

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO SIGILO E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA NO BRASIL

CONSTITUTIONAL PROTECTION TO SECRECY AND TAX INSPECTION IN BRAZIL

Antonio Marcus dos Santos

Doutor e Mestre em Filosofia (UFPR). Pós-graduado em Direito Constitucional
e em Direito Tributário.
E-mail: antoniomarkus@yahoo.com.br

Liliam Ferraresi Brighente

Doutora e Mestre em Direito do Estado (UFPR), pós-graduada em Teoria Geral do Direito e em
Direito penal e Criminologia.
E-mail: brighente@yahoo.com

Recebido em: 09/11/2020

Aprovado em: 26/05/2021

RESUMO: O objeto de estudo deste artigo é, de modo geral, a proteção constitucional ao sigilo de dados, compreendida no direito à privacidade e à intimidade, e a sua relação com o poder de fiscalização estatal. Mais especificamente, o tema é a contraposição entre o sigilo bancário e a fiscalização tributária. Ambos os institutos recebem papel de destaque pela Constituição brasileira, e a questão da relação entre ambos gerou nos últimos anos grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência nacionais, especialmente após o advento da Lei Complementar 105/2001, que prevê a possibilidade de a Administração Tributária solicitar às instituições bancárias administrativamente, isto é, sem a necessidade de prévia autorização judicial, dados sobre as movimentações bancárias dos contribuintes. Após vários anos de discussões e mudanças de posição, o STF decidiu em 2016 sobre a constitucionalidade da Lei. Esta decisão continua a produzir repercussões, e entre os seus principais desdobramentos recentes destaca-se o julgamento sobre a possibilidade de órgãos da Administração Tributária compartilharem com órgãos de investigação e persecução criminal, independentemente de autorização judicial, dados protegidos por sigilo fiscal. Um dos objetivos deste trabalho consiste em compreender e relacionar tais decisões, reconduzindo-as a seus pressupostos teóricos e históricos, o que por sua vez requer a discussão de importantes etapas do desenvolvimento do Direito Constitucional contemporâneo.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Intimidade. Privacidade. Sigilo Bancário. Fiscalização Tributária.

ABSTRACT: The research subject of this article is, in general, the constitutional protection of data confidentiality, included in the right to privacy and intimacy, and its relationship with the power of state supervision. More specifically, the subject is the contrast between banking secrecy and tax inspection. Both institutes received a prominent role in the Brazilian Constitution, and the

issue of the relationship between them has led to great controversy in the latest years in national jurisprudence and case law, especially after the advent of Supplementary Law 105/2001, which provides the possibility of the Tax Authorities to request from banking institutions administratively, that is, without the necessity of previous judicial authorization, data on the banking movements of taxpayers. After several years of discussions and changes of position, the STF decided in 2016 on the constitutionality of the Law. This decision continues to produce repercussions, and among its latest main unfoldings stands out the judgment on the possibility of Tax Administration to share with investigative and criminal prosecution agencies, regardless of judicial authorization, data protected by tax secrecy. One of the objectives of this work consists of understanding and connecting such decisions, bringing them back to their theoretical and historical assumptions, which in turn requires the discussion of important stages in the development of contemporary Constitutional Law.

Keywords: Constitutional Law. Intimacy. Privacy. Banking Secrecy. Tax inspection.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais. 1 Direito fundamental à intimidade, à privacidade e ao sigilo de dados. 2 Administração tributária, fiscalização e sigilo – direitos fundamentais e deveres dos contribuintes. 2.1 Administração tributária no Código Tributário Nacional e na Constituição Federal. 2.2 Sigilo fiscal, profissional e bancário segundo o CTN e a LC 105/2001. 3 Perspectiva histórica do sigilo bancário no Brasil e jurisprudência dos tribunais superiores. 3.1 Breve histórico do sigilo bancário no Brasil. 3.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Considerações Finais.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O sigilo de dados recebeu proteção expressa pela Constituição brasileira de 1988, refletindo a preocupação com as liberdades individuais em face da autoridade estatal, em sintonia com o contexto de redemocratização do país e, de modo mais amplo, com as transformações históricas e teóricas que no século XX impactaram o Direito Constitucional europeu após a segunda Guerra Mundial, enfatizando a centralidade da dignidade da pessoa humana. Para uma abordagem atual do tema, deve-se ainda acrescentar a esse panorama histórico o desenvolvimento das tecnologias relacionadas à transmissão e armazenamento de dados que ocorreu com a expansão da internet durante a década seguinte à Constituição de 1988, tornando o tema do sigilo de dados, hoje, tanto mais urgente quanto complexo.

Por outro lado, o mesmo desenvolvimento histórico imprimiu no novo texto constitucional brasileiro um forte traço social, exigindo do Estado a presença cada vez mais ativa na vida dos cidadãos, especialmente na esfera econômica. Trata-se da clássica oposição entre direitos fundamentais individuais e sociais, tradicionalmente conhecidos como direitos fundamentais de primeira e segunda geração,¹ respectivamente, e que se relacionam em uma constante tensão dialética: se, por um lado, os primeiros protegem a esfera privada ou a liberdade individual contra a ingerência do Estado, os segundos exigem essa interferência, na forma de serviços públicos e promoção de igualdade social. Para isso o Estado precisa de recursos, e como uma das principais fontes é a tributação, a Constituição confere centralidade à Administração Tributária nessa finalidade de promoção dos direitos fundamentais, o que permite dizer que o conflito entre o poder estatal de fiscalização e o direito ao sigilo se coloca como um conflito entre diferentes aspectos dos direitos fundamentais.

¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.31-33.

Uma síntese desta tensão ou conflito se encontra expressa no § 1º do art. 145 da Constituição, que de certo modo, portanto, resume toda a problemática abordada neste artigo. Este dispositivo, conhecido por enunciar o princípio constitucional tributário da capacidade contributiva, faculta “à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. A própria busca de justiça social e equidade que fundamenta a atividade arrecadatória impõe à Administração respeitar as diferenças econômicas entre os contribuintes, o que torna necessário conhecer as suas reais condições econômicas, sem deixar de respeitar seus direitos individuais. Nesse sentido, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais simultaneamente exige e limita a fiscalização tributária.

É importante ter ainda em consideração que parte fundamental do direito tributário brasileiro se encontra na Constituição, compondo o que muitos doutrinadores chamam de sistema constitucional tributário.² Neste sentido, o direito tributário brasileiro é eminentemente constitucional, e falar em tensão, conflito ou colisão entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais exige algumas considerações teóricas específicas. De modo geral, as normas que consubstanciam valores constitucionais se caracterizam por certa abertura e indeterminação, que exige do aplicador do direito a adequação de sua incidência ao caso concreto mediante uma ponderação do seu peso ou importância naquele caso, em harmonia com o peso dado aos demais princípios ou valores constitucionais envolvidos. Em outras palavras, não se trata, nestes casos, de simplesmente identificar no ordenamento qual é a norma que se aplica ao caso, excluindo as demais, mas sim de harmonizar os vários princípios em jogo conforme a sua relevância para o caso em questão, os quais incidirão concomitantemente, ainda que conflitantes. Por isso, nenhum princípio ou direito fundamental é absoluto, já que está sempre sujeito a essa ponderação, o que torna tais casos essencialmente complexos.

A explanação em maiores detalhes dessas questões constitucionais e sua contextualização histórica e teórica é tema do primeiro tópico deste artigo, seguido pela abordagem mais aprofundada, tanto na Constituição Federal quanto no ordenamento infraconstitucional, da Administração Tributária e da atividade fiscalizatória, bem como das suas relações com o sigilo fiscal, profissional e bancário, ambos inter-relacionados. O assunto adquiriu grandes proporções no debate doutrinário e jurisprudencial com o advento da LC 105/2001, prevendo o acesso do Fisco aos dados bancários dos contribuintes junto às instituições financeiras através de procedimento administrativo, isto é, sem a necessidade de autorização judicial. O estudo contextualizado desta Lei mostra que ela tem surgimento em meio a uma tendência mais ampla de medidas de flexibilização do sigilo, e a análise de todos esses fatores conduz ao último momento deste estudo, que consiste na análise da jurisprudência.

A discussão sobre a constitucionalidade da LC 105/2001 movimentou por anos a doutrina e os tribunais, chegando por fim ao STF, que depois de longa maturação e mudanças de posicionamento decidiu a controvérsia no final de 2016. Esta decisão traz elementos que ultrapassam o direito tributário e atingem a proteção constitucional ao sigilo de modo amplo e, como se verá ao final, continua a produzir repercussões. Neste sentido, enfatizando a relevância e a atualidade do tema, aborda-se por fim tais repercussões, analisando-se especialmente o impacto que o entendimento proferido pelo STF na referida decisão trouxe para o julgamento de outra questão, desta vez envolvendo a possibilidade de compartilhamento de dados, pelos órgãos administrativos, com órgãos de investigação e persecução criminal, conferindo continuidade à referida tendência de flexibilização do sigilo.

² Cf. ÁVILA, Humberto Bergman. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE, À PRIVACIDADE E AO SIGILO DE DADOS

Conforme assinala Alexandre de Moraes na obra *Direito Constitucional*, “a garantia do sigilo de dados como norma constitucional é previsão recente, pois foi trazida com a Constituição Federal de 1988. Com a inovação vieram inúmeras dúvidas e consequências jurídicas”.³ O tema abordado neste artigo, portanto, apesar do considerável desenvolvimento desde a promulgação da Constituição de 1988, é relativamente recente, e a presente análise pretende registrar alguns momentos importantes da sua construção, tanto em âmbito legislativo, quanto doutrinário e jurisprudencial, mostrando a sua atualidade.

No contexto da nova Constituição, isto é, no momento da redemocratização do país, tratava-se certamente de um tema sensível, com a forte reivindicação de liberdade e de proteção da esfera privada e dos direitos individuais em face da autoridade estatal. Assunto constitucional que também acompanhava a tendência das constituições europeias do período pós-guerra, as quais, como reação ao fenômeno totalitário, enfatizavam a dignidade humana como fundamento do Estado Constitucional de Direito. Por outro lado, esse mesmo impulso democrático imprimiu no texto constitucional brasileiro um forte caráter social, marcado pela incumbência do Estado de promoção do bem-estar social e do combate à desigualdade, justificando a sua presença na propriedade e na vida privadas.

O tema estudado neste artigo, portanto, está situado neste quadro teórico e histórico. A proteção ao sigilo bancário se encontra dentro deste âmbito de proteção da esfera privada em face do poder público, ao passo que o afastamento deste sigilo pelo Fisco encontra seu fundamento constitucional sobretudo na função atribuída ao Estado de promoção de direitos sociais, oferecendo serviços públicos e combatendo a desigualdade, atividades que são a própria justificativa da fiscalização e da arrecadação tributárias.

Abordando o referido quadro teórico de modo mais amplo, pode-se expor a questão como uma tensão entre direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão. Ou seja, entre o direito à abstenção do Estado diante da liberdade individual, característico das sociedades e revoluções liberais nas quais o movimento constitucionalista moderno teve início, e os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, surgidos historicamente como um contraponto a esse primeiro período e marcando a concepção do Estado Social de Direito, do qual se esperam prestações positivas na promoção dos direitos fundamentais, ultrapassando o plano meramente formal do texto constitucional e concretizando esses direitos através da aplicação da Constituição em toda a sua força normativa.

Essas breves referências já fornecem uma dimensão inicial das dificuldades trazidas pela inclusão do sigilo de dados na Constituição, apontadas acima pelo referido autor. Com tantos valores constitucionais implicados, a primeira dificuldade talvez seja delimitar o conceito de sigilo, seus diferentes aspectos e a proteção constitucional dada a cada aspecto indicado por este conceito, cuja amplitude se torna visível a partir de um rápido olhar para a doutrina:

As comunicações de dados compreendem todas as informações confidenciais sobre pessoas físicas e jurídicas, presentes nos bancos; nas instituições financeiras, creditícias e fazendárias; nos fichários, pastas, arquivos e cadastros dos órgãos dos Poderes Públicos e dos organismos privados.

Em princípio, os dados devem permanecer em segredo, para não violar o direito à privacidade (CF, art. 5º, X).⁴

³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 96.

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.588.

O sigilo bancário, portanto, está incluído nessa acepção ampla do sigilo de dados. Embora o texto constitucional não mencione expressamente “sigilo bancário”, compreende-se que este se encontra protegido pelo artigo 5º da Constituição Federal. Conforme destacado pela ministra Ellen Gracie, “o chamado sigilo fiscal (e, naturalmente, o mesmo deve ser entendido para o sigilo bancário, acrescente-se), nada mais é que um desdobramento do direito à intimidade e à vida privada”.⁵ Mais precisamente, os dispositivos constitucionais nos quais se baseia a proteção ao sigilo bancário são os incisos X e XII, que mencionam, respectivamente, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do sigilo de dados.

Deste modo, pode-se dizer que “a inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII) complementa a previsão ao direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X)”,⁶ sendo ambos direitos inerentes à personalidade. Embora se possa traçar uma diferença entre os conceitos de “intimidade” e “privacidade”, ambos são regidos pelo mesmo princípio da exclusividade, que assegura ao indivíduo, conforme explica Tércio Sampaio Ferraz Jr,

sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde, pois, a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos.⁷

O autor aponta para uma distinção na qual a intimidade consiste em um âmbito mais exclusivo dentro da privacidade. A primeira questão que se coloca seria, por conseguinte, como situar o sigilo bancário nessa classificação, bem como determinar o grau de exclusividade que lhe cabe e a respectiva proteção jurídica. Em sede jurisprudencial, encontramos a aplicação de uma concepção bastante semelhante, apresentada pelo ministro Ayres Britto em seu voto no RE 389.808/PR,⁸ que será analisado adiante. De acordo com o ministro, enquanto “a intimidade significa o indivíduo consigo mesmo, por exemplo, redigindo o seu diário, ele sozinho e a sua consciência, a privacidade significa um relacionamento no âmbito menor de pessoas, como uma troca de *e-mails*, por exemplo. Isso é expressão de privacidade”.

Essa comunicação privada entre sujeitos pode envolver tanto relações pessoais quanto comerciais ou profissionais, e por isso o ministro propõe mais uma distinção, entre dados inerentes à personalidade ou à propriedade. Em outras palavras, entre os dados do ser e os dados do ter. “O que o Direito tem em conta cada vez mais, notadamente o Direito Constitucional, é a preservação dos dados do ser, [...] porque atinentes a bens de personalidade”. Por outro lado,

os dados do ter, do patrimônio, dos rendimentos, as atividades econômicas, na sua objetividade, tudo isso é vocacionado para uma abertura. O futuro não vai preservar senão os dados do ser. Os dados do ter serão cada vez mais escancarados, porque patrimônio e renda são obtidos na sociedade, e a sociedade precisa saber o modo pelos quais esses bens, conversíveis em pecúnia, foram obtidos e em que eles consistem. Isso é da lógica natural de uma sociedade que faz da transparência e da previsibilidade verdadeiros pilares da democracia.

⁵ HC 87.654, j. 07.03.2006.

⁶ MORAES, 2018, p. 97.

⁷ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 1, 1992, p. 441.

⁸ RE 389.808/PR, rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe de 10.5.11.

Esse raciocínio, portanto, toma o direito ao sigilo como expressão dos direitos da personalidade e gradua a proteção aos dados sigilosos de acordo com a sua proximidade com o ser da pessoa, propondo por fim uma distinção importante entre os domínios do ser e do ter. A despeito da plausibilidade desta reflexão, entretanto, não se pode deixar de ponderar que tais domínios estão intimamente relacionados, o que torna a distinção entre eles difícil e complexa, não apenas pela relação intrínseca entre a propriedade e a autonomia individual, já afirmada enfaticamente pela filosofia liberal clássica, mas também porque as operações econômicas indicam, além de dados financeiros, várias características pessoais, conforme argumenta Celso Bastos nos seguintes trechos comentados por Alexandre de Moraes:

Como salienta Celso Bastos, “não é possível atender-se tal proteção (intimidade) com a simultânea vigilância exercida sobre a conta bancária ou as despesas efetuadas com cartões de crédito pelo cidadão”, pois “a doação feita a um partido político ou a uma seita religiosa (...) poderia ser identificada pelos órgãos fazendários que estariam desvendando uma vontade secreta do benemérito”, e continua sua exposição dizendo “do atraso de pagamento da fatura de um cartão de crédito, ou de uma duplicata por dificuldades financeiras, ou da existência de saldo bancário desfavorável poderia ter ciência a União se houvesse a quebra do sigilo bancário e creditício, implicando, senão a comunicação a outros órgãos ou a adoção de medidas, ao menos o conhecimento de fatos relevantes e embaraçosos relativos à intimidade.”⁹

De modo sintético, portanto, pode-se colocar a questão do seguinte modo. O sigilo bancário está incluído na proteção constitucional à intimidade e à privacidade. Estes conceitos, por sua vez, são complexos, e a articulação de seus vários aspectos repercute na sua aplicação e na respectiva proteção constitucional. A perspectiva acima, por exemplo, destacada da jurisprudência do STF, que distingue “dados do ser” e os “dados do ter” e considera esta última digna de uma proteção mais modesta, em razão dos interesses sociais e de ordem pública envolvidos, tem se mostrado influente. É o que se observa na prática decisória, na qual os dados econômicos são tratados como “uma dimensão relativamente mais fraca da proteção da vida privada, visto que se tem admitido uma ampla possibilidade de intervenções legítimas”.¹⁰ Isso leva parte da doutrina a adotar uma posição mais crítica e a afirmar que, diante das “expressivas limitações estabelecidas a tais sigilos, bem como a relativa facilidade com que são determinadas quebras de sigilo fiscal e bancário no Brasil, é mesmo de se indagar o quanto de fato é possível falar aqui de direitos fundamentais.”¹¹

A crítica levantada é pertinente e indica a dificuldade em se conceber um direito fundamental que é com frequência mitigado em face de outros interesses. Por outro lado, ela se junta às demais reflexões apresentadas acima indicando a complexidade da questão e a necessidade prévia de uma discussão teórica e metodológica apropriada. Mais especificamente, a situação remete a desenvolvimentos teóricos do direito constitucional contemporâneo que visam explicitar critérios para a aplicação de princípios constitucionais em conflito. Partindo dessa perspectiva teórica, pode-se inicialmente afirmar que o reconhecimento do sigilo bancário como um direito fundamental não exclui a possibilidade de diferenciação qualitativa entre os dados abarcados pelo sigilo e a atribuição de diferentes graus de proteção, e também não exclui a possibilidade de sua mitigação em caso de colisão com outros interesses constitucionais. Esse é, aliás, um procedimento típico quando se trata de direitos fundamentais, princípios ou valores constitucionalmente protegidos, a saber, a atribuição de diferentes pesos ao princípio a depender do caso concreto e dos

⁹ BASTOS, Celso. **Estudos e pareceres de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 63 *apud* MORAES, 2018, p. 97.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 579.

¹¹ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, *loc.cit.*

demais valores constitucionais em conflito. Essa atribuição de peso tem sido designada como ponderação, sopesamento ou balanceamento e constitui tema central para a teoria e para a aplicação da Constituição nos últimos anos, com especial referência às obras de Robert Alexy.¹²

Trata-se de um método de hermenêutica e aplicação de princípios jurídicos, que são enunciados normativos caracterizados pela sua estrutura mais aberta, com mais elevado nível de abstração e indeterminação, diferentemente das regras jurídicas. Explicando esta diferença, Ronald Dworkin¹³ - outro autor de importância neste desenvolvimento teórico -, afirma que as regras se aplicam à maneira do tudo ou nada, isto é, quando o caso está subsumido sob determinada regra, esta se aplica integralmente, afastando as demais. No caso dos princípios, ao contrário, a colisão entre dois ou mais princípios aplicáveis ao caso deve ser tratada por meio de uma ponderação que identifica os valores mais relevantes para o caso concreto e busca a sua harmonização, podendo dar pesos diferentes a cada um. Os princípios, neste sentido, nunca são absolutos, mas sempre relativos. Concluindo esta breve explicação, é oportuna a observação do professor Canotilho: “os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta”.¹⁴

Como a Constituição é marcada pela presença deste tipo de enunciado normativo, a ponderação é o método predominante em matéria constitucional. No presente caso, em que se discute o sigilo bancário como uma expressão da privacidade e da intimidade, o caráter indeterminado do dispositivo constitucional é manifesto, e os critérios para a sua aplicação serão determinados a partir da ponderação com outros princípios envolvidos, como a supremacia do interesse público e a igualdade, além dos próprios princípios constitucionais tributários. É o que explica a doutrina de Gilmar Mendes:

A determinação judicial de quebra de sigilo bancário subordina-se à real necessidade de preservar um outro valor com *status* constitucional, que se sobreponha ao interesse na manutenção do sigilo. Além disso, deve estar caracterizada a adequação da medida ao fim pretendido, bem como a sua efetiva necessidade – i. é., não se antever outro meio menos construtivo para alcançar o mesmo fim.¹⁵

A mitigação do sigilo bancário em determinadas situações, portanto, não significa que ele deixa de ser um direito fundamental, mas sim que ele está sujeito à ponderação. A própria atividade de ponderação, por sua vez, está sempre vinculada a um princípio que lhe serve de diretriz: a proporcionalidade. Deste princípio emanam os primeiros critérios para a avaliação de possíveis restrições a direitos fundamentais em vista do interesse público: tal restrição deve ser excepcional, justificada e unicamente para assegurar outro direito fundamental ou interesse coletivo constitucionalmente garantido. Deve ainda optar sempre pelo meio menos gravoso para se atingir o fim almejado, e com a observância de outros princípios associados à proporcionalidade, como o devido processo legal e a razoabilidade.

Essa discussão metodológica prévia fornece assim alguns elementos para uma avaliação do tratamento conferido ao sigilo bancário no Brasil, tanto no âmbito legislativo quanto na jurisprudência. No que tange a esta última, a doutrina tem apontado criticamente a inobservância, na prática dos tribunais, da excepcionalidade da quebra do sigilo: “especialmente observando a jurisprudência das instâncias ordinárias, é possível questionar o quanto tal excepcionalidade tem

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160.

¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 251.

sido observada, dada a relativa facilidade com que se autoriza a quebra do sigilo fiscal e bancário, mesmo na esfera judicial”.¹⁶ Caberia acrescentar que não se exige, para a quebra do sigilo bancário, a existência de investigação criminal, diferentemente do que ocorre com o sigilo das comunicações. A propósito, além disso se discute atualmente inclusive a necessidade de decisão judicial para seu afastamento.

Este último ponto conduz aos últimos desenvolvimentos legislativos sobre a matéria, dos quais se originaram as mais importantes controvérsias. Mais especificamente, o debate sobre o tema tomou grandes proporções a partir do ano de 2001, com o advento da Lei Complementar 105, prevendo a transferência de dados bancários dos contribuintes pelas instituições financeiras ao Fisco através de procedimento administrativo, ou seja, sem a necessidade de autorização judicial. A compreensão de toda a extensão do problema, entretanto, requer a contextualização desta Lei com outras disposições normativas que lhe acompanharam. Cabe lembrar, por exemplo, que a Lei Complementar 104, publicada no mesmo dia, ampliou no art. 198 do Código Tributário as hipóteses de flexibilização do sigilo fiscal, destacando-se a possibilidade de compartilhamento de informações entre as administrações tributárias dos diversos entes da federação. Esta mesma previsão foi incorporada na Constituição pela Emenda Constitucional 42/2003, que incluiu o inciso XXII do art. 37. O entendimento que veio a justificar essas disposições era basicamente o de que nesta hipótese de compartilhamento não há uma quebra do sigilo fiscal, porque este continuará a ser mantido pelo ente receptor dos dados. Posteriormente, tal entendimento foi de certo modo estendido para o sigilo bancário e invocado em defesa da Lei Complementar 105/2001, sob a alegação de que também no caso de compartilhamento de informações pelas instituições bancárias os dados recebidos pelo Fisco permanecem sigilosos, com a única diferença de que o sigilo bancário passa a ser fiscal. A discussão sobre a constitucionalidade da referida Lei movimentou por anos a doutrina e a jurisprudência, chegando por fim ao STF, que depois de longa deliberação e mudanças de posicionamento, proferiu decisão em 2016, a qual ainda está produzindo repercussões e será objeto de análise deste trabalho.

No entanto, esta análise da jurisprudência da Suprema Corte requer previamente, além dos apontamentos históricos e teóricos acima iniciados, a elucidação do correspondente contexto legislativo. Com este objetivo, a análise a seguir inicia com o estudo do estatuto jurídico da Administração Tributária e da atividade fiscalizatória, o qual se encontra em grande medida delineado na própria Constituição de 1988, abordando em seguida o tema no ordenamento infraconstitucional, sobretudo no Código Tributário Nacional e na Lei Complementar 105/2001, preparando assim a análise do tema junto ao STF.

2 ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, FISCALIZAÇÃO E SIGILO – DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEVERES DOS CONTRIBUINTES

2.1 Administração Tributária no Código Tributário Nacional e na Constituição Federal

A Administração Tributária é o ramo especializado da Administração Pública voltado para a constituição, fiscalização e cobrança de créditos tributários. Sob certo aspecto, ela se diferencia da Administração Fiscal, na medida em que esta última é mais ampla e abrange também os créditos não tributários. É neste sentido mais amplo, por exemplo, que se costuma designar como Lei de Execução Fiscal a Lei nº 6.830/80, que trata da cobrança judicial, pela Fazenda Pública, de ambos os tipos de créditos.¹⁷

A Administração Tributária é um tema originalmente constante do Código Tributário (arts. 194 a 208), e que foi contemplado também como tema constitucional pela Constituição de

¹⁶ SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 580.

¹⁷ Cf. CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, pp. 817 e 985.

1988, na qual ela é mencionada expressamente em vários artigos. A Emenda Constitucional nº 42, de 2003, reforça a sua importância ao incluir o inciso XXII do artigo 37, com a seguinte redação:

XXII — as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

A mesma Emenda Constitucional, prestigiando o caráter essencial das administrações tributárias à qual se refere o dispositivo citado, coloca, no inciso IV do artigo 167, as atividades por elas desenvolvidas entre as exceções à vedação de vinculação de receitas advindas de impostos.

A Constituição, portanto, atribui fundamental importância à Administração Tributária para o funcionamento do Estado, isto é, para a sua manutenção e para a consecução de suas finalidades. Neste sentido, o § 1º do art. 145 da Constituição, ao mesmo tempo em que enuncia o princípio da capacidade contributiva, confere a ela a faculdade de fiscalizar “os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” na busca da efetividade de tal princípio:

Art. 145. [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Conforme comenta Machado Segundo, ao atribuir à administração tributária a faculdade de fiscalização do patrimônio e dos rendimentos dos contribuintes, a Constituição “legitimou, em outros termos, o poder de fiscalizar, transformando-o em competência”.¹⁸ Em contrapartida, esse fortalecimento da administração tributária deve ser harmonizado e colocado em equilíbrio com as proteções e garantias que a própria Constituição oferece aos contribuintes. Como ressalta este mesmo doutrinador, não se pode deixar de observar, entretanto, que o mesmo artigo menciona expressamente “dois importantes limites estabelecidos à atividade de fiscalização: a legalidade e o respeito aos direitos individuais”.¹⁹ Este dispositivo, assim, expõe de modo exemplar o duplo aspecto simultaneamente presente na competência tributária: a atribuição e a limitação de um poder.

Exatamente por isso, a discussão sobre a amplitude e as limitações do poder de tributar – e todos os poderes que dele derivam, examinados adiante –, invoca primeiramente a discussão sobre a competência tributária, a qual consiste precisamente na parcela de poder que o ente tributante recebe da Constituição. Em íntima conexão aparece o princípio da legalidade, pois a competência constitucionalmente recebida pelo ente tributante deverá passar pela lei antes de chegar aos atos administrativos, nos quais se dá a execução das leis e a concretização da competência pela administração tributária.

Como consequência, a Administração Tributária, ao perseguir a efetividade da lei tributária, efetividade que consiste, em última instância, na obtenção de receita pública para o financiamento da atividade estatal (aí incluídas a tarefa de fiscalizar e punir), não pode se eximir de atuar dentro dos limites da mesma lei que aplica. Deste modo, o dispositivo constitucional citado nos informa que “as atribuições fiscalizatórias devem contar com previsão e disciplinamento *em*

¹⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 260.

¹⁹ MACHADO SEGUNDO, loc. cit.

lei e, além disso, essa lei, para ser válida, não pode desrespeitar os direitos individuais (CF/88, art. 145, §1º).²⁰

Deste modo, o texto constitucional indica claramente a íntima relação entre o princípio da legalidade e os direitos individuais, na medida em que a lei delimita o poder de agir da Administração e assim protege a esfera individual de intromissões indevidas, acarretando a anulação dos atos que venham a ultrapassar esse limite. A atividade da Administração Tributária, portanto, é sempre vinculada à lei, conforme claramente expressa o Código Tributário ao conceituar tributo como prestação “instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”, ou ainda ao definir o lançamento tributário, no art. 142, como atividade administrativa “vinculada e obrigatória”.

Esta última expressão nos mostra um traço importante da competência e da legalidade tributária, que consiste em um poder-dever. Se, por um lado, a administração tributária só pode agir nos limites que a lei previamente determina, por outro lado a mesma lei determina que ela aja efetivamente. Esse mesmo duplo aspecto se encontra claramente presente no art. 145 da Constituição, que, de um lado, expressa os limites à fiscalização tributária, como aqueles da legalidade e das garantias individuais, mas de outro, ao exigir a efetivação de princípios limitativos do poder de tributar (como o da capacidade contributiva e o da igualdade), faculta e, mais que isso, exige, no mesmo dispositivo, que a Administração fiscalize rigorosamente os contribuintes para conhecer as suas reais condições econômicas e, de acordo com estas, efetivamente cobrar os tributos.

Dito de outra forma, se por um lado a competência tributária é exercida nos limites da lei, por outro esta lei exige o seu efetivo exercício. É esse aspecto de poder-dever inerente à competência e à legalidade tributária, portanto, que exige uma constante ponderação e controle de proporcionalidade.

No Código Tributário, a competência tributária é tratada nos arts. 6º a 8º, de acordo com os quais ela “compreende a competência legislativa plena”, que inclui legislar, arrecadar e fiscalizar tributos. Seu exercício se materializa, portanto, em um conjunto de atividades que, além de instituir obrigações tributárias por meio de lei, controla o cumprimento dessas obrigações, tanto das principais quanto das acessórias, estendendo-se desde a Constituição até os mais básicos atos administrativos das autoridades fiscais, conforme se depreende do o art. 194:

Art. 194. A legislação tributária, observado o disposto nesta Lei, regulará, em caráter geral, ou especificamente em função da natureza do tributo de que se tratar, a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

É importante observar que a expressão “legislação tributária”, utilizada pelo dispositivo, tem um significado peculiar, na medida em que dá título a um tópico específico do CTN, inaugurado pelo art. 96, que delimita expressamente o seu significado:

Art. 96. A expressão "legislação tributária" compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Cabe destacar, todavia, que embora a expressão “legislação tributária” abranja diversas espécies normativas, a interpretação do art. 194 deve obedecer ao princípio da estrita legalidade. Ou seja, “só a lei tributária pode conferir a competência para a fiscalização, cabendo às demais dispor sobre aspectos procedimentais, que diretamente obrigam o sujeito ativo e por reflexo

²⁰ MACHADO SEGUNDO, loc. cit.

influem sobre o sujeito passivo”.²¹ A partir destas premissas, autorizada doutrina conclui que só a lei em sentido estrito pode instituir obrigação tributária principal:

Assim, conclui-se que as normas que não decorram de *lei* não poderão impor obrigações principais, podendo tratar de simples obrigações acessórias, em face do que preconiza o dispositivo constitucional de que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei”.²²

O parágrafo único do art. 194 trata de especificar as pessoas que estão sujeitas à fiscalização: “pessoas naturais ou jurídicas, contribuintes ou não, inclusive às que gozem de imunidade tributária ou de isenção de caráter pessoal”. Como se vê, a indicação não é tão específica, pois sujeita de modo generalizado as pessoas físicas e jurídicas, contribuintes ou não. E, cabe acrescentar, independentemente de capacidade civil ou tributária das pessoas físicas, bem como da constituição regular das pessoas jurídicas (art. 126).

É importante destacar que as pessoas imunes ou isentas, referidas no final do dispositivo, mesmo que não estejam obrigadas ao pagamento de determinado tributo, devem cumprir as obrigações acessórias, mantendo-se assim sujeitas à fiscalização. Conforme entendimento já expresso pelo Superior Tribunal de Justiça, “a lei pode impor obrigações acessórias às empresas, ainda que não sejam contribuintes do tributo”.²³ Cabe observar, porém, que deve haver pertinência entre a pessoa fiscalizada e o objeto da investigação, sob o risco de se caracterizar abuso, especialmente se tal pessoa não tem relação com a obrigação principal. Assim sendo, o objeto da investigação é um dos limites à atividade fiscalizatória, conforme entendimento expresso na Súmula 439 do STF: “Estão sujeitos à fiscalização tributária ou previdenciária, quaisquer livros comerciais, limitado o exame aos pontos objeto da investigação”.

Neste enunciado, o Supremo Tribunal Federal deixa claro que, na tarefa de impelir ao cumprimento das obrigações tributárias, a atividade administrativa e fiscalizatória deve permanecer fiel aos seus limites, especialmente à legalidade e aos direitos individuais. Aqui, mais uma vez é oportuna a referência à vinculação aos limites da competência administrativa e observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A fiscalização deve permear seu trabalho mantendo-se fiel aos campos de interesse da Administração, sem promover a extrapolação da sua competência administrativa. Temos dito que a exigência estatal deve homenagear a parcimônia, a fim de que o cumprimento da medida pelo administrado venha a alimentar o interesse público que a justifica. Toda exigência deve ser geral, dotada de razoabilidade e tendente a proteger os interesses públicos primários.²⁴

Sobre o tema, o entendimento proferido pelo STF declara expressamente ser inadmissível a adoção de meios coercitivos pela Administração para a exigência de tributo. Essa visão protetiva dos direitos individuais, limitadora da fiscalização, se encontra expressa pela Suprema Corte nos enunciados da Súmula 70, segundo a qual “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”, bem como na Súmula 323, que afirma que “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”. Esses enunciados avançam na tarefa de delimitar a competência tributária, a qual, conforme exposto acima, é atribuída à Administração de modo bastante abrangente, em seus aspectos legislativo e administrativo.

²¹ NOUR, Ricardo Abdul. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 494 *apud* SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1314.

²² SABBAG, 2017, p. 1314.

²³ Cf. REsp 89.967/RJ, 2ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. em 28.04.1998.

²⁴ SABBAG, 2017, p. 1315.

Uma leitura mais detida do enunciado da Súmula n. 439, por outro ângulo, mostra que embora a fiscalização esteja limitada aos pontos objeto da investigação, quaisquer livros comerciais que se relacionem com este objeto estão sujeitos à fiscalização. Reforçando estes poderes de fiscalização, o art. 195 do CTN veda expressamente quaisquer disposições legais tendentes a limitar a atividade fiscalizatória ou a obrigação do contribuinte de exibir seus registros fiscais e contábeis:

Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.

Com este dispositivo, o Código Tributário tornou sem efeito, à época, os artigos 17 e 18 do Código Comercial (Lei n. 556/1850), atualmente revogados pelo Código Civil, e que determinavam:

Art. 17. Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício.

Art. 18. A exibição judicial dos livros de escrituração comercial por inteiro, ou de balanços gerais de qualquer casa de comércio, só pode ser ordenada a favor dos interessados em gestão de sucessão, comunhão ou sociedade, administração ou gestão mercantil por conta de outrem, e em caso de quebra.

Do mesmo modo, o Fisco não se sujeita aos procedimentos previstos nos artigos 420 e 421 do Código de Processo Civil para o acesso a documentos pela via judicial, uma vez que pode exigi-lo administrativamente. A recusa do contribuinte em exibi-los, por sua vez, pode ensejar o lançamento por arbitramento, nos termos do artigo 148 do CTN, bem como responsabilidade por crime contra a ordem tributária (art. 1º, I, da Lei n. 8.137/90) ou contra a Administração (art. 330 do Código Penal).

O parágrafo único do art. 195 prevê ainda a obrigação de guardar os livros fiscais e os comprovantes dos seus lançamentos até a prescrição dos créditos. Sobre o tema, merece destaque a jurisprudência do STJ,²⁵ segundo a qual a preservação destes documentos deve ser na forma física, sendo insuficiente a mera digitalização. Este ponto adquire importância para o tema deste artigo na medida em que, como se verifica na jurisprudência, conduz à necessidade de interpretação e definição do conceito constitucional de “casa”, bem como da proteção constitucional conferida à casa pelo inciso XI do art. 5º da Constituição, cuja redação dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador”.

Ao abordar a questão, o STF atribuiu ao conceito um sentido consideravelmente amplo, abrangendo qualquer espaço privado, não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade, compreendendo os escritórios profissionais. Neste sentido, o STF considerou ilícita a entrada de agentes da administração tributária em escritório de contabilidade, contra a vontade de seu titular e sem autorização judicial, a fim de realizar atividades de fiscalização ou apreensão de documentos físicos ou digitais:

²⁵ REsp 63.585/DF, 2ª T., rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 16.06.1998.

EMENTA: Fiscalização tributária. Apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada, em escritório de contabilidade, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial. Inadmissibilidade. Espaço privado, não aberto ao público, sujeito à proteção constitucional da inviolabilidade domiciliar (CF, art. 5º, XI). Subsunção ao conceito normativo de “casa”. Necessidade de ordem judicial. Administração pública e fiscalização tributária. Dever de observância, por parte de seus órgãos e agentes, dos limites jurídicos impostos pela Constituição e pelas leis da República. Impossibilidade de utilização, pelo Ministério Público, de prova obtida em transgressão à garantia da inviolabilidade domiciliar. Prova ilícita. Inidoneidade jurídica. *habeas corpus* deferido. Administração tributária. Fiscalização. Poderes. Necessário respeito aos direitos e garantias individuais dos contribuintes e de terceiros. (HC 82.788/RJ, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. em 12-04-2005)

Percebe-se, assim, a íntima conexão entre as garantias individuais asseguradas pelos incisos X, XI e XII do artigo 5º da Constituição, que abrangem a inviolabilidade do domicílio, da intimidade e da privacidade, incluindo nestes conceitos a esfera profissional e os vários aspectos do sigilo fiscal, pessoal e profissional. Neste ponto, ganha destaque o sigilo bancário, que relaciona simultaneamente o direito à intimidade e privacidade do contribuinte e o sigilo profissional da instituição financeira, tema que remete diretamente ao artigo 197 do CTN, abordado a seguir.

2.2 Sigilo fiscal, profissional e bancário segundo o CTN e a LC 105/2001

Conforme visto acima, o parágrafo único do artigo 194 indica, de modo bastante generalizado, as pessoas sujeitas à fiscalização tributária: “pessoas físicas e jurídicas, contribuintes ou não”. O artigo 197, por sua vez, trata de ampliar este rol, indicando um grupo de não contribuintes sujeitos a fornecer ao Fisco informações de seu interesse acerca de bens, negócios ou atividades de terceiros:

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

Este dispositivo determina, portanto, que as pessoas nele mencionadas apresentem as informações de interesse da fiscalização “mediante intimação escrita” da autoridade administrativa, isto é, independente de ordem judicial. Conforme Hugo de Brito Machado, as pessoas referidas no inciso VII, como se depreende da própria redação do dispositivo, estão obrigadas a prestar tais informações

somente quando designadas em *lei*. Não se tratando de sujeito passivo da obrigação tributária, o dever de informar não pode ser considerado obrigação tributária acessória. Neste caso, portanto, esse dever de informar há de ser previsto em *lei*. Não em normas inferiores integrantes da *legislação* tributária”²⁶

Deve-se destacar, com base no parágrafo único acima transcrito, que a obrigação nele imposta encontra limite no chamado sigilo profissional, e por isso não abrange aqueles profissionais legalmente obrigados pelo dever de sigilo. Conforme observa Paulo de Barros Carvalho, entre estes profissionais encontram-se “o psicólogo, o médico, o advogado, e tantas outras pessoas que, em virtude de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão, tornam-se depositárias de confidências, muitas vezes relevantíssimas para o interesse do Fisco”, e por isso “não estão cometidas do dever de prestar informações previstas no art. 197”. Nesses casos, o poder de fiscalização “não pode ingressar no secreto vínculo que se estabelece no exercício de certas profissões, em que a própria lei que as regula veda terminantemente a quebra do sigilo”.²⁷

O sigilo fiscal, por sua vez, consiste em um dever semelhante ao que caracteriza o sigilo profissional, mas dirigido especialmente ao Fisco. Vale dizer, aos agentes públicos, que também detêm, em razão do seu ofício, dados sobre a vida dos contribuintes fiscalizados, sobre os quais o Fisco deve manter sigilo. É o que dispõe o artigo 198 do CTN:

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.

A primeira das exceções ao sigilo fiscal é trazida pelo artigo 199, que possibilita compartilhamento de informações entre os entes tributantes no exercício da atividade fiscalizatória. É o que dispõe o artigo 199 do CTN:

Art. 199. A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio.

Referido dispositivo autoriza, inclusive por razões de economia e eficiência, as várias esferas federativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a prestar assistência mútua para a fiscalização dos respectivos tributos, o que inclui em primeiro plano a troca de informações fiscais, a ser estabelecida por lei ou convênio. Na mesma direção, a LC 104/2001 acrescentou o parágrafo único ao art. 199, dispondo que a “Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios”, poderá estabelecer cooperação similar com Estados estrangeiros, isto é, no interesse da fiscalização e arrecadação de tributos.

Essa cooperação entre as diversas esferas da federação é um mecanismo de grande importância para a efetividade da fiscalização e da arrecadação, já que frequentemente as atividades econômicas estão inter-relacionadas. Uma prestação de serviços, por exemplo, tributada pelo ISS na esfera municipal, ou uma venda de mercadoria, sobre a qual incidirá o ICMS na esfera estadual, resultará em lucro que será tributado, na esfera federal, pelo IR. Neste sentido, baseando-se no art. 199, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁸ já considerou válido o lançamento tributário realizado pelo Fisco Federal tomando de empréstimo um auto de infração de ICMS de um fisco estadual, vindo este auto de infração a servir como prova de fatos geradores do imposto de renda.

²⁶ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 237.

²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 691.

²⁸ STJ, 2ª T., REsp 81.094/MG, Rel. Min. Castro Meira, j. em 5/8/2004, DJ de 6/9/2004, p. 187.

A Segunda Turma do mesmo tribunal considerou não haver ilegalidade no lançamento de tributo federal efetuado com base em lançamento tributário estadual, utilizado como prova emprestada, desde que os dados tenham sido obtidos com respeito às formalidades legais, proporcionando ampla defesa ao contribuinte e respeitando a autonomia dos diferentes entes tributantes envolvidos.

A referência à legalidade, neste ponto, deve ser destacada. Não se pode esquecer que, nos termos do artigo 142, o lançamento é atividade privativa da respectiva autoridade administrativa detentora da competência tributária. O acesso e o compartilhamento indiscriminado de informações, por conseguinte, mesmo que entre entes públicos, além de fonte de insegurança para os contribuintes, também seria uma forma de violação à competência. Neste sentido, o STJ também já chegou a declarar ilegal, por outro lado, o fato de um determinado município empreender a fiscalização de dados sob competência de outro:

FISCALIZAÇÃO MUNICIPAL. APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ESTABELECIMENTOS SITUADOS EM OUTROS MUNICÍPIOS. 1. A fiscalização municipal deve restringir-se à sua área de competência e jurisdição. 2. Ao permitir que o Município de São Paulo exija a apresentação de livros fiscais e documentos de estabelecimentos situados em outros municípios, estar-se-ia concedendo poderes à municipalidade de fiscalizar fatos ocorridos no território de outros entes federados, inviabilizando, inclusive, que estes exerçam o seu direito de examinar referida documentação de seus próprios contribuintes. 3. Recurso parcialmente conhecido e não provido. (REsp 73.086, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 17-6-2003.)

É importante observar que antes do advento da Lei Complementar 104/2001, o art. 198 possuía apenas o parágrafo único, de acordo com o qual se excetuavam do sigilo fiscal “unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça”. Ou seja, além dos casos de requisição judiciária, excetuavam-se apenas os casos de compartilhamento de informações fiscais entre os entes da federação, conforme previsão do artigo 199, analisado acima. A referida lei complementar, entretanto, excluiu esse parágrafo único e acrescentou três novos parágrafos, nos quais, além da antiga exceção no art. 199, ampliaram-se consideravelmente as exceções ao sigilo fiscal.

Entre estes acréscimos, merece destaque o § 3º, que estabelece que não é vedada a divulgação, pelo Fisco, “de informações relativas a I – representações fiscais para fins penais; II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública; III - parcelamento ou moratória”. Dentre essas três hipóteses, possui utilidade mais visível a do inciso II, visto que a publicização das inscrições em dívida ativa é importante para a proteção de terceiros de boa-fé que venham a efetuar negócios com contribuintes com débitos inscritos, uma vez que a alienação de bens por estes últimos presume-se fraudulenta, de acordo com o art. 185 do CTN, podendo ser desconstituída pela Fazenda Pública e desse modo acabando por atingir terceiros que adquirem esses bens. Conforme aponta Machado Segundo, é “importante dar aos terceiros que com ele negociam instrumentos por meio dos quais possam saber da existência de tais débitos e da possibilidade de o negócio que estão a fazer ser desconsiderado pela Fazenda Pública credora”.²⁹ Entretanto, na visão do mesmo doutrinador, as demais hipóteses não encontram igual respaldo:

É bastante criticável essa autorização de divulgação, que, principalmente no caso de representação fiscal para fins penais e de concessão de parcelamentos e moratórias, não tem qualquer razão de ser que não a coação psicológica sobre o contribuinte, para coagi-lo ao pagamento do tributo, mesmo que indevido, mediante a exposição de sua situação de inadimplência.³⁰

²⁹ MACHADO SEGUNDO, 2018, p. 260.

³⁰ MACHADO SEGUNDO, loc cit.

Sobre este mesmo ponto, a crítica de Hugo de Brito Machado é bem mais severa:

A Lei Complementar n. 104, de 10.1.2001, alterou a redação do *caput* do art. 198 do CTN, e substituiu por três o seu parágrafo único, ampliando as exceções ao dever de sigilo fiscal. Na prática, pode-se dizer que já não existe o sigilo fiscal, pelo menos para impedir o que as autoridades da administração tributária mais gostam de fazer, que é utilizar a publicidade sensacionalista como forma de constranger o contribuinte.³¹

O autor aponta criticamente para a ampliação das exceções ao sigilo fiscal operada pela LC 104/2001. Entre essas alterações trazidas por esta Lei, não se pode deixar de mencionar o §2º do art. 198:

§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.

Este dispositivo traz uma questão relevante no âmbito do sigilo fiscal, ao dispor sobre o intercâmbio de informação sigilosa. A ideia a princípio pode suscitar questionamentos, soando um tanto paradoxal falar-se em preservação de sigilo durante o compartilhamento de informações sigilosas. O dispositivo parte do pressuposto, como se vê, de que não se trataria aqui de quebra do sigilo: as informações não deixam de ser sigilosas durante o seu intercâmbio; o sigilo é transferido juntamente com as informações, ficando o ente público receptor obrigado a manter o sigilo da informação recebida. Este dispositivo está em relação com o art. 199, analisado acima, e seu teor foi incorporado na Constituição pela Emenda Constitucional 42/2003, que incluiu o inciso XXII no art. 37, também já mencionado.

A questão se torna mais complexa quando esse mesmo entendimento é estendido para o âmbito do sigilo bancário, utilizando-se esta mesma fundamentação em defesa da possibilidade de intercâmbio de informações sigilosas, a partir de procedimento administrativo – isto é, sem necessidade de ordem judicial –, entre as instituições financeiras e o Fisco. Foi esta a novidade trazida pela LC 105/2001, que dispõe sobre os procedimentos para essa transferência, já indicada pelo inciso II do art. 197 do CTN, visto acima, e que foi publicada simultaneamente à LC 104. Se a doutrina acima citada apontava uma tendência nesta última Lei de praticamente extinguir o sigilo fiscal, pode-se também observar que isso ocorre dentro de um movimento mais abrangente, tendente a flexibilizar o sigilo em todas as suas formas. Antes de entrar na discussão mais específica a respeito do conteúdo da LC 105/2001 e sua constitucionalidade, convém visualizar tal tendência dentro de uma contextualização histórica mais ampla.

3 PERSPECTIVA HISTÓRICA DO SIGILO BANCÁRIO NO BRASIL E JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

3.1 Percurso do sigilo bancário no Brasil

Antes de adentrar à discussão atual sobre a constitucionalidade de lei que autoriza a mitigação do sigilo bancário em favor da Administração, sem autorização judicial, é interessante relembrar brevemente o histórico desse instituto no Brasil. Conforme assinala Cláudio Carneiro, “na vigência da Constituição de 1946, sob a égide do Decreto n. 47.373/59, entendia o STF que o

³¹ MACHADO, 2004, p. 239.

sigilo bancário não era oponível ao Fisco”.³² Assim, em momento anterior à Constituição de 1988 e mesmo ao Código Tributário Nacional, datado de 1966, entendia a jurisprudência constitucional que era legítimo o acesso do Fisco a informações protegidas por sigilo bancário, sob a justificativa de que “não haveria risco de divulgação das informações obtidas junto às instituições financeiras, já que as autoridades fazendárias que teriam acesso a essas informações estariam obrigadas a guardar sigilo”.³³ Predominava, assim, a ideia – que, como veremos, será aproveitada pela LC 104 e LC 105 de 2001, bem como pela EC 42/2003, que a incluirá na Constituição – de que o acesso feito pelo Fisco não caracterizaria propriamente uma quebra de sigilo, pois o sigilo fiscal garantiria a preservação do sigilo bancário.

Em harmonia com esse posicionamento, a Lei n. 4.595/64 trazia, no seu artigo 38 – que seria posteriormente revogado pela LC 105/2001 –, a previsão do sigilo bancário, o qual era mitigado, em seguida, por uma série de parágrafos, entre os quais destacamos abaixo o 5º e o 6º, que explicitavam os modos nos quais o sigilo bancário poderia ser atenuado frente à atuação do Fisco:

Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

§ 5º Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.

§ 6º O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente.

O dispositivo autorizava, assim, a quebra do sigilo bancário em determinadas situações. Com a superveniência do Código Tributário Nacional, em 1966, questionou-se sobre a possível revogação dos §§ 5º e 6º pelo artigo 197 do Código, o qual, como vimos, estabelece a obrigatoriedade das instituições financeiras de prestar informações dos contribuintes ao Fisco. Na ocasião, “o STF entendeu que não haveria qualquer incompatibilidade entre os dispositivos, pois o que a Lei n. 4.595/64 fez foi explicitar a forma pela qual o sigilo bancário poderia ser mitigado pela autoridade fiscal”.³⁴ A discussão seria novamente colocada com a promulgação da Constituição de 1988, que declara, conforme visto acima, o direito à privacidade e à intimidade, entre outras garantias. A discussão fica ainda mais premente com a chegada da Lei Complementar 105/2001, que revogou o artigo 38 da Lei nº 4.595/64 e ampliou consideravelmente as hipóteses de quebra de sigilo bancário, levantando a questão da sua constitucionalidade frente ao direito à privacidade e à intimidade e ao sigilo bancário, incluído nestas últimas. No centro desta discussão estão os artigos 5º e 6º desta última Lei, abaixo transcritos:

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;

³² CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 830.

³³ CARNEIRO, loc. cit.

³⁴ CARNEIRO, 2020, p. 831. Cf. também o RE 71.640/BA, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 17.9.1971.

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, 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.

Art. 6º 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.

Conforme visto acima, juntamente com a LC 105/2001 foi publicada a LC 104/2001, que ampliou as hipóteses de flexibilização do sigilo fiscal. Ainda no ano de 2001, cabe destacar, a Lei nº 10.174 alterou a Lei nº 9.311/96, que havia instituído a CPMF, introduzindo no seu artigo 11 o §3º com a seguinte redação:

§ 3º A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento, no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.

Essa alteração passou a autorizar a Receita Federal a utilizar os dados da ainda existente CPMF e efetuar o cruzamento desses dados com as declarações de renda dos contribuintes, a fim de encontrar impostos sonegados e proceder ao seu lançamento. Essa prática até então era vedada ao Fisco, e por isso acabou pegando os contribuintes de surpresa, gerando ainda mais polêmica

pelo fato de que essa ampliação dos poderes fiscalizatórios era aplicada para obter dados referentes a movimentações financeiras anteriores à própria lei que autorizou essa prática.

Muitos contribuintes, movimentando cifras vultosas em contas-correntes, sem que as fizessem constar de suas declarações de rendimentos ofertadas à Secretaria da Receita Federal, insurgiram-se contra a Lei n. 10.174/2001, que permitiu a quebra do sigilo bancário, na atividade investigativa de eventuais incongruências, por meio de instauração de procedimento fiscal. Basicamente, a linha de defesa dos contribuintes fiscalizados pautava-se na suscitação de vício ao princípio da irretroatividade tributária, uma vez que o ato normativo estava sendo aplicado a fatos geradores ocorridos antes da sua vigência.³⁵

O principal argumento dos contribuintes em sua defesa, portanto, consistia em alegar violação ao princípio da irretroatividade tributária, na medida em que a lei estava sendo aplicada a fatos geradores anteriores à sua vigência. Por outro lado, a Administração Tributária argumentava, a seu favor, a completa legitimidade deste caráter retrospectivo do lançamento, nos termos do §1º do artigo 144 do CTN:

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

§ 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.

A controvérsia, dessa forma, pode ser resumida no enunciado do dispositivo citado: se, por um lado, o *caput* do artigo 144 afirma que o lançamento é regido pela lei vigente na data do fato gerador, o §1º afirma que, em caso de legislação superveniente instituindo “novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas”, esta deverá ser aplicada, mesmo sendo posterior ao fato gerador. A tese defendida pela Administração Tributária, portanto, era de que o *caput* dizia respeito a aspectos materiais do lançamento, para os quais se aplicava a legislação vigente à data do fato gerador, mesmo se posteriormente modificada ou revogada.

Todavia, no que se ligava aos aspectos formais, a legislação, se viesse, por exemplo, a instituir novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, teria aplicabilidade imediata, não se configurando hipótese de aplicação retroativa da lei. No caso, o Fisco entendeu que, para a apuração do *quantum* do imposto sobre a renda, não se vislumbraria ilicitude alguma em calculá-lo com base em informações bancárias obtidas a partir da CPMF, uma vez que se tratava apenas de um novo meio de fiscalização.³⁶

Essa ampliação considerável dos poderes de fiscalização e do acesso do Fisco aos dados bancários dos contribuintes a fim de dificultar a sonegação estava em harmonia com as leis complementares surgidas no mesmo ano de 2001, em especial a LC 105, que previa a transferência, pelas instituições financeiras, de informações sobre operações bancárias às autoridades fiscais, obtendo ampla aceitação também em sede jurisprudencial.

³⁵ SABBAG, 2017, p. 1318.

³⁶ SABBAG, 2017, p. 1319.

Neste sentido decidiu o STJ no julgamento do Recurso Especial 558.633, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, da 1ª Turma, reconhecendo a legitimidade dessa mitigação do sigilo bancário a fim de fiscalizar informações relativas aos pagamentos de CPMF realizados pelos contribuintes mesmo anteriores à Lei nº 10.174/2001, desde que ainda não atingidos pela decadência.

EMENTA: (...) PROCEDIMENTOS DE FISCALIZAÇÃO. RETROATIVIDADE. ART. 144, § 1º, DO CTN. (...) II – Não há que se falar em omissão no aresto, porquanto esta Corte se manifestou no sentido da possibilidade de retroatividade do disposto nos arts. 6º da LC n. 105/2001 e 1º da Lei 10.174/2001, com base no art. 144, § 1º, do CTN, inferindo -se, desse dispositivo, que as leis tributárias procedimentais ou formais têm aplicação imediata. III – Com isso, restou assentada a permissão do cruzamento dos dados obtidos com a arrecadação da CPMF, para fins de constituição de crédito relativo a outros tributos, aplicando-se tal entendimento a fatos geradores anteriores à vigência da norma que o instituiu. IV – Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 558.633/PR, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. em 06/12/2005)

No mesmo sentido decidiu a 2ª Turma do STJ:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. CPMF. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO ART. 6º DA LC 105/2001. CARÁTER PROCEDIMENTAL DA NORMA. APLICAÇÃO IMEDIATA. EXEGESE DO ART. 144, § 1º, DO CTN. 1. É possível a aplicação do art. 6º da LC 105/2001, ainda que o período investigado seja anterior à sua vigência, porquanto se trata de disposição meramente procedimental. Inteligência do art. 144, § 1º, do CTN. 2. Recurso Especial provido. (REsp 628.527/PR, 2ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 06/09/2005)

Percebe-se assim que o STJ acatou a posição defendida pela Fazenda, entendendo as alterações trazidas pela Lei n. 10.174/2001, à luz do §1º do artigo 144 do CTN, como sendo de natureza procedimental ou formal, tendo por isso aplicação imediata e abrangendo fatos geradores anteriores à sua vigência, diferentemente das leis de natureza material, aplicáveis apenas a fatos geradores ocorridos durante sua vigência.

É perceptível, portanto, que o advento da LC 105/2001 dispondo sobre a transferência de informações das instituições financeiras à Fazenda foi acompanhado de uma série de providências legislativas para ampliar o acesso a esses dados, de diferentes formas. Nesse mesmo sentido, pouco tempo após os julgados supracitados, a Secretaria da Receita Federal do Brasil editou em 2007 a Instrução Normativa 802, dispondo o seguinte:

Art. 1º As instituições financeiras, assim consideradas ou equiparadas nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, devem prestar informações semestrais, na forma e prazos estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), relativas a cada modalidade de operação financeira de que trata o art. 3º do Decreto n. 4.489, de 2002, em que o montante global movimentado em cada semestre seja superior aos seguintes limites:

I – para pessoas físicas, R\$ 5.000,00 (cinco mil reais);

II – para pessoas jurídicas, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

§ 1º As operações financeiras de que tratam os incisos II, III e IV do art. 3º do Decreto n. 4.489, de 2002, deverão ser consideradas de forma conjunta pelas instituições financeiras, para fins de aplicação dos limites de que tratam os incisos I e II do caput.

§ 2º As informações sobre as operações financeiras de que trata o caput compreendem a identificação dos titulares das operações ou dos usuários dos serviços, pelo número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), e os montantes globais mensalmente movimentados.

Inicialmente, cabe observar que esta Instrução Normativa foi editada em 2007, mesmo ano em que a CPMF foi extinta. E o dispositivo citado traz, de fato, proposta análoga à discutida acima: o envio de dados financeiros de contribuintes ao Fisco, pelas instituições financeiras, com base na LC 105/2001. Trata-se novamente de uma forma de ampliação de poderes investigativos do Fisco, em detrimento do sigilo bancário. Neste caso, entretanto, cabe observar que, se o STJ já havia enfrentado a questão da possível violação do princípio da irretroatividade, acrescenta-se agora uma discussão sobre a possível ofensa ao princípio da legalidade, ou à reserva legal, visto que a referida instrução é um ato administrativo, legislação tributária em sentido amplo.

A administração fazendária, por sua vez, argumentava ter o respaldo da LC 105/2001, cujo artigo 6º, citado acima, autoriza o acesso do fisco aos dados financeiros de contribuintes, mantidos por instituições financeiras privadas, com base em “processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso”. Ou seja, sem a necessidade de medida judicial de quebra de sigilo. As discussões começaram a adentrar o Poder Judiciário, e foram ajuizadas várias ações diretas de inconstitucionalidade contra a LC n. 105/2001 (como, por exemplo, a ADI 2.386 e a ADI 2.397), bem como contra a Instrução Normativa n. 802/2007 (ADI 4.006). O desenvolvimento jurisprudencial motivado por esses casos concretos é abordado em um tópico próprio, a seguir.

3.2 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Depois desse longo percurso marcado por controvérsias doutrinárias e numerosas e duradouras disputas judiciais, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal. Em 2010, a corte julgou e deu provimento ao RE 389.808, no qual a empresa GVA Indústria e Comércio S/A se opunha ao acesso às suas informações bancárias, sem fundamentação e sem autorização judicial, pretendido pela Receita Federal com fundamento na LC n 105/01, bem como na Lei nº 10.174/2001 e no Decreto 3.724/2001. A empresa havia recebido um comunicado do Banco Santander, do qual era cliente, informando que a Delegacia da Receita Federal do Brasil, em mandado de procedimento fiscal, havia determinado que a instituição financeira entregasse, entre outros documentos relativos às movimentações da empresa, extratos bancários referentes ao período de 1998 a julho de 2001. A instituição financeira avisava a empresa cliente que entregaria os dados solicitados, em cumprimento ao referido mandado.

O Recurso Extraordinário ajuizado pela GVA no STF, por sua vez, se insurgia contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que nos termos da LC 105/2001 permitiu “o acesso da autoridade fiscal a dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes, no bojo do procedimento fiscal regularmente instaurado”. No Recurso, a empresa alegava que a Constituição Federal não admitia o acesso da autoridade fiscal a dados protegidos com o sigilo, sem fundamentação e sem autorização judicial, sendo assim totalmente inconstitucional o procedimento determinado pelo mandado de procedimento fiscal que exigia apresentação de extratos bancários relativos a um período tão extenso. Após uma votação apertada (5x4), o STF decidiu, em dezembro de 2010, não ser permitido à Fiscalização Tributária a quebra do sigilo bancário dos contribuintes sem prévia autorização judicial:

SIGILO DE DADOS – AFASTAMENTO. Conforme disposto no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, a regra é a privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às 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 à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte. RE n. 389.808 – PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, DJe de 10/05/2011 – julgado em dezembro/2010.

Assim, de acordo com esse posicionamento inicial, a quebra do sigilo bancário e fiscal somente poderia ser realizada após expressa autorização judicial. O ministro relator Marco Aurélio, na ocasião de seu voto, reforçou a proteção constitucional ao sigilo bancário ao defender não apenas a necessidade de autorização judicial, como também de existência de investigação criminal ou instrução processual penal.

Não foi esse o entendimento final da Corte, que decidiu pela necessidade apenas da autorização judicial. Em concordância com o relator, merece destaque o voto do ministro Celso de Mello, que sustentou a existência de um verdadeiro “estatuto constitucional do contribuinte”, erigido especialmente com a Constituição de 1988, e “consubstanciador de direitos e limitações oponíveis ao poder impositivo do Estado. Destacou o direito à intimidade e à privacidade garantido pelo art. 5º, X da Constituição, afirmando que o sigilo bancário dá expressão “concreta a uma das dimensões em que se projeta, especificamente, a garantia constitucional da privacidade, e protege a esfera de intimidade financeira das pessoas”. Invocando o princípio constitucional da proporcionalidade, o ministro ressaltou que o sigilo bancário, não sendo absoluto, pode ser afastado, mas desde que seja precedido por medida judicial e desde que os fins buscados pelo Estado não possam ser alcançados mediante o emprego de meio menos gravoso.

Abrindo a divergência em relação ao relator, o ministro Dias Toffoli fixou a controvérsia constitucional entre o artigo 5º, X e XII, cujo conteúdo, conforme retomado pelo ministro, estabelece “a inviolabilidade e a intimidade da vida privada, da honra, da imagem e a inviolabilidade do sigilo e dos dados”, e o §1º do art. 145, que faculta à Administração “identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. Ressaltou o fato de que todos os cidadãos, por força legal e independentemente de ordem judicial, já estão obrigados a declarar seu patrimônio e suas rendas ao Estado, mais precisamente à Receita Federal do Brasil, sendo as movimentações bancárias apenas um conjunto menor em meio a essa totalidade de dados já devida ao Fisco. Sustentou ainda que a LC 105/2001 respeita os direitos individuais exatamente na medida em que, nos arts. 10 e 11, criminaliza a quebra do sigilo fiscal, isto é, a divulgação dos dados recebidos das instituições financeiras gravados por sigilo. Não haveria que se falar, portanto, em quebra de sigilo, “mas na transferência do dever de manter o sigilo porque a quebra é crime, é ilícito”, podendo inclusive acarretar responsabilidade objetiva do ente público.

Na mesma linha, também favorável à LC 105/2001 e contrário ao entendimento do relator, o ministro Ayres Britto retoma os argumentos já apresentados e os reforça, acrescentando o dispositivo constitucional contido no art. 37, XXII:

XXII - as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.

Este dispositivo, conforme apontado no início deste trabalho, foi incluído no texto da Constituição pela Emenda Constitucional nº 42/2003. Uma das ideias centrais nele contidas e invocada de modo específico no voto do ministro Ayres Britto é a previsão do “compartilhamento de cadastros e de informações fiscais” pelas administrações tributárias dos diversos entes da

Federação. Conforme já comentado, é a mesma previsão que havia sido incluída pela LC 104/2001, com disposição idêntica, no artigo 198 do CTN, como uma das exceções ao sigilo fiscal. Tornada norma constitucional, esta disposição se fez, como se pode ver, central para o fortalecimento da argumentação a favor da constitucionalidade do art. 6º da LC 105/2001.

A ideia trazida pelos dispositivos, de que é possível transferir informações sigilosas sem quebrar o sigilo, desde que este seja transferido juntamente, “transformando o sigilo bancário em sigilo fiscal”, já sustentava boa parte do entendimento da Corte Suprema em 2010 e foi, na ocasião, a principal linha de raciocínio seguida pelos ministros favoráveis ao afastamento do sigilo bancário sem a necessidade de ordem judicial. A consolidação deste argumento foi o ponto decisivo na mudança de entendimento operada pelo STF em 2016, quando a Corte reviu seu posicionamento e declarou a constitucionalidade das disposições da LC 105/2001.

Tal alteração se deu no julgamento do Recurso Extraordinário 601.314/SP, com repercussão geral, sob relatoria do ministro Edson Fachin, no qual o Pleno do STF, por votação quase unânime (9x2), julgou pela constitucionalidade do artigo 6º da LC 105/2001, considerando, conforme já se havia antecipado, que a situação descrita no referido dispositivo não caracteriza quebra de sigilo, mas sim uma transferência de sigilo.

O art. 6º da LC 105/2001 não ofende o direito ao sigilo bancário, porque 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. Por sua vez, a Lei 10.174/2001 não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do artigo 144, §1º, do CTN. Esse o entendimento do Plenário, que em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a Recurso Extraordinário em que se discutia a constitucionalidade — frente ao parâmetro do sigilo bancário — do acesso aos dados bancários por parte de autoridades e agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sem autorização judicial, nos termos dispostos pela LC 105/2001.

[...]

A legislação aplicável garantiria fosse preservada a confidencialidade dos dados, vedado seu repasse a terceiros, estranhos ao próprio Estado, sob pena de responsabilização dos agentes que eventualmente praticassem essa infração. Assim, dados sigilosos de interesse fiscal somente poderiam ser acessados depois da instauração de competente processo administrativo, por ato devidamente motivado, nos moldes hoje preconizados pelo Decreto 3.724/2002, compreendidos os três níveis político-administrativos da Federação. Garante-se, ainda, a imediata notificação do contribuinte, a ele assegurado o acesso aos autos e o direito à extração de cópias de quaisquer documentos ou decisões, para que possa exercer, a todo o tempo, o controle jurisdicional dos atos da Administração, nos termos da Lei 9.784/1999. (RE 601.314/SP, rel. Min. Edson Fachin, 24.2.2016.)

Esta foi a decisão final deste caso, julgado em Recurso Extraordinário com repercussão geral, como se pode conferir no Informativo 815 do STF, publicado após o julgamento conjunto das quatro ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859), do qual se extraem alguns trechos abaixo. Portanto, a tese central atualmente acolhida pelo STF é a de que a transferência de dados dos contribuintes pelas instituições financeiras à administração tributária não é incompatível com o sigilo bancário. Essa transferência, entretanto, precisa cumprir uma série de formalidades, as quais, se tratando de âmbito federal, como foi o caso julgado, estão previstas especificamente no Decreto 3.724/2002.

Uma dessas formalidades é a exigência de que a solicitação de informações, pelo fisco federal, seja precedida pela “instauração de competente processo administrativo, por ato devidamente motivado”. Conforme é destacado no trecho abaixo, isso já implica também as garantias previstas na Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal, além da observância dos princípios constitucionais e da Administração Pública, possibilitando assim o controle dos atos da Administração Fiscal.

A propósito, é importante ressaltar que embora a legislação sobre a qual se basearam as referidas decisões analisadas esteja diretamente relacionada ao âmbito federal, a tese se estende a Estados e Municípios. Entretanto, esta possibilidade fica condicionada ao cumprimento, por parte destes, de providências similares. Ou seja, antes de solicitar dados de operações bancárias de contribuintes a instituições financeiras, os Estados e Municípios deverão providenciar as respectivas disposições legais para regular o procedimento, nos mesmos moldes do mencionado Decreto 3.724/2002, pertinente à esfera federal. É o que se verifica no trecho transcrito abaixo:

O Plenário destacou que, em síntese, a LC 105/2001 possibilitara o acesso de dados bancários pelo Fisco, para identificação, com maior precisão, por meio de legítima atividade fiscalizatória, do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas do contribuinte. Não permitiria, contudo, a divulgação dessas informações, resguardando-se a intimidade e a vida íntima do correntista. E esse resguardo se tornaria evidente com a leitura sistemática da lei em questão. Essa seria, em verdade, bastante protetiva na ponderação entre o acesso aos dados bancários do contribuinte e o exercício da atividade fiscalizatória pelo Fisco. Além de consistir em medida fiscalizatória sigilosa e pontual, o acesso amplo a dados bancários pelo Fisco exigiria a existência de processo administrativo — ou procedimento fiscal. Isso por si, já atrairia para o contribuinte todas as garantias da Lei 9.784/1999 — dentre elas, a observância dos princípios da finalidade, da motivação, da proporcionalidade e do interesse público —, a permitir extensa possibilidade de controle sobre os atos da Administração Fiscal. De todo modo, por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social, a qual teria, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação. Nessa senda, o dever fundamental de pagar tributos estaria alicerçado na ideia de solidariedade social. Assim, dado que o pagamento de tributos, no Brasil, seria um dever fundamental — por representar o contributo de cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais —, seria preciso que se adotassem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal. No entanto, a Corte ressaltou que os Estados-Membros e os Municípios somente poderiam obter as informações previstas no art. 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria de forma análoga ao Decreto 3.724/2001, observados os seguintes parâmetros: a) pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; b) prévia notificação do contribuinte quanto à instauração do processo e a todos os demais atos, garantido o mais amplo acesso do contribuinte aos autos, permitindo-lhe tirar cópias, não apenas de documentos, mas também de decisões; c) sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; d) existência de sistemas eletrônicos de segurança que fossem certificados e com o registro de acesso; e, finalmente, e) estabelecimento de mecanismos efetivos de apuração e correção de desvios.³⁷

³⁷ Informativo de Jurisprudência nº 815/STF.

Os trechos acima destacados mostram, portando, o desenvolvimento do entendimento atualmente consolidado pelo STF acerca da contraposição entre a inviolabilidade do sigilo bancário, considerado incluído na proteção à privacidade e à intimidade, conferida pelo artigo 5º, X, XII da Constituição, e o poder-dever de fiscalização da Administração Tributária, dotada, também pela Constituição, de proeminência entre as demais atividades estatais, conforme registram os arts. 167, IV e 37, XXII, ambos incluídos pela EC 42/2003 e cujo conteúdo, como visto, foi central para a decisão final proferida pelo STF.

A melhor síntese para toda a problemática desenvolvida se encontra no enunciado do artigo 145, §1º, que reconhece essa importância da administração tributária e confere a ela a faculdade de “identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. Neste artigo se encontra o principal fundamento constitucional para a pretensão da LC 105/2001 de obrigar as instituições financeiras a fornecerem dados bancários dos contribuintes. O contraponto é lançado pelo mesmo dispositivo constitucional, que exige, além de lei, o respeito aos direitos individuais, e a decisão final da questão depende precisamente de se delimitar o conteúdo e a extensão dada aos direitos implicados neste caso, a saber, a intimidade, a privacidade e o sigilo de dados bancários.

Mas, mais que isso, essa decisão permite compreender concretamente alguns elementos teóricos e sua importância prática no direito constitucional contemporâneo. A compreensão do raciocínio intrínseco a decisões desta natureza exige, por sua vez, a retomada das reflexões teóricas desenvolvidas acima sobre a ponderação de princípios jurídicos em conflito no caso concreto. Conforme já visto, ao contrário do que acontece com as regras jurídicas, que admitem a simples contraposição para a escolha da regra a ser aplicada ao caso, os princípios em conflito incidem simultaneamente sobre o caso, devendo ser harmonizados na busca de sua concretização.

O caso em tela, por sua vez, ganha complexidade precisamente na medida em que não se trata de uma simples oposição entre regras aplicáveis, nem mesmo entre direitos individuais e poder do Estado, mas sim de uma ponderação de princípios. E isso se dá sobretudo na medida em que a tributação, conforme se lê no excerto do julgado acima exposto, é um dos principais instrumentos para a promoção dos direitos fundamentais e para a concretização da solidariedade e da justiça social. Cabe destacar que “construir uma sociedade livre, justa e solidária” é um dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, conforme dispõe o art. 3º da Constituição, bem como vários outros dispositivos do texto constitucional.

Retomando mais alguns elementos teóricos acima discutidos, pode-se dizer que o conflito em questão, mais propriamente, se dá entre direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão; respectivamente, a não intervenção na esfera privada pelo poder público, e a necessidade desta mesma intervenção em prol da justiça social, visando oferecer condições para o exercício concreto - e não meramente formal - de direitos fundamentais como igualdade e liberdade, a qual tem como principal instrumento a tributação.

Neste sentido, conforme se pode ver no julgado, a fiscalização e a arrecadação tributária promovem os direitos fundamentais, o que leva parte da Corte a afirmar, conforme se pode ler no texto, que as leis que tornam essa fiscalização mais rigorosa devem ser vistas como “elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da justiça social”, dado que há um dever fundamental de pagar tributos, que consiste na contribuição dada por “cada cidadão para a manutenção e o desenvolvimento de um Estado que promove direitos fundamentais”. Neste sentido, a fiscalização tributária rigorosa, isto é, dotada de “mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal”, é um modo de o Estado respeitar e promover os direitos individuais fundamentais.

Assim compreendida a questão, mostra-se claramente que se trata de um daqueles casos que, conforme mencionamos no início desta análise, não se deixam classificar facilmente em termos de uma simples oposição entre direitos individuais e poder do Estado, pois o mesmo direito que se pretende, por um lado, opor ao poder estatal de fiscalizar e cobrar tributos, fundamenta e

exige, por outro, a intromissão do Estado na esfera econômica do indivíduo. Recorrendo aos termos discutidos no início deste artigo, não se trata de uma oposição de regras aplicáveis ao caso, no sistema “ou-ou”, mas efetivamente de uma ponderação de princípios, buscando a sua melhor harmonização no caso concreto. E nestes casos, o princípio a ser determinante é o da proporcionalidade que, conforme explica a doutrina constitucionalista, “trata-se de princípio extremamente importante, em especial na situação de colisão entre valores constitucionalizados”.³⁸

Conforme destaca Pedro Lenza, o princípio da proporcionalidade, “no plano constitucional, não está enunciado de modo formal e categórico, mas decorre do devido processo legal, em sua acepção substantiva — art. 5º, LIV)”³⁹, significando, não apenas a aplicação formalmente correta das regras processuais, mas também a busca efetiva das finalidades que o processo deve atingir. É oportuno destacar, a propósito, que esse princípio foi incorporado expressamente na Lei n. 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Trata-se de um dispositivo legal de suma importância, sobretudo para o caso analisado no presente estudo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

O princípio da proporcionalidade costuma ser articulado em três importantes elementos: 1) necessidade ou exigibilidade, que é a indispensabilidade da medida para o caso concreto, não sendo possível outra menos gravosa; 2) adequação do meio escolhido ao objetivo almejado; e 3) proporcionalidade em sentido estrito, a ser averiguado após o cumprimento dos requisitos anteriores: “sendo a medida necessária e adequada, deve-se investigar se o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido, supera a restrição a outros valores constitucionalizados. Podemos falar em máxima efetividade e mínima restrição”.⁴⁰ Esta última formulação talvez seja a melhor para exprimir o que se busca na presente tensão entre direitos individuais e a atividade fiscal tributária: máxima efetividade e mínima restrição.

Conforme se afirmava no início desta incursão, apoiando-se no magistério do professor J. J. G. Canotilho, os princípios jurídicos, dado o seu grau de abstração, necessitam ser concretizados através da mediação do julgador ou do legislador. Em consonância com essa ideia, uma formulação interessante para o presente caso é oferecida por Leandro Paulsen:

No caso do sigilo bancário, o próprio legislador, através da LC 105/01, realizou o juízo de ponderação, estabelecendo os requisitos necessários para o acesso, e facultou ao Fisco solicitá-lo diretamente. Relativamente a outros dados sigilosos, caberá ao Judiciário proceder a tal ponderação, caso a caso.⁴¹

Seguindo essa explanação, a questão tenderia a se resolver com a ponderação de princípios realizada pelo legislador. Quando se trata de um tema de tamanha abrangência, entretanto, este é apenas o início da discussão. A repercussão constitucional levou o tema ao STF, que após novas ponderações em sede de controle de constitucionalidade, manifestou concordância com o

³⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 267.

³⁹ LENZA, loc. cit.

⁴⁰ LENZA, 2019, p. 267.

⁴¹ PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 506.

legislador. Entretanto, a amplitude das repercussões desta decisão do STF, bem como o próprio caráter polêmico do tema, deu abertura a novas discussões jurisprudenciais e doutrinárias. O exemplo mais recente e relevante teve início imediatamente após essa decisão, colocando-se a questão sobre os limites das investigações realizadas pela Receita Federal, bem como sobre a possibilidade de compartilhamento dos dados sob sigilo fiscal junto a órgãos de investigação e persecução criminal, como a Polícia Federal e o Ministério Público.

Com esta última questão, plenamente atual, encaminha-se a conclusão deste artigo. Trata-se de um tema que também foi levado ao STF e decidido no final de 2019, tendo, portanto, seus impactos esperados para o ano de 2020. Vale ressaltar que ele não foi especificamente abordado durante a discussão da constitucionalidade da LC 105/2001, tendo sido inclusive afirmado, durante o julgamento, que para fins diversos o acesso aos dados bancários continuaria dependendo de autorização judicial. Cabe observar, entretanto, que a própria LC 105/2001 incluía a este respeito, já no art. 1º (§ 3º, inciso IV), a seguinte previsão:

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

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;

Tanto no STF quanto no STJ a questão já não era uniforme, havendo decisões internamente divergentes em ambas as cortes. As decisões mais recentes favoráveis à utilização destes dados para fins de persecução penal frequentemente invocavam os precedentes da declaração de constitucionalidade da LC 105/2001 (ADIs 2.390, 2.397, 2.386 e 2.859, RE 601.314/SP). Em abril de 2018 o STF reconheceu a repercussão geral (Tema 990) da questão, estabelecendo como paradigma o RE 1.055.941, também sob a relatoria do ministro Dias Toffoli, então presidente do STF. No caso concreto, discutia-se a condenação criminal baseada em provas obtidas pelo Ministério Público junto à Receita Federal sem autorização judicial. Em julho do mesmo ano determinou-se a suspensão nacional, até o julgamento do Tema 990, “de todos os processos judiciais em andamento no país que versem sobre o compartilhamento, sem autorização judicial e para fins penais, de dados fiscais e bancários de contribuintes”.⁴²

O julgamento se deu em 04/12/2019,⁴³ quando o plenário do STF finalmente decidiu ser constitucional que os dados obtidos pela Receita Federal do Brasil e pela Unidade de Inteligência Financeira (UIF) fossem compartilhados “com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações”.⁴⁴ Alguns pontos das duas teses divulgadas no Informativo 962 merecem destaque: a observação, reiterada nas duas teses, de que durante o compartilhamento conserva-se o dever de resguardar o sigilo, e o placar de votação e fundamentação idênticos ao da decisão de constitucionalidade da LC 105/2001, mostrando a conexão entre os dois julgamentos. Pode-se dizer que este segundo julgamento, na prática, apenas reconhece uma consequência do primeiro: ao admitir a constitucionalidade do compartilhamento de dados das instituições financeiras com as administrações tributárias independente de autorização judicial, criou-se um caminho alternativo para os órgãos de persecução penal terem acesso a esses dados, visto que a Receita Federal, em caso de constatação de possível prática de ilícito penal, tem o dever de encaminhar a representação

⁴² STF. **Presidente do STF determina suspensão nacional de processos sobre compartilhamento de dados fiscais sem autorização judicial.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=416656>. Acesso em 16/07/2020.

⁴³ STF. Plenário. RE 1055941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4/12/2019 (repercussão geral – Tema 990) (Info 962).

⁴⁴ STF. Plenário. RE 1055941/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 4/12/2019 (repercussão geral – Tema 990) (Info 962).

fiscal para fins penais (RFFP) ao Ministério Público, de acordo com o art. 83 da Lei nº 9.430/96. Na prática, portanto, estes dados obtidos por processo administrativo podem acabar sendo utilizados em processos criminais, e essa via tenderá a ser a preferida pelos respectivos órgãos. Tal julgamento foi apontado pelo STF como um desdobramento da decisão pela constitucionalidade das disposições da LC 105/2001, o que mostra, como quisemos apontar, que esta decisão é parte, de modo mais amplo, do desenvolvimento do conceito constitucional de sigilo e dos correspondentes papéis das instituições públicas, ambos ainda em construção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, desde 2016 ficou reconhecida a constitucionalidade do art. 6º da LC nº 105/2001, que admite que as autoridades fiscais procedam administrativamente, quer dizer independente de decisão judicial, à requisição de informações a instituições financeiras. A decisão inclui autoridades dos Estados-Membros e Municípios, os quais, todavia, devem previamente regulamentar a matéria nos mesmos moldes já realizados pela esfera federal no Decreto 3.724/2001, devendo observar parâmetros tais como a pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias solicitadas e o objeto do procedimento administrativo instaurado, a prévia notificação do contribuinte e a garantia do mais amplo acesso aos autos, a sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico no âmbito da administração, e o estabelecimento de mecanismos efetivos de segurança, bem como de apuração e correção de desvios.

A decisão da Suprema Corte deixou claro ainda que os dados fornecidos pelas instituições financeiras às autoridades fiscais continuarão sob cláusula de sigilo: os dados antes protegidos pelo sigilo bancário passarão a estar protegidos por sigilo fiscal, razão pela qual não seria tecnicamente adequado falar-se em quebra de sigilo bancário pelas autoridades fiscais, mas apenas em transferência do sigilo. Também foi considerado constitucional o art. 5º da LC 105/2001, que obriga as instituições financeiras a informarem periodicamente à Receita Federal as operações financeiras realizadas acima de determinado valor.

Cabe ressaltar que essa autorização não se estende ao Ministério Público nem à Polícia Judiciária, os quais dependem de decisão judicial para o acesso aos dados sigilosos. Contudo, embora em regra o acesso a estes dados continue dependente de decisão judicial, em 2019 o STF entendeu ser legítimo que a Receita Federal compartilhe com órgãos de persecução penal para fins criminais tais como Polícia Federal, Ministério Público etc., sem a necessidade de prévia autorização judicial, o procedimento fiscalizatório realizado para apuração do débito tributário. Na prática, isto significa que aquela decisão de constitucionalidade criou novas possibilidades de obtenção de dados sigilosos e de sua utilização em processos criminais mesmo sem autorização judicial prévia. Trata-se de uma consequência direta da discussão travada em torno da constitucionalidade da LC 105/2001, e que tende a continuar repercutindo. Deste modo, a análise da jurisprudência do STF sobre o tema do sigilo bancário, mais do que uma alteração de posicionamento da Suprema Corte sobre um tema específico, reflete, de modo mais amplo, o desenvolvimento do direito constitucional, a partir de problemas e métodos inerentes às transformações contemporâneas na sociedade, nos institutos jurídicos e nos papéis institucionais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. São Paulo. Tese (concurso de Professor Titular de Direito Constitucional da USP).

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergman. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergman. Sistema constitucional tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso. Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 07 Ago. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Revista de Direito Constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 23, abr./jun. 1998, p. 65.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CARNEIRO, Claudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de direito tributário brasileiro. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, 1992.

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Manual de Direito Tributário. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo tributário. 10. ed. rev e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Código Tributário Nacional: anotações à Constituição, ao Código Tributário Nacional e às Leis Complementares 87/1996 e 116/2003. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Autorizou-se a quebra do sigilo bancário: e agora? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-11/consultor-tributario-autorizou-quebra-sigilo-bancario-agora>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Inconstitucionalidade da lei complementar 105/2001. Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem. São Paulo, v. 4, n. 11, p. 31–38, jan./mar., 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 16 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- PAULSEN, Leandro. Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 11. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel; Cláudio Pereira de Souza Neto (Orgs.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARMENTO, Daniel; Cláudio Pereira de Souza Neto. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF nega quebra de sigilo bancário de empresa pelo Fisco sem ordem judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=168193>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Presidente do STF determina suspensão nacional de processos sobre compartilhamento de dados fiscais sem autorização judicial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=416656>. Acesso em: 16/07/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 815/STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo815.htm#Sigilo%20e%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20tribut%C3%A1ria%20-%>. Acesso em: 15 abr. 2020.