento formal do *status* de fundamental, o sigilo bancário não é absoluto. Parte da doutrina ensina que para a limitação de um direito fundamental é

⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 67.

¹⁰ _____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08mar. 2016.

imperioso que se identifique o seu âmbito de proteção. Isso se faz por dois meios: (i) identificação do bem jurídico protegido e de sua amplitude, e (ii) verificação de restrições no texto constitucional¹¹.

No caso do sigilo bancário, o bem jurídico protegido é a privacidade e intimidade de fatos íntimos da esfera privada do indivíduo, alcançando, por exemplo, a opção política, orientação sexual, religião, locais que frequenta, situação econômica, amigos próximos entre outros. Observa-se que se inclui na privacidade quase tudo relacionado à vida de uma pessoa.

O texto constitucional não traz expressa uma cláusula de reserva legal que limite o sigilo bancário como o faz com o exercício de profissão, por exemplo. Isso, no entanto, não significa que ele seja absoluto, mas que eventual lei infraconstitucional que restrinja esse direito não pode atingir o seu núcleo essencial, sob pena de torná-lo letra morta.

É nesse contexto que se insere o sujeito do outro polo da relação: o Estado. Conforme dito em outra passagem, a Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado diversos deveres, os quais demandam recursos financeiros de expressivo valor.

A receita pública necessária para implementar esses deveres derivam, em grande parte, da tributação. O recolhimento de tributos é um dever jurídico imposto aos indivíduos que preenchem os requisitos legais. Esse dever de contribuir deriva da cláusula geral de solidariedade. Visto por outro prisma, o dever jurídico de pagar tributo tem no Estado o respectivo titular do direito fundamental de arrecadar.

Definidos os direitos em conflito e seus titulares, é necessário analisar qual dos direitos irá preponderar.

O legislador já demonstrou ao longo do tempo a sua opção sobre o tema. Diversas leis já autorizaram a quebra do sigilo bancário, sem a necessidade de autorização judicial,

¹¹MENDES; BRANCO. op. cit., p. 194.

com o objetivo de aumentar o poder fiscalizatório e, conseqüentemente, incrementar a arrecadação. A mais recente é a Lei Complementar n. 105/2001¹² que permite aos agentes fazendários requisitarem diretamente das instituições financeiras informações relativas a depósitos e aplicações financeiras de contribuintes que tenham contra si processo administrativo ou procedimento fiscal em curso.

No entanto, a restrição de um direito fundamental é um tema sensível que não deve ser relegado à clássica e rasa expressão “o interesse público prevalece sobre o privado”. A doutrina constitucionalista, a exemplo de Canotilho, reconhece que os direitos fundamentais podem ser limitados por três espécies de restrições: imediata, mediata e resolução de conflitos. A primeira é a que deriva de expressa previsão constitucional, a segunda decorre de lei com fundamento direto da Constituição e a terceira resulta da necessidade de resolução de conflitos entre direitos¹³.

Como se sabe, o inciso XII do art. 5º da Constituição não exigiu lei para limitar o sigilo bancário, tampouco há no texto constitucional disposição expressa nesse sentido. Portanto, sua limitação somente pode ocorrer a partir do conflito com outros direitos que, no caso, seria o direito do Estado de arrecadar. Entretanto, essa restrição não é absoluta, fenômeno conhecido como “limites dos limites”, ou “*Schranken-Schranken*”. Essa construção teórica busca preservar o núcleo essencial do direito no caso de uma norma reduzir sua incidência.

Apesar dessa evolução conceitual, ainda é difícil definir o que seja “núcleo essencial” de um direito. A própria Constituição brasileira não indica essa solução, mas apenas reforça a existência de limites por meio das cláusulas pétreas. Para contornar a

¹²BRASIL. Lei n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 08mar. 2016.

¹³CANOTILHO GOMES, J. J. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 657.

situação, Gilmar Mendes sugere a aplicação do princípio da proporcionalidade¹⁴. Proporcionalidade, para Humberto Ávila, “se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos (...) discerníveis, um meio e um fim”¹⁵.

Assim, de acordo com tal método hermenêutico, deve ser examinada a compatibilidade do art. 6 da Lei Complementar n. 105/2001 com o sigilo bancário para averiguar se o referido dispositivo viola o núcleo essencial desse direito fundamental.

A proporcionalidade se reparte em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo que a análise do subsequente fica condicionada à satisfação do anterior. A adequação é a capacidade de o meio atingir o objetivo almejado. Já a necessidade é a verificação se há meios alternativos menos restritivos que o escolhido e que alcancem igualmente a finalidade. Por fim, proporcionalidade em sentido estrito é o fato de as vantagens com o fim alcançado superarem as desvantagens causadas por esse meio.

De partida é fácil verificar que a requisição de informações do contribuinte pelo agente fazendário diretamente à instituição financeira aumenta a arrecadação porque ele passará a ter conhecimento total das movimentações financeiras. Portanto, esse meio alcança o fim pretendido e passa-se ao próximo subprincípio.

A análise da necessidade é mais complexa, pois existem diversos meios de alcançar maior eficiência na arrecadação. De imediato já se chega a tal conclusão por meio da leitura do Código Tributário Nacional, donde se extrai a aplicação retroativa de novos critérios de apuração e ampliação de poderes (art. 144, §1º), revisão do lançamento (art. 149, parágrafo único), a responsabilidade tributária (art. 128), preferências e privilégios (art. 183 e seguintes), entre outros. Outros fora do CTN são a medida cautelar fiscal (Lei n. 8.397/92), a possibilidade de levar a protesto certidão de dívida ativa (art. 1º, parágrafo único, Lei n.

¹⁴MENDES; BRANCO. op. cit., p. 214.

¹⁵ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. 3ª tiragem. São Paulo:Malheiros,2005, p. 112.

9.492/97), securitização da dívida ativa¹⁶, combate a corrupção e maus gestores¹⁷, entre outros.

Exemplo dessa última medida é a recuperação de mais de R\$ 870 milhões de reais na Operação Lava Jato, segundo o MPF e a PF¹⁸. Some-se a isso que a arrecadação bate recordes a cada ano¹⁹ e a única conclusão possível é que a fiscalização e arrecadação não são ineficientes, mas apenas que a má gestão do dinheiro público impõe a necessidade de compensar esse déficit transferindo a responsabilidade de recompô-lo para os contribuintes. Assim, é ilegítimo o argumento favorável a aumentar os poderes fiscalizatórios se não há ineficiência dos meios já existentes. Isso demonstra duas coisas: que não há motivos para quebrar o sigilo porque não há ineficiência a ser solucionada; e, ainda que se deseje aumentar a fiscalização, existem outros meios de incrementá-la e de aumentar arrecadação que são menos lesivos ao referido direito.

Não se está defendendo a impossibilidade de quebra de sigilo bancário, mas que o seu uso seja deferido por autorização judicial, pois assim se submete o conflito de interesses a um órgão imparcial. Esse raciocínio compatibiliza os dois direitos em questão sem que um seja eliminado pelo outro. Em outras palavras, impede que o núcleo essencial do sigilo bancário seja atingido e garante aplicabilidade ao direito do Estado de fiscalizar e arrecadar.

3. FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes do término deste trabalho foi proferida decisão nos processos citados anteriormente. Apesar de ainda não publicados os acórdãos até o dia 12/04/2016, colhe-se de

¹⁶ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/governo-planeja-vender-divida-ativa-para-fazer-caixa>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

¹⁷ Por meio da Ação de Improbidade, Ação Popular, Lei Anticorrupção, Direito Penal entre outros.

¹⁸ Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2015/07/lava-jato-completa-500-dias-com-recuperacao-de-r-870-milhoes.html>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3755406/arrecadacao-total-da-receita-federal-bate-recorde-para-setembro>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

algumas fontes²⁰ os fundamentos usados pelos Ministros: necessidade de instrumentos eficientes de fiscalização, concretização da Justiça Fiscal e transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros.

O primeiro argumento é a necessidade de que a fiscalização seja mais eficiente. Entretanto, conforme analisado no capítulo anterior, a fiscalização não é ineficiente, mas, pelo contrário, atua decisivamente para que seja superado ano após ano o recorde de arrecadação.

Outro dado que demonstra o enorme poder fiscalizatório dos agentes fazendários é a sua contribuição para o aumento das despesas dos contribuintes com a contratação de pessoal e gasto de tempo exclusivamente para compreensão e elaboração das obrigações acessórias. Isso interfere no preço do produto ou serviço final e onera sobremaneira o consumidor, pois o particular produtor de riqueza repassará o ônus econômico de tal obrigação. Vide os efeitos nefastos que a Emenda Constitucional n. 87/2015 operou no recolhimento de ICMS na venda pela internet. Há depoimentos de sociedades empresárias de que o preenchimento de obrigações acessórias tornou tão complexa e lenta a venda de produtos *online* que os consumidores estão reclamando da demora na entrega em domicílio.

Ainda que se entenda ineficiente a fiscalização e arrecadação, o real problema não está nesse ponto. Ninguém dúvida que o Brasil tem tributos em grande quantidade e intensidade. Do mesmo modo, é inquestionável a capacidade dos procuradores fazendários e agentes fiscais no seu ofício, bem como a enormidade de execuções fiscais no país. O real gargalo está na excessiva proteção que a legislação confere ao devedor. Somente o dispositivo que reconhece a impenhorabilidade absoluta tem onze incisos, além da proteção do bem de família legal a alguns tributos. Do mesmo modo, frequentemente são editadas leis concedendo

²⁰Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670&caixaBusca=N>> e <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-12/observatorio-constitucional-resta-sigilo-bancario-decisao-supremo>>. Acesso em: 08 de março de 2016.

parcelamento, remissão e anistia, sendo um incentivo a postergação do pagamento até que surja nova norma nesse sentido.

O segundo argumento é a concretização da Justiça Fiscal. Apesar de não ser o tema deste estudo, essa questão está mais relacionada com a forma de tributação e repercussão do ônus financeiro ao consumidor final que com decisões judiciais alargando poderes fiscalizatórios. Essa Justiça ser alcançada por outros instrumentos que não anulam um direito fundamental, por exemplo, quebra do sigilo bancário por decisão judicial, uso de alíquota progressiva e da seletividade. Além disso, não é cobrando mais dos devedores em inadimplemento que será feita essa Justiça, pois a tributação continuará a ser intensa sobre os menos abastados.

O último argumento é que a requisição direta das informações dos contribuintes não viola o sigilo bancário porque elas passarão a ser protegidas pelo sigilo fiscal. Todavia, os sujeitos passivos de ambos os direitos são diferentes: no sigilo bancário é a instituição financeira e no sigilo fiscal é o Fisco. A única coisa em comum entre eles é a proibição que terceiros tenham acesso aos dados que os sujeitos passivos têm em mãos.

Cada direito tem o seu respectivo sujeito ativo e passivo, sendo que esta última figura pode ser substituída por outra, ou não, conforme o caso. Assim, de acordo com o entendimento do STF no RE n. 201.819²¹, não apenas o Estado deve respeitar o devido processo legal, mas também a associação que quiser excluir um associado. Por outro lado, parece óbvio que o direito a ter a sua prisão ilegal relaxada se dirige exclusivamente aos órgãos estatais.

Esse raciocínio ajuda a demonstrar o erro do terceiro fundamento da decisão. O STF permitiu que um bem jurídico tenha sua proteção relativizada porque o sujeito passivo de

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

outro direito fundamental continuará a mantê-lo protegido de terceiros. Poderia, então, a instituição financeira ter acesso aos dados protegidos por sigilo fiscal, já que ela também é obrigada a impedir o acesso de terceiros? Por óbvio que não, pois o bem jurídico objeto de sigilo fiscal é diverso do protegido pelo sigilo bancário. As informações que estes sujeitos passivos têm em mãos são diversas e tem finalidades distintas: um tem acesso porque precisa, dentro de certo limite, fiscalizar os fatos geradores a que os contribuintes deram causa; o outro tem acesso porque foi contratado para fornecer o serviço bancário necessitado.

Desse modo, o argumento de “manutenção do sigilo contra terceiros” não faz sentido, pois o Fisco também é o “terceiro” a que o sigilo bancário pretende impedir o acesso, pouco importando que ele não repasse a outros.

CONCLUSÃO

A privacidade é um direito reconhecido ao indivíduo como forma de manter afastado o acesso de outros a própria vida privada, bem como de exercer plenamente as suas potencialidades. Por essa razão, a sua limitação deve ser feita nos estritos termos da Constituição Federal ou por meio de uma ponderação. Disso decorre a necessidade de interpretação do referido direito, na sua vertente de sigilo bancário, com as cautelas necessárias para que um direito fundamental não seja anulado, tal como ocorre no embate entre regras, em que apenas uma prevalece.

Considerando o conflito entre o direito ao sigilo bancário e o direito de fiscalizar e arrecadar, a solução proposta de se permitir a relativização do referido direito fundamental a partir da prévia manifestação do Poder Judiciário parece ser a que mais se adéqua aos parâmetros de controle de constitucionalidade. Não apenas a isso, mas também atende a necessidade de um convívio harmonioso entre dois direitos dentro de um Ordenamento Jurídico que se pretende livre de antinomias.

Não parece razoável permitir que agentes do Estado, personagens diretamente interessados na arrecadação de tributos, possam ter acesso, por vontade própria, às movimentações bancárias dos contribuintes a pretexto de equacionar um suposto desequilíbrio na capacidade contributiva ou combater ilícitos penais.

A despeito do encerramento do julgamento dos processos em que se questionava a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar n. 105/2001, o debate permanece não apenas para fins acadêmicos, mas também jurisprudenciais, pois, conforme dito antes, o alcance das decisões em controle abstrato não vinculam o Poder Legislativo.

Desse modo, tendo em vista a possibilidade de retomada desse conflito normativo, seria proveitoso o reexame de outros argumentos de modo a se alcançar uma solução que não anule por completo nenhum dos direitos em atrito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

BRASIL. Lei n. 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5105. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&doc ID=10499116>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 201819. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&doc ID=388784>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

CANOTILHO GOMES, J. J. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

GOMES, Marcus Lívio; ANTONELLI, Leonardo Pietro (Org.). *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 2. ed. v. 3. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012.