

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

FABIO HENRIQUE MARTARELI

**A CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO
PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
DIREITO INDIVIDUAL À PRIVACIDADE VERSUS SUPREMACIA DO
INTERESSE PÚBLICO.**

MARÍLIA
2015

FABIO HENRIQUE MARTARELI

**A CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO
PELA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA
DIREITO INDIVIDUAL À PRIVACIDADE VERSUS SUPREMACIA DO
INTERESSE PÚBLICO.**

Trabalho de Curso apresentado ao curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso.

MARÍLIA
2015

MARTARELI, Fabio Henrique

A constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela administração tributária: Direito individual à intimidade versus supremacia do interesse público /Fabio Henrique Martareli; Orientador: Prof. Dr. Ricardo Pinha Alonso.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

1. Constitucionalidade da quebra de sigilo bancário. 2. Lei Complementar 105/2001 3. Direito à intimidade. 4. Supremacia do interesse público sobre o particular.
CDD 341.2738



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Fábio Henrique Martareli

RA: 46938-6

A Constitucionalidade da Quebra de Sigilo Bancário pela Administração Tributária Direito Individual à Privacidade Versus Supremacia do Interesse Público.

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

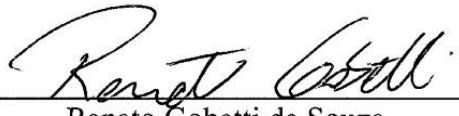
ORIENTADOR(A):


Ricardo Pinha Alonso

1º EXAMINADOR(A):


Edinilson Donisete Machado

2º EXAMINADOR(A):


Renato Gobetti de Souza

Dedico o presente trabalho acadêmico aos meus pais e aos meus avós, pessoas maravilhosas que investiram muito do seu tempo e amor para a contemplação de um sonho pessoal distante da realidade social brasileira: minha graduação universitária.

AGRADECIMENTOS

Como não podemos começar nenhum empreendimento sem a agradecer a bondade divina de estarmos nos terrenos da vida, agradeço, primeiramente, ao pai celestial pela oportunidade singular de poder ter cursado ciências do direito, um curso espetacular e de grande valia não somente para a minha futura vida profissional, mas para meu aperfeiçoamento pessoal.

Em um segundo momento, agradeço, de joelhos, aos meus familiares próximos, Marcos Aurélio Martareli, Márcia Aparecida Gonzalez da Silva e Felipe César Martareli, pela visão de mundo por eles passada a mim e pela dedicação descomunal que fora despendida em minha formação pessoal, intelectual e profissional. Sem dúvidas, esta primeira vitória no ramo acadêmico deriva dos tantos sonhos seus deixados de lado para tornarem os meus sonhos a mais pura realidade. Sem vocês, eu não teria assentado os meus pés nos estudos e obtido o sucesso que obtive até então. O meu reconhecimento por seus esforços é tamanho que, mesmo que eu desse todos os frutos obtidos pelo meu trabalho ao longo da vida e todo o meu tempo dos próximos anos, essa dívida estaria muito distante de ser quitada. Portanto, agradeço eternamente por terem me carregado no “colo” e nas “costas” até aqui, por jamais desistirem dos meus objetivos, e é com o maior orgulho do mundo que digo: vocês são a minha razão de vida, o motivo de todo o meu riso, orgulho e sucesso. Sem vocês, possivelmente eu não teria escrito esta página em minha vida.

Agradeço enormemente aos meus amigos, em especial aos “Nipônicos”, grupo de amigos sem os quais a vida seria menos alegre e com muito menos riso. Obrigado por serem a minha segunda família, por serem essas pessoas maravilhosas que observaram minha caminhada, me motivaram e me ajudaram nos momentos difíceis que tive que passar. Em vista de toda essa ajuda acumulada ao longo dos anos, desejo a cada amigo que tive o privilegio de me relacionar, um sucesso ainda maior que o meu. Jamais me esquecerei de vocês, muito pelo contrário, lembrarei por toda a eternidade, pois essa amizade é coisa para se guardar no peito.

Expresso, em singelas palavras, o meu muito obrigado a toda a equipe do UNIVEM, coordenadores, funcionários no qual tive a oportunidade singular de me relacionar no lapso desses últimos cinco anos, mas agradeço, principalmente, ao corpo docente do UNIVEM, pessoas extremamente capacitadas e que conseguiram criar em mim um amor e um interesse

enorme pelos estudos das mais diversas áreas que englobam o belíssimo curso de direito e, por terem nos guiado para uma vida repleta de alegrias, paz, sucesso e realizações. Por terem plantado a semente da dúvida sobre as carreiras jurídicas em nossas mentes. Por nos dar o nosso futuro “ganha pão”. Agradeço por terem nos guiado para nossa independência intelectual, financeira e profissional.

Agradeço aos meus avós, fonte de inspiração, alegria e felicidade na minha vida. Agradeço, principalmente, ao saudoso Aurélio Martareli, meu avô, amigo, companheiro e conselheiro pelos incontáveis “puxões de orelha” e conversas que me guiaram até o presente momento. Sem dúvidas o sabor da conquista que hoje experimento fora temperado pelo senhor, meu avô!

Por fim, demonstro, aqui, minha enorme gratidão pela equipe da Procuradoria da Fazenda Nacional em Marília, local em que tive a oportunidade de estagiar por praticamente todos os anos de minha faculdade. Local em que além de ter absorvido informações e conhecimentos essenciais para minha vida profissional, tive a oportunidade de formar amigos, ser aconselhado e atingir objetivos mais rapidamente.

Agradeço, em especial ao Anderson Ricardo Gomes, Procurador que supervisionou o meu programa de estágio profissional e que me deu oportunidades e visões que, sem dúvidas, me farão deslanchar futuramente. Agradeço pela paciência que sempre teve. Agradeço, ainda, pelas orientações jurídicas espontaneamente repassadas a mim e pelas inúmeras vezes em que tomei seu tempo para sanar minhas dúvidas. Sem margem para questionamentos, você foi essencial na formação do meu “amanhã” e da presente monografia.

Por último, cumprimento e agradeço a pessoa no qual tive um grande prazer em conviver, que me ajudou com os desafios do exame de ordem, com os desafios enfrentados com o trabalho de conclusão de curso. Agradeço meu professor e, agora amigo de profissão, Ricardo Pinha Alonso. Um grande homem.

“O sucesso é ir de fracasso em fracasso sem perder o entusiasmo”

Winston Churchill

MARTARELI, Fabio Henrique. **A constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela administração tributária: Direito individual à intimidade versus supremacia do interesse público**. 2015. 55 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes soares da Rocha”, Marília, 2015

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso trata de um conflito interpretativo entre as disposições da Lei Complementar n.º 105/2001 (lei do sigilo bancário), artigos 5º e 6º e a Constituição Federal brasileira, mais especificamente os artigos 5º, incisos X e XII e artigo 145 §1º, que regulamentam a possibilidade do poder executivo, por meio da Administração Pública, proceder à quebra de sigilo bancário de contribuintes sem que seja observada a reserva de jurisdição para tanto. Introduce o tema baseado no direito à intimidade consagrada pela Constituição. Fundamenta, ainda, nos conceitos de direito administrativo, tal como o poder de polícia e a supremacia do interesse público sobre o particular e finaliza demonstrando o que pensam os doutos ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca do tema. O presente trabalho foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica pelo método qualitativo/ indutivo.

Palavras-chave: Constitucionalidade, Quebra de sigilo bancário, Lei Complementar n.º 105/2001, Administração Pública, Direito à intimidade, Poder de polícia, Supremacia do interesse público sobre o particular.

MARTARELI, Fabio Henrique. **A constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela administração tributária: Direito individual à intimidade versus supremacia do interesse público**. 2015. 55 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes soares da Rocha”, Marília, 2015

ABSTRAT

This term paper is an interpretative conflict between the content of Complementary Law nº. 105/2001 (law of banking secrecy), Articles 5 and 6 and the Brazilian Federal Constitution, specifically as regards the provision of Articles 5, items X and XII and Article 145 § 1º, which regulates the ability of the executive power, through Public Administration, proceed the bank secrecy break of taxpayers without being necessary to subject this decision to the assentment of judiciary analysis. The theme is based on the right to privacy enshrined in the Constitution of 1988 and also Based on the concepts of administrative law, such as police powers and the supremacy of public interest over the particular. To complete the work it will be demonstrated what Brazilian Supreme Court has been thinking about it.

Keywords: Constitutionality, Breaching of banking secrecy, Complementary Law nº 105/2001, Public administration, Right of privacy, Police power, Supremacy of public interest over the particular.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE.....	12
1.1 Definição e dimensões abordadas	12
1.2 Da Eficácia dos direitos e garantias fundamentais: Horizontal e Vertical	14
1.3 Da positivação dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988	15
CAPÍTULO 2 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE.....	17
2.1 Do direito individual à vida privada: breves explicações sobre conceitos de direito à intimidade. Diferenças nas acepções jurídicas	17
2.2 Da quebra de sigilo versus transferência do sigilo	18
2.3 Do direito à intimidade e o englobamento das espécies de sigilo	20
CAPÍTULO 3 - DO DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS AÇÃO FISCALIZATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ÁREA FISCAL	22
3.1 Atuação administrativa e o poder de fiscalização	22
3.2 Autoexecutoriedade da ação administrativa	24
3.3 A supremacia dos interesses públicos sobre os interesses particulares: breves explicações	25
3.4 Fundamentos constitucionais pertinentes	27
3.4.1 Do interesse público primário e secundário: breves introduções	30
CAPÍTULO 4 - CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO DOS DADOS BANCÁRIOS	32
4.1 Do conteúdo da Lei Complementar 105/2001	32
4.2 Do memorial da Fazenda Nacional no <i>leading case</i> recurso Extraordinário nº 601.314	35
4.3 O Direito à intimidade na visão da suprema corte e de outros tribunais nacionais.....	40
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

Com o advento da era dos direitos fundamentais e com a crescente valorização dada a tais direitos e garantias na carta constitucional de 1988, grande problemática, ainda *sub judice* perante a suprema corte constitucional, nascera acerca da interpretação extensiva ou restritiva da aplicação da supremacia do interesse público em face do direito individual à privacidade, quanto à atividade típica do estado em fiscalizar a intimidade financeira de determinados contribuintes, gerando forte impasse constitucional acerca dessa modalidade interventiva.

Na temática em questão, verifica-se tratar de direitos fundamentais de *status negativo*, ou seja, um dever de o estado não interferir na esfera individual das pessoas. Portanto, o debate a ser elaborado acerca da constitucionalidade do tema tem suas bases no princípio da reserva de jurisdição, esculpida no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que atribui, com exclusividade, ao poder judiciário a discricionariedade de deferir ou indeferir pedidos de quebra de sigilo bancário de contribuintes, e no poder-dever da administração tributária em fiscalizar, autuar e realizar diligências que, motivadamente, forem necessárias para a apuração de ações ou omissões tributárias geradoras de ilícitos em geral, em sede administrativa, conforme previsão legal constante do corpo de texto da Lei Complementar n.º 105/2001, em seu artigo 5º e 6º, Lei e entendimentos calcados no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Ademais, a sintaxe será especificamente desenvolvida no que tange a solicitação, por parte do poder público administrativo, de informações financeiras e fiscais genéricas por meio dos instrumentos a seguir expostos: DIMOF – Declaração de informações sobre movimentação financeira e movimentações e informações de natureza fiscal, em geral, vinculados ao contribuinte (RMF – Requisição de movimentação financeira), no decorrer de suas atividades típicas de fiscalização, sem a necessidade de intervenção do poder judiciário para tanto (reserva de jurisdição).

A presente proposta, portanto, calca-se na discussão acerca do conflito na interpretação de postulados constitucionais (princípio da supremacia do interesse público – reserva de jurisdição e poder-dever de fiscalização do estado), com o intuito de demonstrar a constitucionalidade de tal intervenção nos direitos individuais alheios, para que prevaleça o

interesse público e, principalmente o interesse da coletividade em uma eficaz e célere fiscalização tributária.

Nesta toada, o presente trabalho visa responder questionamento ainda controvertido e, conseqüentemente, não respondido em definitivo pelos doutos ministros do Supremo Tribunal Federal, qual seja: Pode a administração tributária solicitar a quebra de sigilo bancário de contribuintes, de maneira direta sem estar praticando ato inconstitucional?

Na tentativa de suprimir essa questão conflitante que se passa a discorrer sobre o tema, utilizando-se de método de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, por meio do método hipotético dedutivo.

CAPÍTULO 1 - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE

1.1. Definição e dimensões abordadas:

Antes de colacionar argumentos que fomentarão o presente texto, faz-se mister explicar que o debate do trabalho a ser elaborado dar-se-á acerca da constitucionalidade do disposto na Lei complementar n.º 105/2001, especificamente nos artigos 5º e 6º, que permite à administração tributária, com observância de certas exigências, a fiscalização da vida financeira do contribuinte, sem que haja a necessidade de intervenção judicial anterior para tanto (reserva de jurisdição).

A corrente a favor do reconhecimento da inconstitucionalidade de tais dispositivos, é representada pelos doutos ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello tem forte argumentação sobre a violação de reserva de jurisdição e, conseqüente violação de direitos e garantias fundamentais preconizadas na carta política constitucional de 1988, artigo 5º, inciso X e XII, conforme julgamento da Ação cautelar n.º 33. Ao passo que, a corrente favorável ao reconhecimento da constitucionalidade dos dispositivos e da legalidade da administração tributária exercer tais atividades fiscalizatórias, liderada pelos doutos ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Carmen Lúcia, Ayres de Britto e Ellen Gracie tem forte fundamento na prevalência do interesse público sobre o interesse privado, princípio importantíssimo nos atos e rotina jurídico-administrativa, princípio este que visa sobrepor interesses da coletividade sobre interesses estritamente individuais, particulares.

Nesta toada, para melhor elucidação sobre as controvérsias, cumpre salientar a real extensão conceitual destes fundamentos que norteiam a monografia a ser elaborada, bem como ressaltar, especificamente, o princípio objeto de análise, para que haja uma delimitação palpável e perceptiva em torno da temática.

Desta forma, nas palavras de Canotilho, os direitos e garantias fundamentais ganham a seguinte forma jurídica, *in verbis*:

(...) a função de direitos de defesa dos cidadãos sobre duas perspectivas:

(1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de **competência negativa** para os poderes públicos, proibindo, fundamentalmente, as ingerências destes na esfera jurídica individual;

(2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer, **positivamente direitos fundamentais** (liberdade positiva) de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa). [...] (CANOTILHO, 1994, p. 541) (grifo nosso)

Destarte, entende-se das palavras retro transcritas que se trata de garantias e direitos preconizados na carta constitucional que limitam a atuação arbitrária do estado em face dos particulares, garantindo aos cidadãos, destinatários de tais direitos, um rol protetivo mínimo no qual o poder público não poderá interferir negativamente, sem a prévia chancela judicial, preservando, com isso, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana, prescrito no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Já na visão de David Araújo e Nunes Júnior (2010, p.132), o título II, capítulo I da Constituição Federal trata de matéria de cunho humanitário, sem os quais o ser humano teria suas qualidades e direitos reduzidos a mínimos insustentáveis para o convívio social, conforme preleciona a seguir, *in verbis*:

(...) os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade da pessoa humana em todas as dimensões. **Dessarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade)).** [...] (NUNES; ARAÚJO, 2010, p.132). (grifo nosso).

Sob o entendimento consolidado nas palavras dos autores acima mencionados, os direitos e garantias fundamentais se tratam de cláusulas imprimidas no texto maior que visam estabelecer um condão mínimo no convívio entre o ente público e particular, de forma a promover certa harmonia nesta relação, que, naturalmente, é desequilibrada, haja vista que o Estado possui *o ius imperium*, ou seja, o poder de impor sobre os administrados as suas vontades.

Neste linear, tais normas são de tamanha importância que não é dado, nem mesmo ao constituinte, a oportunidade de suprimi-las do ordenamento jurídico brasileiro, conforme corpo de texto do artigo 60, § 4º, da carta magna brasileira, que titulariza tais direitos como cláusulas pétreas, imutáveis, para evitar retrocessos nesta legislação protetiva mínima elaborada em favor dos cidadãos (princípio da vedação ao retrocesso).

Diante de todo o conteúdo exposto, insta mencionar que os direitos e garantias fundamentais que se passará a discorrer são aqueles advindos, na acepção das idéias da primeira geração de direitos e garantias fundamentais, voltados preservação de direitos individuais à privacidade, à intimidade e ao sigilo de dados. Porém, antes de adentrar nas espécies supracitadas, cumpre mencionar em qual plano de convivência, estas serão aplicadas.

1.2. Da eficácia dos direitos e garantias fundamentais: da eficácia horizontal e vertical

Pela temática proposta se dar em esferas de interesses distintos (público e privado), faz-se de preliminar importância para o tema demonstrar o campo de aplicabilidade de tais direitos, que, por sua vez, manifestam-se em dois campos ou níveis de eficácia das normas garantidoras de cunho constitucional, quais sejam: as de eficácia horizontal e vertical.

Pela literalidade das espécies de eficácia ora citadas, é plausível de se entender que existe a aplicabilidade em meios distintos, seja aquele em que as partes estejam em igual nível e, supostamente com os mesmos interesses, bem como, em nível e interesses diversos.

Coadunando com o explicitado acima, Pinho (2013, p. 108), prescreve que “os direitos fundamentais foram estabelecidos para proteger os indivíduos de abusos cometidos pelo estado, mas, por estabelecerem os fundamentos da vida em sociedade, aplicam-se também a relação privada [...]”. Assim sendo, da eficácia horizontal, tira-se a conclusão de que seria aquela aplicável nas relações entre particulares, ou seja, na relação de cidadão para cidadão.

De outra sorte, por verticalidade, impende-se frisar que é aquilo que vem de cima para baixo ou vice-e-versa e, desta forma, se posta em planos físicos distintos. Em suas devidas proporções, *mutatis mutandis*, fica fácil entender que o plano vertical é aquele que presume a existência de partes em planos dessemelhantes: o estado (em um plano superior) e o particular (em plano inferior), evidenciando, dessa forma desequilíbrio entre tais partes.

Nestes termos, o que importa ao presente estudo é a aplicação das normas constitucionalizadas em seu plano vertical, ou seja, a sua aplicabilidade nas relações público-privadas, que deverão se dar sobre a ótica do direito à intimidade e à vida privada na rotina administrativa dos órgãos incumbidos, na administração tributária, de função fiscalizatória e investigativa.

1.3. Da positivação dos direitos e garantias fundamentais na constituição federal de 1988: artigo 5º, incisos X e XII

Após o regime militar, época em que o estado brasileiro se apresentou ditatorial, com desrespeito aos mais básicos direitos humanos de seus cidadãos, avistou-se a urgência em estabelecer direitos e garantias mínimas na carta magna em favor dos administrados, durante o período autoritário a inobservância de normas de natureza democrática levou a ocorrência de danos sociais até o momento marcantes para a sociedade sênior brasileira.

Deste modo, o ordenamento jurídico nacional passou por um extenso e necessário período de “redemocratização”, fase em que fora promovido mudanças ideológicas e constitucionais nos mandamentos do Estado. Uma das grandes mudanças se deu com a mudança topográfica do capítulo que tratava dos direitos e garantias fundamentais, haja vista que sua redação passou para a parte inicial da carta política brasileira, logo após os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, o que se denota maior importância a esses direitos.

Isto porque, inspirados no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos sociais, fora constitucionalizado na carta cidadã de 1988, um rol de prescrições que preservasse a continuidade digna da raça humana em meio a mudanças radicais no contexto histórico-político do país.

Balizada pelo contexto supra no qual o país estava passando, foram impressos nos texto constitucional importantes garantias, em sua grande maioria, garantias processuais penais e de preservação dos interesses individuais e coletivos.

Há que se falar, destarte, que se tratava historicamente de um marco de passagem do autoritarismo para uma democracia justa e participativa, que nas palavras de Iolando Lourenço e Ivan Richard, repórteres da Agencia Brasil dizia se tratar da “luta para acabar com o chamado entulho autoritário do qual o Brasil ainda armazenava em seus contextos políticos-legais [...]” (LOUREÇO; IVAN RICHARD, 2013).

E, nesse ambiente surgiram as garantias que equilibram a vida em sociedade e colocam freios no Estado, detentor de parcela de poder expressiva sobre seus súditos, avalizando aos seus destinatários direitos e garantias de aplicabilidade imediata, pouco importando, na vasta maioria das prescrições, a criação de legislação infraconstitucional, ou de vontade operacional das casas legislativas.

CAPÍTULO 2 - DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

2.1. Do direito individual à vida privada: breves explicações sobre os conceitos de direito à intimidade e à Privacidade. Diferenças nas acepções jurídicas.

A Constituição Federal, ao prescrever que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5.º, X), concebeu tais direitos como diversos uns dos outros.

Afonso da Silva (1998, p. 2009) usa a expressão direito à privacidade num sentido genérico e amplo, abarcando todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o inciso X do art. 5.º consagrou.

Toma-se a privacidade como o conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isto poder ser compelido pelo poder estatal ou por outro indivíduo.

Historicamente, atribui-se ao juiz americano Cooly, em 1873, a primeira manifestação pretoriana reconhecendo o direito à privacidade, quando este identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: *right to be alone*. Na mesma oportunidade, a Suprema Corte norte-americana prolatou que o *right of privacy* (direito à privacidade) compreende o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera de sua vida privada.

Aludido direito constitucional desdobra-se em outros dois direitos subjetivos do indivíduo: o direito à vida privada e o direito à intimidade.

O direito à vida privada consiste no conjunto de modo de ser e de viver, como a faculdade de o indivíduo viver sua própria vida. Parte-se da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto de pesquisas e das divulgações de terceiros, justamente porque é pública. Já a vida interior que se “debruça” sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos é que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição Federal.

Nesse ínterim, aprofundando-se no conceito que afunilará o tema, para Pinho (2014, p. 136) “o direito à privacidade é gênero, dos quais são espécies os direitos à intimidade e à vida privada”.

Na visão Pinho (2014, p. 137), a cisão conceitual entre os direitos encontra-se cindida da seguinte forma:

está no fato de que o direito à privacidade reflete “o relacionamento de uma pessoa com seus familiares e amigos, o oposto da vida pública, isto é, a que se vive no recesso do lar e em locais fechados. É o direito de levar sua vida pessoal sem a intromissão de terceiros, como agentes do estado, vizinhos, jornalistas, curiosos e etc”.

Já o direito a intimidade, na acepção histórica da palavra, vem do latim *intimus*, que quer dizer do interior de cada ser humano, da subjetividade de cada pessoa.

Nestes moldes, Vidal Junior (2010, p. 174) escreve que “o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao de privacidade, pois, se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade (...)”.

Aduz, ainda o escritor acerca da teoria alemã das esferas, de maneira explicativa que “poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro do qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria aposto um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade (...)”.

Desta forma, é perceptível que os conceitos são diferentes e, portanto, de aplicabilidade distinta, sendo oportuno para a presente monografia ressaltar que tais direitos são de conceito indeterminado e aberto, devendo haver sopesamento na aplicabilidade dos direitos e garantias em face do sigilo de informações ora preconizado, conforme fica relatado nas palavras do autor Bernardi (2005, p. 52) que “as noções de intimidade e vida privada levam consigo uma carga de subjetivismo que as torna equívocas e ambíguas, dificultando a precisão de seu significado”.

2.2. Da quebra de sigilo versus transferência de sigilo

É perfeitamente plausível estabelecer limitações à administração tributária quanto às formas de investigação e solicitação de dados relativos ao contribuinte, uma vez que se faz necessário restringir o âmbito permissível de intervenção do estado, intervenção esta na grande maioria das vezes intrusiva e lesiva ao administrado. Porém, há de se ressaltar que, o que é defeso à administração tributária é ter acesso a informações tangíveis à personalidade da pessoa, ou até mesmo repassar as informações obtidas para outras pessoas e entidades de qualquer natureza.

Conforme relata Leal, a limitação acima tratada é bastante delimitada, quando prescreve as seguintes ideias, *in verbis*:

As informações do indivíduo protegidas pelo direito constitucional à intimidade-artigo 5º, X - são as relacionadas à esfera do "ser", vinculada a sua personalidade, e não àquela do "ter", porquanto as informações relacionadas ao patrimônio, à renda e às atividades econômicas do sujeito de direito, na sua objetividade, são, num estado democrático de direito - que possui a transparência como pilar da democracia - vocacionadas ao controle da sociedade. [...] (AUGUSTO, 2013, p. 182). (grifo nosso)

Deste modo, insere-se nas competências fundamentadas no poder de polícia-administrativa do Estado, a autorização para a administração tributária promover fiscalização sobre os contribuintes que, em observância as enormes necessidades de recursos por parte do estado, precisa promover uma coleta financeira condizente com os fatos geradores tributários consumados, calcados na esfera particular do "ter" de cada contribuinte de maneira eficaz, igualitária e, sem dúvida, com vistas a respeitar a capacidade contributiva destes, efetivando, com isso, o princípio da isonomia tributária. Só desta forma é que se estaria distribuindo igualmente o ônus social de pagar tributos, necessários a manutenção das atividades realizadas ou financiadas pelo Estado (princípio da capacidade tributária).

A competência prescrita nos artigos 5º e 6º, da Lei Complementar n.º 105/2001 não pretende obter informações pessoais do contribuinte, mas sim, informações de interesse da generalidade, que visem promover uma arrecadação igualitária, solidária e, conseqüentemente justa, de forma que fica à Administração tributária responsável pelo sigilo da informação obtida.

É neste diapasão que se pretende desvincular a obtenção de informações referentes à personalidade das pessoas e das informações que auferem referida capacidade contributiva destas.

Outrossim, verifica-se que não há que se falar em quebra de sigilo bancário, uma vez que as informações do contribuinte não estão sendo disponibilizadas a qualquer ente, mas sim as autoridades fiscais que, antes de efetuar a solicitação às instituições financeiras ou equiparadas, observa o princípio constitucional do devido processo legal, esculpido no artigo 5º, inciso LIV, quando exige da instituição que solicita a informação, a preexistência de processo administrativo,

de notificação do investigado para a prestação de informações acerca da dúvida suscitada pela fazenda fiscalizadora.

Complementando o argumento de que inexistente quebra de sigilo, mas sim, mera transferência de responsabilidade de guardar sigilo, o autor Leal Augusto (2013, p. 183) diz o seguinte: “2. Mesmo que se vislumbre o sigilo bancário como decorrência do direito à intimidade, a sua interpretação teleológica leva à conclusão de que a finalidade da norma veiculada pelo artigo 5º, X, da Constituição é proteger a informação privada contra a sua divulgação pública.”

Destarte, o que se proíbe é a publicização dos dados obtidos pela Administração tributária, por meio de suas atividades preconizadas constitucionalmente sob o artigo 192 e, legalmente, sobre a LC n.º105/2001, devendo, portanto, estar apenas ser cautelosa quanto à transposição dessas informações.

Em conexão ao presente subtítulo, Augusto Leal (2013, p. 184) assevera “que os contribuintes declaram anualmente o seu patrimônio e renda diretamente à administração tributária, dispensando-se intervenção judicial, sem que se vislumbre qualquer lesão ao direito à intimidade em razão do conhecimento da vida econômica daqueles pelo fisco”.

Desta forma, seria incoerente dizer que estaria a Administração incorrendo em prática inconstitucional quando decide utilizar prerrogativas delineadas nos artigos 5º e 6º da referida Lei complementar para verificar a veracidade e autenticidade das informações prestadas pelos mesmos contribuintes de forma espontânea.

Haveria incongruência de propósitos entre o oferecimento de informações e a obtenção sigilosa de confirmação dessas informações. Seria, em essência, uma forma de travar as possibilidades que o fisco possui de averiguar a real extensão dos fatos geradores tributários ocorridos e postos sobre suspeita.

2.3. Do direito à intimidade e o englobamento das espécies de sigilo.

Dentre as diversas formas de sigilo protegidas constitucionalmente por meio da reserva de jurisdição, estão as prescrições descritas no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, quais sejam, o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Por possuir alto grau de subjetividade e, por inexistir substancialmente na norma conceito que delimite com precisão seu significado e extensão, tal norma tem sua conceituação momentaneamente definida pelos interpretes do direito, de forma a considerar os entendimentos majoritários descritos na doutrina e nos textos jurisprudências, comprovando, assim, a classificação de tal norma como conceitual aberta e indeterminada.

Nesse ínterim, prescreve Bernardi (2005, p.57) acerca da relatividade da espécie de garantia aqui tratada, *in verbis*.

Apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente a interceptação telefônica, entende-se que **nenhuma liberdade individual, ainda que com status de direito fundamental, é absoluta...**sendo possível a interceptação sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.(BERNARDI, 2005, p. 57).(grifo nosso)

A interpretação que o autor quis promover, *mutatis mutadis*, foi a da proporcionalidade no uso da norma garantidora objeto do presente trabalho, mostrando que se o caso concreto demonstrar a necessidade de violação de tal direito para salvaguardar interesse de maior valor, qual seja, o interesse público e coletivo na efetiva e igualitária coleta de impostos, em observância ao princípio da justiça tributária, o estado deverá assim proceder.

Desta forma, o que se veda pelo ordenamento jurídico é a obtenção de informações de maneira discricionária, sem fundamentação ou necessidade clara e prévia, (necessidade de se produzir prova documental no procedimento administrativo fiscal). Proíbe-se a utilização do *ius imperium* do Estado para “bisbilhotar” a vida alheia, para obter informações que não foram expostas às fontes públicas por razões distantes daquelas ditadas pelo interesse público.

Ao passo que a pretensão da diligência da vida privada de determinado contribuinte, quando solicitadas informações às instituições financeiras e bancárias é a obtenção de dados interessantes à administração em geral, há, acima de tudo, interesse do Estado em aplicar justiça social em suas relações, haja vista ser ele o detentor do *ius puniendi*, ou seja, o direito de punir eventuais infratores, sonegadores de impostos aos cofres públicos.

Diante dos argumentos expostos resta analisar se a interpretação dada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal à intimidade reflete a busca pela interpretação autêntica e teleológica da norma.

CAPÍTULO 3 - DO DIREITO À PRIVACIDADE VERSUS AÇÃO FISCALIZATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Atuação administrativa e o poder de fiscalização

Em conformidade com os preceitos da Constituição Federal e do poder de polícia administrativa de que goza a administração pública, o presente tópico tratará acerca da legalidade da atuação da administração tributária quando esta proceder a investigações patrimoniais em face de determinado contribuinte, haja vista que esta atividade deverá ser sempre balizada pelos princípios da legalidade e eficiência administrativa, preconizadas pela fonte ápice do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta toada, assevera Carvalho Filho (2015, p. 75-76) o seguinte acerca do tema, vejamos:

O Estado precisa ter mecanismos próprios que lhe permitam atingir os fins que colima, mecanismos esses inseridos no direito positivo e qualificados como verdadeiros *poderes* ou prerrogativas especiais de direito público. Um desses deveres resulta exatamente do inafastável confronto entre os interesses público e privado, e nele há necessidade de impor, às vezes, restrições aos direitos dos indivíduos. É preciso ressaltar, contudo, que tais benefícios não são despropositados, mas imprescindíveis “a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão”. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 75-76)

Assim sendo, quando um agente público age em conformidade com a estrita legalidade e procede à investigação de determinadas atividades ou situações econômicas que envolvam determinados bens ou pessoas, não o faz em desatendimento a esses comandos, mas sim com total observância a eles, uma vez que deve atuar sobre as necessidades públicas e fazer destas prioritárias sobre os particulares, fazendo prevalecer, sempre, em autêntico exercício de limitação das garantias individuais, o interesse público e o coletivo.

Neste mesmo sentido, Meirelles (2007, p. 131) descreve o seguinte, a seguir.

O poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais,

em benefício da coletividade ou do próprio Estado. Em linguagem menos técnica, podemos dizer que o poder de polícia é o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda a Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se velar contrária, nocivo ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.

Desta forma, quando se realiza determinada atividade fiscalizatória, busca-se contemplar, a priori, um dos objetivos fundamentais relatados no texto constitucional, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária no que tange à efetiva distribuição do “indigesto” ônus de pagar impostos e contribuir com as finalidades e despesas do estado, responsabilidade da qual a sociedade se furta com freqüência a assumir, e que o estado, muitas vezes a exerce arbitrariamente, exorbitando seus limites e atingindo maleficamente seus destinatários.

Já para Netto de Araújo, a extensão acerca do conceito de Poder de Polícia é muita mais ampla e abrangente, atingindo a toda e qualquer situação, senão vejamos:

[...] o Poder de Polícia tem uma extensão mais ampla, chegando mesmo a afirmar que onde houver relevante interesse da coletividade ou mesmo do próprio Poder Público, aparecerá, de forma correlata, idêntico Poder de Polícia administrativa para que o estado dê provimento à proteção de tais interesses. (NETTO, 2010, p. 1053).

Assim sendo, visualiza-se que é de interesse da coletividade e, mais ainda, da Administração tributária a efetiva e gradual coleta de impostos, uma vez que, se inobservado o princípio da capacidade contributiva de cada contribuinte, seja ele pessoa física ou jurídica, estaria o Estado incorrendo em manifesta prática inconstitucional por inobservância da disposição do artigo 145,§1º da Constituição Federal de 1988.

Neste linear, salienta Carvalho Filho (2015, p. 86) que “Não adiantaria deter o estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse dos mecanismos necessários para à fiscalização da conduta destes. Assim, o poder de polícia reclama do poder público à atuação de agentes fiscalizadores de conduta dos indivíduos.”

Complementando o conceito doutrinário atribuído ao Poder de Polícia, encontra-se o significado da prerrogativa de autoexecutoriedade do ato administrativo fiscalizatório que será a seguir abordado.

3.2. A autoexecutoriedade da ação administrativa

Por autoexecutoriedade dos atos administrativos compreende-se a prerrogativa de a Administração Pública proceder às estipulações ou propostas do ato administrativo por conta própria, sem a necessidade de intervenção de outro poder ou órgão.

Na visão jurídica do autor Carvalho Filho (2015, p. 123/124) a autoexecutoriedade se desenvolve da seguinte forma, *in verbis*. “Uma das mais relevantes características do ato administrativo é a autoexecutoriedade. Significa que o ato administrativo, tão logo praticado, pode ser imediatamente executado e seu objeto imediatamente alcançado.”

Cumprido salientar que a autoexecutoriedade do ato administrativo fiscalizatório compreende a desnecessidade de chancela judicial para que o poder executivo exerça sua função precípua, qual seja, de administrar e fiscalizar os cidadãos e seus respectivos bens e negócios, haja vista que existe interesse econômico por parte do Estado que constitui suas rendas com base nas informações prestadas pelo contribuinte e, também, pelas informações obtidas em suas diligências corriqueiras.

Nesta toada, assevera Lopes Meirelles (2007, p. 162) que “A autoexecutoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração Pública, independentemente de ordem judicial”.

Sob a autoridade dos argumentos acima transcritos, ressalta Meirelles, que sem essa prerrogativa do ato administrativo estaria comprometido por seu mau funcionamento, pois não estaria com o objetivo de atingir sua finalidade com celeridade, senão vejamos:

[...] não poderia a Administração bem desempenhar sua missão de autodefesa dos interesses sociais se, a todo o momento, encontrando natural resistência do particular, tivesse que recorrer ao Judiciário para remover a oposição individual à atuação pública. Sendo assim, é razoável o argumento defensor da característica autoexecutória da função típica do Estado em fiscalizar seus administrados.(MEIRELLES, 2007, p. 163).

De certo modo, seria demasiado, moroso e ineficiente caso fosse necessário a intervenção do Poder Judiciário para a contemplação dos afazeres típicos do Poder Executivo, sendo, inclusive afrontoso não reconhecer a prerrogativa acima relata, designada aos atos de exercidos pelo poder executivo nacional, sob a pena de violação da teoria da separação dos

poderes, uma vez que determina a Constituição Federal, em seu artigo 2º (Brasil, Constituição Federal) que “São poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”, sendo relevante para o presente tema dizer que a interferência de um poder na esfera de competência de outro poder é medida de notória excepcionalidade, não se estendendo a todo e qualquer ato por um dos poderes praticados. Destarte a atipicidade funcional mostra-se como medida de excepcional utilidade.

Embora a autoexecutoriedade para alguns autores seja inerente aos atos administrativos, para o doutrinador Justen Filho (2011, p. 377) a prerrogativa ensina que “Em situações excepcionais, o ato administrativo poderá adquirir o grau máximo de eficácia, sendo a Administração Pública autorizada a produzir os atos concretos necessários a implementar as determinações necessárias.”

Entretanto, insta mencionar que a autoexecutoriedade também não se confunde com a arbitrariedade, com a inobservância das disposições legais, uma vez que esta prerrogativa deve estar sempre em conformidade com os princípios da legalidade e proporcionalidade e, o distanciamento destes princípios viciaria por completo tal atributo do ato administrativo, maculando seus efeitos de nulidade.

3.3. Da supremacia dos interesses públicos sobre os interesses particulares: breves explicações

Esta prevalência de interesse trata-se de conceito aberto e indeterminado, porém, determinável, tratado pela doutrina como dever do Estado em promover políticas públicas que atendam as necessidades coletivas e o interesse social, *a priori*. Por isso, supremacia do interesse público consubstancia-se no dever que o estado possui em realizar suas atividades, suas compras e suas finalidades com a maior proximidade possível de seus interesses, sob pena de estar agindo em desconformidade com princípios norteadores das atividades exercidas pela Administração Pública, esculpido na constituição federal, artigo 37, Caput, qual seja, o dever de agir de maneira impessoal ou não preferencial e estar desviando-se da finalidade pública inerente ao ato.

Carvalho Filho disserta o seguinte acerca deste importante princípio, vejamos abaixo:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o

fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicando a atender o interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 34).

Assim como o *Welfare State* acima relatado, é plausível de se dizer que o princípio da supremacia do interesse público tem suas fontes primárias calcadas nos primórdios conceituais da teoria do contrato social, onde o particular, a princípio, abria mão de parte de seus direitos e de sua individualidade em troca de segurança e de controle por parte do Estado.

Em conformidade com o retro exposto, Netto de Araújo demonstra suas ideias no mesmo sentido, *in verbis*.

O princípio da **supremacia do interesse público** relaciona-se com a noção de *puissance publique* (potestado pública), e fundamenta-se nas próprias idéias iniciais da entidade “Estado”, em que os membros de certa coletividade, como dizia Hobbes em sua obra, *Leviatã*, abdicam de parte de sua liberdade integral em favor de um comando disciplinador para a vida nessa mesma comunidade, que tomará medidas para a sua defesa, segurança e progresso. Como a esse comando são deferidas essas atribuições de interesse geral, em contrapartida, em nome desse interesse, ele terá o poder de ditar regras gerais de comportamento para a vida em comunidade, que devem ser por todos obedecidas, pois tais regras, de interesse geral (interesse público) devem preponderar sobre os interesses particulares.

Com efeito, já que o interesse geral prepondera sobre o particular, o regime jurídico das relações da entidade (“Estado”) com seus integrantes é **exorbitante** do direito comum (que rege as relações entre particulares), e permite a restrição, e até sacrifício de interesses ou mesmo de interesses individuais, para que seja cumprido um fim de interesse da coletividade.

Como a idéia da atribuição ao Estado de tais poderes está fundamentada na realização dos interesses gerais, não se admite que o Estado, por seus agentes e entidades, atue contra ou sem o respaldo de interesse público concretamente existente. (NETTO DE ARAÚJO, 2010, p. 71)

De outra sorte, prescreve Di Pietro (2003, p. 68) que, “Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei, como no

momento da sua execução em concreto pela administração pública. Inspirando e vinculando o legislador e a autoridade em sua atuação.”

Outrossim, leciona Di Pietro que a supremacia do interesse público interferiu significativamente nas atividades do estado, uma vez que ampliou o seu campo de interferência na esfera da autonomia privada, veja:

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. **O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública também a ordem econômica e social.** Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens. (DI PIETRO, 2003, p. 69) (grifo nosso)

Diante do exposto, fica demonstrado que a interferência promovida pelo Poder Público na privacidade das pessoas resta justificada no dever que o estado tem de defender os interesses coletivos, de promover a isonomia de tratamento e, fazer prevalecer, em virtude do *ius imperium*, os interesses que atendam as necessidades da grande maioria, que, conseqüentemente se confundirá com a finalidade executiva do Estado, qual seja, a busca dos interesses coletivos.

3.4. Fundamentos constitucionais pertinentes

Em atendimento aos pressupostos de validade das normas legais atinentes a fiscalização tributária, impende relacionar os fundamentos impressos no texto constitucional que autorizam a realização da atividade administrativa fiscalizatória, sem que haja interferência de outro poder para sua efetivação (desnecessidade de observar a reserva de jurisdição).

Inicialmente, frisa-se que toda e qualquer atividade administrativa deve ser realizada com total alinhamento aos princípios que regem a administração pública em geral, quais sejam, o princípio da legalidade, no qual o agente público deverá agir somente em razão de lei pré-existente, ou seja, dentro dos limites impostos pelo comando legal (justificado pela existência da

Lei Complementar 105/2001 e do Decreto Lei n.º 3.724/2001); o princípio da impessoalidade, que alude o dever do administrador em realizar suas tarefas sem favorecer pessoas em especial, mas favorecendo o interesse da maioria, o interesse da coletividade (princípio norteador da supremacia do interesse público sobre o interesse particular); o princípio da moralidade, que exige de seu destinatário o desempenho de suas atividades de acordo com valores éticos e morais presentes na sociedade; o princípio da publicidade, que determina o desenvolvimento das atividades da Administração Pública com transparência e limpidez e, por fim, o da eficiência que obriga os operadores públicos a distanciar-se de práticas amadorísticas, ineficientes e custosas ao erário público.

Não obstante, passa-se a empenhar a seguir os fundamentos específicos de validade da fiscalização administrativa exercida pelo poder executivo, qual seja, aqueles fundados na Teoria dos Poderes Implícitos (*inherent powers*), que, nas palavras de Leal (2013, p. 88) “são amplamente reconhecidas no seio da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, com o devido enfoque para o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e a necessidade de interpretação sistemática da constituição para se verificar a possibilidade de fiscalização sem que haja interferência judicial para tanto, e a vontade do legislador constituinte acerca do caso.

Desse modo, ressalta-se que o princípio em comento é fomentado, de maneira não expressa na Constituição Federal, mas está presente nas interpretações constitucionais implícitas reconhecida a determinados princípios não previstos física e expressamente na Constituição Federal de 1988, demonstrando total alinhamento com o interesse público, em especial, com o interesse em evitar a prática de ilícitos em matéria tributária, de evitar a consignação de argumentos sobre a violação de direitos e garantias fundamentais em prol de condutas torpes, que visam utilizar de um sistema legal para privilegiar interesses unicamente particulares.

Em complemento ao conteúdo acima disposto, prescreve Afonso da Silva o seguinte acerca do tema, *in verbis*.

O princípio de que a administração se subordina à lei – princípio da legalidade – revela-se como uma das conquistas mais importantes da evolução estatal. **Seria, contudo, ineficaz, se não se previssessem meios para fazê-lo valer na prática.** A função de fiscalização engloba esses meios que se preordenam no sentido de impor à administração o respeito à lei, quando sua conduta contrasta com esse dever, ao qual se adiciona o *dever de boa administração*, que fica também sob a

vigilância dos sistemas de controle.(AFONSO DA SILVA, 2006, p. 749) (grifo nosso)

Assevera o autor Pedro Lenza, importante conteúdo sobre o conceito de legalidade relatado no caput do artigo 37, Caput, da Constituição Federal de 1988:

[...] o princípio da legalidade deve ser lido de forma diferente para o particular e para a administração. Vejamos: No âmbito das **relações particulares**, pode-se fazer tudo que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais na relação entre particulares.

Já em relação à administração, ela só pode fazer o que a lei permitir. Deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*. Trata-se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto.(LENZA, 2012, p. 978-979).

Por isso, quando se edita determinada lei que tem a pretensão de viabilizar eficientemente a atividade fiscalizatória nas relações atinentes ao direito tributário, o faz em atendimento ao dever de profissionalismo e eficiência, que devem estar presentes nas atividades desenvolvidas por quem quer que faça parte da Administração Pública. A edição da lei visa à persecução objetiva do estado, ou seja, a manutenção e o crescimento de suas estruturas e do seu potencial assistencial. Assim sendo, atua a administração em observação à lei, inexistindo desrespeito a preceitos constitucionais, ao contrário disso, o fazem em respeito às prescrições consagrados na carta política brasileira, que vincula a atividade administrativa em uma atuação senão sob a égide da lei.

Importante preleção também é tratada com propriedade pelo autor Bandeira de Mello que, em suma, determina que o estado democrático de direito funda-se na vontade da lei, na submissão, inclusive do estado, a essa força, conforme escrito abaixo elencado.

Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Justifica-se, pois, que seja tratado – como o será – com alguma extensão e detença. Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É, em suma:

a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 96-97).

Sob a égide do princípio da legalidade é que desenrola o conceito implícito do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que nas palavras de Bandeira de Mello (2006, p. 92), “[...] reputa-se implícito nos princípios consagrados no caput do artigo 37 por ser dele decorrente, ou seja, abrigados logicamente pelos conceitos descritos no comando constitucional, isto é, consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; [...]”

Visto que Bandeira de Mello (2006, p. 93) trata o princípio da supremacia do interesse público como um pressuposto lógico da convivência em sociedade, a atividade administrativa fiscalizatória se vê justificada quando é realizada para atender exclusivamente o interesse público, seja ele primário ou secundário.

3.4.1. Do interesse público primário e secundário: breves introduções.

O conceito de interesse público primário consubstancia-se na persecução de atos administrativos que busque, prioritariamente, o interesse da sociedade, o que se contempla com a efetiva coleta da carga tributária, combustível necessário para o financiamento das estruturas que satisfazem as necessidades sociais. De certa forma, portanto, quando agentes representativos da Administração tributária solicitam informações contábeis e bancárias acerca de determinado contribuinte, está contemplando o interesse em que determinado grupo social tem na proporcionalidade contributiva de determinado contribuinte para com as despesas do Estado.

Nesse sentido, prescreve Leal (2013, p. 29) que “São, por certo, de interesse público primário como a justiça fiscal, a igualdade substancial e a solidariedade tributária, princípios decorrentes do sistema constitucional tributário brasileiro, que movem a interpretação do art. 5º, X, da Constituição da República [...]”

Igualmente, impende destacar que o Poder Público também realiza atividades administrativas que visam atingir o interesse exclusivo do estado, ou seja, o interesse público

secundário. Tal interesse é formulado com base no íntimo e legal interesse do estado que, *in casu*, é delineado pelos objetivos do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.

Ambos os conceitos são de relevante importância para o presente trabalho, haja vista que, se o ato administrativo estiver sendo praticado na direção desses interesses, estará a contemplar o interesse maior, isto é, o interesse público. Estará o ato atendendo, alinhadamente, as prescrições dos artigos 3.º; 5.º, incisos X e XII e artigo 37, caput, todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CAPÍTULO 4 - CONSTITUCIONALIDADE DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS BANCÁRIOS

Inicialmente, salienta-se que o presente tópico decorrerá, em síntese, do produto de uma análise crítica e sistemática da Lei Complementar 105/2001 e sua constitucionalidade, de um Memorial formulado por Procuradores da Fazenda Nacional no ano de 2011 no Leading Case do Recurso Extraordinário n.º 601.314 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e entendimentos dos tribunais nacionais acerca do tema e do direito a intimidade, no intuito de dar uma maior fundamentação jurídica e legal a tese da constitucionalidade da atividade fiscalizatória dos entes fazendários, sem a necessidade da intervenção judicial, ou seja, a observância da reserva de jurisdição, proposta de maneira solitária pelo artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, inaplicável ao caso objeto da monografia.

4.1. Do conteúdo da Lei Complementar n.º 105/2001

A quebra de garantia fundamental do contribuinte, qual seja, o direito ao sigilo de informações bancárias e fiscais foi regulamentado pela Lei Complementar n.º 105/2001, com o objetivo de estabelecer as diretrizes da atividade de fiscalização da Administração Pública fazendária, insatisfeita pela proposta do já revogado artigo 38 da Lei 4.595 de 1964.

Acerca do diploma legal é importante ressaltar o conteúdo descrito no artigo 5º que apresenta os moldes necessários para que determinada quebra seja considerada legal, *in verbis*.

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.

Assim, compete a Administração realizar todos os atos materiais e formais acerca da quebra do sigilo bancário, não havendo, nos termos desta prescrição legal, a necessidade de se valer de outro Poder constituído para providenciar os atos satisfatórios para fiscalização da vida financeira de um dado contribuinte (desnecessidade de observar a reserva de jurisdição do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988).

E neste linear, ressalta-se que a Administração Pública apenas poderá fazer solicitação de informações bancárias ou financeiras protegidas por sigilo quando houver suspeita de imperfeições, informações incompletas ou inverídicas que possam não estar exprimindo a realidade fático-tributária obrigatoriamente documentada por essas instituições, ensejando, com isso, a instauração de procedimento administrativo, com a finalidade de apurar, sobre o crivo dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988), a ocorrência de fatos geradores ou a apuração de eventuais ilícitos tributários, conforme se demonstra pela transcrição do artigo 6º da Lei Complementar n.º 105/2001, abaixo:

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.

Portanto, a solicitação de informações acobertadas por sigilo pelos documentos **DIMOF** (Declaração de informações sobre movimentação financeira) ou **RMF** (Requisição de movimentação financeira) pelas administrações tributárias dar-se-ão tão somente quando observado esses preceitos, e serão documentados de maneiras genérica e global, não sendo permitida a pormenorização dessas informações, isto é, especificações que exponham a qualquer pessoa a esfera particular do “ser” do contribuinte, devendo, conforme disposição do parágrafo único acima transcrito, serem conservados de exposição pública imotivada, com observação da legislação pertinente.

Alinhado a sistemática acima proposta se encontra a escritora Cynthia Facundo Elencar Brasil (2008, p. 37), que argumenta com precisão e propriedade em sua monografia “A relativização do sigilo bancário através da Lei Complementar n.º 105/2001 pela Receita Federal” acerca dos limites de diligência que vinculam a Administração por sua obrigatoriedade, *in verbis*.

Conforme preceitua o §2º do art. 5º da Lei Complementar n.º 105/2001, as informações que podem ser transferidas restringir-se-ão a informações

relacionadas com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados. E ainda, o §5º determinou que as informações assim recebidas pela Administração Tributária deverão ser conservadas sob sigilo fiscal. **Não há, portanto, qualquer risco de ofensa às garantias constitucionais do direito à incolumidade da intimidade e da vida privada prevista no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.** (ALENCAR, 2008, p. 37) (grifo nosso)

Sendo assim, os limites de utilização da legislação sob o comento estão claramente delimitados e empenhados em conformidade com as características constitucionais que toda e qualquer intervenção mal desejada deve conter, pois atendem ao princípio do contraditório quando permite que o contribuinte investigado participe do processo administrativo fiscal, utilizado para a apuração de irregularidades documentais.

Ressalta que, atende, ainda, ao princípio da ampla defesa, haja vista que, em momento oportuno, permite ao contribuinte, constrangido em prol do atendimento das necessidades públicas, possa provar a desnecessidade da interferência e a autenticidade das informações por ela prestada ao órgão tributário, produzindo provas contrárias às provas documentais obtidas junto às instituições financeiras. E, por fim, a legislação atende ao princípio do devido processo legal aplicado ao processo administrativo, porque faz com que o agente público incumbido do dever de fiscalizar analise documentos e exija esclarecimentos, se necessário, baseado em composições documentais, providenciadas para seu uso exclusivo, para o uso delimitado pelo interesse público.

Ex positis, não há que se falar em inobservância, na confecção da referida Lei Complementar, quando o grande argumento contrário que serve de base para a inconstitucionalidade se dá na intrusão do Estado na esfera particular dos contribuintes, pois tal invasão ocorre com total observância aos princípios expressos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV), bem como em observância ao princípio implícito da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, haja vista que o estado deve combater eventuais ilícitos tributários como forma de implementar justiça tributária.

Findado o argumento da inconstitucionalidade, procede-se ao alinhamento da Lei complementar sob a análise às diretrizes normativas gerais expressas no Código Tributário Nacional.

Prescreve o artigo 195 daquele diploma, o seguinte, *ipsis litteris*:

Art. 195. Para os efeitos da Legislação tributária, não tem 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 de exibi-los.

Além da comprovação de estar a referida lei em conformidade com as disposições principiológicas elencadas pelo legislador constituinte originário no texto da carta política nacional, conclui-se que os comandos da lei complementar que trata do sigilo bancário encontram-se alinhada com as normas gerais de Direito Tributário, estabelecidas pela Lei complementar 5.172/1966 (Código Tributário Nacional). Destarte, proporcionando não somente a validade constitucional desta norma, mas também sua validade legal.

4.2. Do memorial da Fazenda Nacional no *leading case* Recurso Extraordinário n.º 601.314

Em atenção à repercussão geral reconhecida para o Recurso Extraordinário n.º 601.314, formulado pelo contribuinte Marcio Holcman em face da União, a Fazenda Nacional, apresentou memoriais descritivos para fundamentar a tese da constitucionalidade das disposições da Lei Complementar 105/2001.

Em uma breve síntese, o memorial trata acerca do seguinte assunto, *ipsis litteris*:

Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado com o objetivo de impedir que a Administração Tributária Federal tenha acesso direto – sem prévia autorização judicial, portanto – aos dados da movimentação financeira do impetrante em posse de instituições bancárias.

A principal tese veiculada naquele *writ* foi a da inconstitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar 105/2001 e, por conseguinte, do Decreto 3.724/2001, no ponto em que o regulamentou.

Para o autor da ação, tais dispositivos infraconstitucionais seriam incompatíveis com os arts. 5º, X, XII, LIV, LV e LVII, e 145, §1º, todos da Constituição da República. Ainda, reputava-se inconstitucional, por suposta afronta ao art. 5º, XXXVI, a aplicação retroativa do art. 11, §3º, da Lei 9.311/1996, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei 10.174/2001.

O Juízo Federal de primeiro grau, embora considerando constitucionais o art. 6º da Lei Complementar 105 e o Decreto 3.724, concedeu parcialmente a segurança por não admitir a aplicação retroativa do art. 11, §3º, da Lei 9.311/1996, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei 10.174/2001.

Instado pela interposição de recursos de apelação por ambas as partes e em razão de remessa necessária, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconheceu a plena constitucionalidade da Lei Complementar 105 e do Decreto 3.724, além da possibilidade do art. 11, §3º, da Lei 9.311/1996, com a redação dada pelo artigo 1º da Lei 10.174/2001, fundamentar fiscalização posterior à sua vigência, ainda que tendo por objeto fato gerador anterior à modificação legislativa. BRASIL (2011, p. 02).

Inconformado com a acertada decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o impetrante utilizou-se de Recurso Extraordinário para ver suas razões apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, a demanda ainda esse encontra pendente de efetivo julgamento.

O documento que elenca as razões finais utilizadas pela União Federal no convencimento dos julgadores tece argumentos na direção da compatibilidade do acesso direto da Administração Tributária aos dados financeiros do contribuinte com o artigo X, da Constituição Federal, visto que os argumentos se direcionam para o entendimento de que é permitido ter acesso às informações relacionadas do “ter” de um determinado contribuinte, ou seja, acerca de seus ativos patrimoniais, prescreve os representantes com base no teor dos votos do Recurso Extraordinário n.º 389.808 o seguinte:

Como bem esclareceu o eminente Ministro Ayres Britto, no voto proferido no R.E. n.º 389.808, as informações do indivíduo protegidas por tal direito constitucional à intimidade são aquelas relacionadas à esfera do “ser vinculada à sua personalidade, e não àquela do “ter”. Para o citado Ministro, o direito à intimidade não abrange os dados do “ter”, porquanto as informações relacionadas ao patrimônio, à renda e às atividades econômicas do sujeito de direito, na sua objetividade, são, num Estado Democrático de Direito, que possui a transparência como pilar da democracia, vocacionadas ao controle da sociedade.

Isso porque a sociedade, para alcançar o bem comum, necessita, por intermédio do Estado, fiscalizar a licitude desses bens, receitas e atividades econômicas. Não se pode olvidar que um dos pressupostos para que a atividade econômica do contribuinte esteja em plena harmonia com as normas jurídicas estabelecidas pelos representantes do povo é o pagamento de tributos em proveito de toda a sociedade, destinatária final das mais diversas políticas públicas mantidas com receitas tributárias.

Em outras palavras, o Estado não só pode como deve fiscalizar porque são por meio de suas políticas públicas que serão realizadas todas as propostas de governo, todos os benefícios, e seria impossível obter quantias monetárias fidedignas com o montante de riquezas em circulação

na economia, sem que pudesse, o estado, vir a fiscalizar, bens, rendas, capitais e atividades de potenciais contribuintes, que, em virtude da alta carga tributária legalmente prevista, se furtam ao correto compartilhamento de despesas pelo Estado, assumida em benefício de seus administrados. Afrontoso seria abarrotar o judiciário com demandas desnecessárias para a apuração de fatos geradores tributários, tudo isso em detrimento das necessidades correntes da sociedade, sendo que tal atividade é de exclusiva alçada administrativa.

Nesse diapasão, o memorial elaborado no caso paradigmático RE 601.314/RG (2011, p. 16) assenta entendimento de que “[...] a função primordial dos direitos individuais é proteger os particulares contra ações ilegítimas do Estado, e não inibir as legítimas atividades estatais que busquem garantir diversos direitos fundamentais sem qualquer lesão à dignidade do indivíduo.”

Nesse íterim, menciona, também, que tal atividade, nos termos da Lei Complementar 105/2001 e Decreto Lei 3.724, que a regulamentou, devem seguir a alguns requisitos, sob a pena de estar incorrendo em ilegalidade e possível abuso de poder, tais como, in verbis:

a) a existência de processo administrativo instaurado; **b)** a indispensabilidade dos dados bancários para a apuração do crédito tributário, o que somente ocorre nas restritas hipóteses do art. 3º do Decreto, as quais revelam grande probabilidade de ocorrência de evasão fiscal no caso concreto; **c)** a confirmação de tal indispensabilidade num triplo grau de análise, que envolve o exame por parte de três graus hierárquicos no âmbito da Receita Federal; **d)** a prévia intimação do contribuinte para que proceda à apresentação espontânea das informações, sendo essas requisitadas às instituições financeiras somente diante da negativa daquele; **e)** a rígida manutenção do sigilo das informações bancárias obtidas, sob pena de responsabilização penal do servidor público responsável pela sua divulgação a terceiros. Para tanto, o art. 7º do Decreto determina que: as informações sejam enviadas pela instituição financeira em dois envelopes lacrados, um externo e um interno, sendo que este último deverá conter observação de que se trata de matéria sigilosa, ou, se encaminhadas por meio eletrônico, sejam obrigatoriamente criptografadas; os documentos sigilosos sejam guardados em condições especiais de segurança; seja mantido controle de acesso ao procedimento administrativo fiscal, ficando sempre registrado o responsável pelo recebimento, nos casos de movimentação.(grifo nosso)

Corroborando com os requisitos rígidos exigidos para a solicitação de informações bancárias e fiscais, está elencado no *Leading Case* (2011, p. 17) que o procedimento e a forma como este funcionam são de extrema confiabilidade e segurança, conforme preceituado abaixo.

[...] o fato de que desde a vigência da L.C. 105/2001 até meados de 2011, mais de setenta e quatro mil Requisições de Informações sobre movimentação

financeira – RMF – foram expedidas, sem que seja, de forma alguma, comum o vazamento público das informações financeiras dos contribuintes obtidas por meio delas.

Isso comprova a confiabilidade do procedimento de manutenção do sigilo bancário por parte da administração tributária Federal, em obediência ao que impõe aquela Lei Complementar. Eis o motivo pelo qual o Ministro Dias Toffoli, no julgamento do RE n.º 389.808, destacou ser inapropriado designar o fenômeno ora estudado como “quebra de sigilo bancário”, sendo mais preciso falar-se em “transferência do sigilo” das instituições financeiras para a Administração tributária.

Ex positis, o procedimento eleito pelo legislador ao instituir a Lei Complementar 105/2001 e o Decreto Lei n.º 3.724, mostra-se em consonância com o real objetivo buscado pela lei e pelo espírito do legislador, mostrando-se teologicamente alinhado com a carta magna brasileira.

No entanto, o tema ainda não se encontra pacificado perante a suprema corte brasileira, pois as ações diretas de Inconstitucionalidade 2.386/DF, 2.390/DF e 4.010/DF ainda aguardam por julgamento e dependem do deslinde do *Leading Case* in comento (RE n.º 601.314).

Faz-se mister salientar que o julgamento do RE 389.808 não poderá ser levado em consideração para determinar o posicionamento dos Doutos Ministros, porque fora maculado de dois grandes vícios, conforme se verifica com a transcrição abaixo formulada. Vejamos:

Ocorre que, com a devida vênia, o acórdão proferido no RE 389.808 não consubstancia precedente idôneo a pacificar a questão e a revelar o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Isso em razão de dois graves vícios: a desobediência do *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade exigido no art. 97 da Constituição - cláusula de reserva de plenário - e a contradição entre a ementa do julgado e a substância do julgamento, no que diz respeito à suposta necessidade da finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal para a obtenção dos dados financeiros dos contribuintes pela Administração Tributária. (MEMORIAIS DA FAZENDA NACIONAL, 2013, p. 6).

Nesse diapasão, denota-se que além de violação a cláusula de plenário, prevista no artigo 97, da Constituição Federal de 1988, o acórdão proferido naquele recurso também se encontrava em desconformidade com o Regimento Interno do STF, uma vez que não observou procedimento formal de vistas necessário para a validação. Neste ínterim, a União salientou:

Conclui-se, portanto, que ao se proceder à proclamação do resultado do

juízo a despeito da ausência de *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade, ignorou-se não apenas o art. 97 da Constituição, mas, igualmente, o art. 173, parágrafo único, do próprio Regimento Interno do STF, ambos os veículos de normas de ordem pública, que deveriam ter sido conhecidas de ofício.

Destaca-se que se faz necessário o respeito ao art. 97 da Constituição e ao art. 173, parágrafo único, do RISTF, ainda que se considere que o acórdão embargado não declarou a inconstitucionalidade total do art. 6º da LC 105, mas, apenas, procedeu a uma “interpretação conforme à Constituição”, reconhecendo a sua inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto.

Não tendo observado as formalidade e peculiaridades atinentes à declaração de inconstitucionalidade da norma, ressalta-se que o julgamento daquele recurso não serve como norte interpretativo para o caso paradigmático que ainda encontra-se sub judice no Supremo Tribunal Federal e apresenta os seguintes votos, *in verbis*:

Figura 1. Votos sobre a manifestação de constitucionalidade da quebra de sigilo bancário pela Administração Fiscal no RE 389.808/PR:

Ministro Presidente – Cezar Peluso	INCONSTITUCIONAL
Ministro Celso de Mello	INCONSTITUCIONAL
Ministra Ellen Gracie	CONSTITUCIONAL
Ministro Ayres Britto	CONSTITUCIONAL
Ministro Ricardo Lewandowski	INCONSTITUCIONAL
Ministro Dias Toffoli	CONSTITUCIONAL
Ministro Marco Aurélio	INCONSTITUCIONAL
Ministro Gilmar Mendes	INCONSTITUCIONAL
Ministro Joaquim Barbosa	AUSENTE
Ministro Cármen Lúcia	CONSTITUCIONAL
Ministro Luiz Fux	NÃO HAVIA TOMADO POSSE

Conforme se verifica, os votos pendem para que, mal grado, seja reconhecida a inconstitucionalidade do procedimento administrativo fiscalizatório exercido pelas autoridades

fiscais em um autêntico exercício de fiscalização. No entanto, há que se ressaltar que ainda não fora proferido voto pelo Ministro Luiz Fux que, em suas manifestações tem adotado posição favorável à atividade realizada pelo fisco, bem como que no lapso desses dois anos houve troca do quadro de ministro, tendo saído o Douto Ministro Joaquim Barbosa.

Para melhor elucidação e fundamentação do tema aqui abarcado, passa-se a expor o entendimento do Supremo Tribunal Federal e de outros tribunais brasileiros.

4.3. O direito à intimidade na visão da Suprema Corte e de outros tribunais nacionais

Para finalizar o quinto e último capítulo, é de suma importância que seja explanado a posição do poder judiciário nacional acerca do conceito de intimidade que circunda o caso em comento.

Por isso, data máxima vênua, passa-se a transcrever acerca do entendimento dos ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal acerca do tema, iniciando-se pelo julgamento do RE n.º 389.808, que recebeu a seguinte ementa:

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 389808, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218)

A ementa acima colacionada mostra posicionamento a favor da corrente de inconstitucionalidade e articula argumentos que nos faz deduzir pelo conflito constitucional existente entre o procedimento elencado pela Lei complementar objeto do presente trabalho e a carta constitucional.

Entretanto, a restrição da quebra do sigilo apenas em sede de investigação criminal ou em instrução processual penal mostra-se contraditória, pois não tendo sido acolhida pela maioria,

mostrou-se não ser afirmativa acerca da necessidade de se observar a reserva de jurisdição, senão vejamos:

Essa restrição - concernente à necessidade de investigação criminal ou instrução processual penal para que a Administração Tributária obtenha autorização judicial para acessar os dados financeiros do contribuinte em posse dos bancos - constava do voto proferido pelo eminente relator, Ministro Marco Aurélio. Contudo, como lembra o Ministério Público Federal, essa específica restrição **não foi acolhida pela maioria dos votantes**, tendo o relator ficado vencido no ponto. Como a posição vencedora não reflete essa restrição – possibilidade de autorização judicial à Administração Tributária no sentido do levantamento do sigilo bancário tão-somente para fins penais - há nítida contradição na ementa do julgado, que veicula esse entendimento como se tivesse se sagrado vencedor na correlata sessão de julgamento.

O não acolhimento da tese do Ministro Marco Aurélio nesse específico ponto fica bem ilustrada no seguinte excerto dos debates ocorridos durante o voto do Ministro Gilmar Mendes - fl. 266-267 dos autos do RE 389.808.

Assim sendo, verifica-se que o posicionamento restritivo acerca do tema não reflete o entendimento jurídico de todos os membros componentes do Supremo Tribunal Federal, pois nem todos recepcionaram as razões do Min. Marco Aurélio como reflexas à situação jurídica sub *judice*, entendendo, em contraposição ser possível a quebra de sigilo bancário pelas autoridades administrativas que preencherem os pré-requisitos necessários a válida e legal solicitação de informações financeiras do contribuinte.

Para melhor entendimento acerca da discussão, transcreve-se o voto elaborado por aquele ministro no RE n.º 389.808/PR, às folhas 266-267, vejamos:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Surge um problema, no tocante à jurisdição, a reserva diz respeito a um objeto, à persecução criminal, e, no caso concreto, o objeto é outro, é a cobrança de tributo. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não, mas pode haver até uma disciplina legislativa, uma medida cautelar que permita, porque essa permitiu ao legislador, eventualmente poderia permitir se entendermos. **O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas, aí, contrariaria, porque, quando a Constituição abre exceção à regra, o faz quanto ao Judiciário e para uma finalidade exclusiva, ou seja, a investigação criminal, e não a cobrança de tributo. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Não me parece, pelo menos não havia entendido assim o voto de Vossa Excelência e, certamente, não dou essa extensão. Eu entendo que a matéria está sujeita a exame – parece-me que aí é razoável -, mas não exigir que sempre haja uma investigação criminal. Não me parece também que fosse essa a posição do Ministro Celso de Mello. Ele enfatizava simplesmente**

o princípio da reserva de jurisdição, mas não a necessidade de existência de um procedimento de índole criminal. Tanto é que foi isso que me sensibilizou, especialmente no voto de Sua Excelência, quer dizer, é claro que isso onera. E Vossa Excelência, inclusive, sempre ressalta dizendo que se paga um preço para se viver no Estado de Direito ou na democracia, que é a observância de regras mais onerosas. **Portanto, não chego a esse ponto, mas eu vou acompanhar Vossa Excelência quanto ao fundamento básico da necessidade de jurisdição, que também acho que foi a posição defendida pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento, a idéia de reserva de jurisdição. Portanto, Presidente, eu me manifesto nesse sentido, já com a ressalva, quer dizer, entendo que aqui está presente a necessidade de reserva de jurisdição, mas não a necessidade de que haja uma investigação de índole criminal.** (grifos nossos)

Por tudo o que se expôs, entende-se inexistir, na jurisprudência do STF, precedente válido, sequer em sede de controle difuso de constitucionalidade, capaz de evidenciar o entendimento oficial da Excelsa Corte sobre o tema, que permanece indefinido e controverso. Daí depositar-se no presente recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, as expectativas de uma solução paradigmática da controvérsia, por meio da sua pacificação no seio do Supremo Tribunal Federal. (Memorial fazenda nacional). (grifo nosso)

Portanto, o Min. Celso de Mello manifestou-se, no caso, que a quebra de sigilo bancário pelas autoridades administrativas incorre em ruptura da reserva de jurisdição, no entanto não reconheceu a restrição específica defendida pelo Douto Min. Marco Aurélio, que entende ser cabível tal quebra apenas em sede de processo penal, para a averiguação de crime.

Pelas razões acima expostas, verifica-se inexistir posicionamento formado pela Suprema Corte acerca da extensão do conceito constitucional inserido no artigo 5.º, inciso XII, da carta política, ápice do ordenamento jurídico brasileiro, seja em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade.

Expostos os argumentos da Suprema Corte, por uma questão didática, passa-se a expor, de maneira hierárquica, o entendimento oposto formulado pela composição do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, haja vista que o Recurso Especial de n. 1.134.665-SP (2009/0067034-4) traduz vontade jurídica favorável à constitucionalidade do diploma complementar e, por conseqüência, pela não violação do direito fundamental à intimidade no qual o administrado é destinatário, conforme ementa colacionada a seguir:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A FATOS IMPONÍVEIS

ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. APLICAÇÃO IMEDIATA. ARTIGO 144, § 1º, DO CTN. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE.

1. A quebra do sigilo bancário sem prévia autorização judicial, para fins de constituição de crédito tributário não extinto, é autorizada pela Lei 8.021/90 e pela Lei Complementar 105/2001, normas procedimentais, cuja aplicação é imediata, à luz do disposto no artigo 144, § 1º, do CTN. (...)3. A Lei 8.021/90 (que dispôs sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais), em seu artigo 8º, estabeleceu que, iniciado o procedimento fiscal para o lançamento tributário de ofício (nos casos em que constatado sinal exterior de riqueza, vale dizer, gastos incompatíveis com a renda disponível do contribuinte), a autoridade fiscal poderia solicitar informações sobre operações realizadas pelo contribuinte em instituições financeiras, inclusive extratos de contas bancárias, não se aplicando, nesta hipótese, o disposto no artigo 38, da Lei 4.595/64.4. O § 3º, do artigo 11, da Lei 9.311/96, com a redação dada pela Lei 10.174, de 9 de janeiro de 2001, determinou que a Secretaria da Receita Federal era obrigada a resguardar o sigilo das informações financeiras relativas à CPMF, facultando 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.(...)6. As informações prestadas pelas instituições financeiras (ou equiparadas) restringem-se 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 (artigo 5º, § 2º, da Lei Complementar 105/2001). 7. O artigo 6º, da lei complementar em tela, determina que: "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.

[...]

(STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/11/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

Diante do exposto, inclina-se o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça pela constitucionalidade da quebra do referido sigilo nos exatos termos prescritos pela Lei Complementar, quais sejam, a prévia instauração e processo administrativo, a utilização de dados globais para a averiguação de eventual elisão fiscal ou crime de sonegação fiscal, afastando-se de uma pesquisa imotivada e lesiva à intimidade do contribuinte, ora administrado, que deverá, como *conditio sine qua non*, ser notificado previamente ao pedido para que apresente provas ou

razões que desconstitua positivamente as dúvidas surgidas na atividade administrativa de fiscalização.

Ainda, no mesmo texto jurisprudencial encontra-se alta carga valorativa, consubstanciada na razoabilidade da conduta administrativa fiscalizatória que não tem o condão de lesar o contribuinte, mas fiscalizar a autenticidade das informações prestadas pelo contribuinte, de evitar com veemência, crimes fiscais e abusos que, com uma possível flexibilização dos artigos 5º e 6º da Lei Complementar, irão passar a ser cometidos com mais frequência pelos contribuintes.

Insta mencionar que, como a grande maioria dos créditos tributários no Brasil são constituídos por meio do lançamento por homologação, procedimento em que o próprio contribuinte apura o *quantum* devido ao erário público e verte antecipado pagamento, demonstrando que tais irregularidades podem ser facilmente praticadas, tendo a administração o dever de homologar a quantia real devida aos cofres do estado, como forma de contemplar a eficiência administrativa e, indiretamente, o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que também fazem parte do conteúdo situado na ponta da pirâmide jurídica elencada pela teoria de Hanz Kelsen (teoria pura do direito). Veja importante trecho da ementa acima colacionada, *in verbis*:

[...]11. A razoabilidade restaria violada com a adoção de tese inversa conducente à conclusão de que Administração Tributária, ciente de possível sonegação fiscal, encontrar-se-ia impedida de apurá-la. 12. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 facultou à Administração Tributária, nos termos da lei, a criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, especialmente com o escopo de conferir efetividade aos princípios da pessoalidade e da capacidade contributiva (artigo 145, § 1º).13. Destarte, o sigilo bancário, como cediço, não tem caráter absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade aplicável de forma absoluta às relações de direito público e privado, devendo ser mitigado nas hipóteses em que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. Isto porque, conquanto o sigilo bancário seja garantido pela Constituição Federal como direito fundamental, não o é para preservar a intimidade das pessoas no afã de encobrir ilícitos.

(STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/11/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO)

Os parágrafos do julgado acima colacionado vão ainda mais além dizendo que o procedimento não só está em conformidade com a constituição, como está exercendo função diretamente formatada pela Constituição Federal, qual seja, “criação de instrumentos/mecanismos que lhe possibilitassem identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, respeitados os direitos individuais, conforme prescrição descrita no memorial elaborado pela Fazenda Nacional no *Leading Case* RE n.º 601.314/RG.

Corroborando com os fundamentos elaborados pelo Superior Tribunal de Justiça, encontra-se o Tribunal Regional Federal da 1ª Região administrativa, que determina, em seus julgados, a possibilidade de se promover a quebra do sigilo bancária de forma imediata e direta pela administração pública, na busca pela efetivação de justiça tributária distributiva devidamente fundamentada na supremacia dos direitos inerentes a atividade pública, a atividade realizada em favor da sociedade, observe.

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IRPF. OMISSÃO DE RENDIMENTOS. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELO FISCO. POSSIBILIDADE DEVIDO AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE DE JUROS PELA TR. 1 - APELAÇÃO DA UNIÃO: 1.1 - POSSIBILIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO POR INTERESSE PÚBLICO.

- Se o Fisco detectou que os valores de renda bruta auferidos e declarados pelo contribuinte estão incompatíveis com os valores que declarou possuir em conta bancária, o que sugere a possibilidade de ocorrência de omissão de rendimentos, é legítimo o pedido de informações efetuado pela Receita aos bancos para a averiguação dos dados, que podem gerar a constituição ou não de crédito fiscal. O sigilo fiscal não é absoluto, quando se trata de interesse público. - Existência de precedentes desta Corte e do STJ sobre a inaplicabilidade da Súmula 182 do extinto TFR e a aplicação retroativa da LC 105/2001, art. 6º, por ter caráter procedimental. (TRF 1ª Região: AC 0041822-18.2001.4.01.9199 / MG, Rel. Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins, 7ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.329 de 29/06/2011. STJ: REsp 1134665 / SP, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 18/12/2009). 2 - ART. 515, § 2º DO CPC. ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES CONTIDAS NA INICIAL DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO: POSSIBILIDADE DE JUROS TR. - Na CDA, ao analisar os fundamentos legais utilizados como sendo atinente AOS JUROS DE MORA (fls. 03 da execução), vê-se a previsão da utilização da TR como juros de mora, o que se mostra possível na linha do entendimento jurisprudencial assente. - Registre-se, outrossim, que o embargante não cuidou de produzir prova capaz de desconstituir a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa de a TR tenha sido utilizada como correção monetária, certo que, inclusive, à manifestação sobre produção de provas requereu o julgamento antecipado da lide, assim não se desincumbindo do ônus probatório que era seu (art. 333, I, do CPC). 3- CONCLUSÃO: Dado provimento à remessa oficial e à apelação, invertidos os ônus da sucumbência, todavia sem condenação em honorários,

considerando a presença do encargo do Decreto-lei 1.025/69, que substituiu os honorários (Súmula 168 do extinto TFR).
(TRF-1 - AC: 1462 MG 2004.01.99.001462-7, Relator: JUIZ FEDERAL GRIGÓRIO CARLOS DOS SANTOS, Data de Julgamento: 18/12/2012, 5ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.420 de 20/02/2013)

No mesmo sentido segue o voto implementado no julgamento de um pedido de concessão de segurança por suposta violação de direito fundamental líquido e certo do contribuinte, que tramitava perante o respeitável Tribunal Regional Federal da 2ª Região administrativa. Veja:

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA – QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELO FISCO - POSSIBILIDADE. A Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal da 2ª Região sinaliza no sentido da possibilidade de quebra do sigilo bancário pela autoridade fiscal e que a mesma não afronta a garantia constitucional do art. 5º, X e XII da CF. Recurso a que se nega provimento. Sentença confirmada.
(TRF-2 - AMS: 22591 98.02.22059-0, Relator: Desembargadora Federal VALERIA ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 25/06/2002, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::02/04/2003 - Página::158)

Para fortalecer ainda mais a tese da constitucionalidade do procedimento previsto nos artigos 5º e 6º da Lei Complementar 105/2001, denota-se que o controle difuso de constitucionalidade exercido pelos tribunais do país inclinam o seus entendimentos para a possibilidade da referida quebra como forma de interpretação conforme a constituição, haja vista o conteúdo do artigo 145, §1º da Carta magna e o dever da administração promover o interesse que atenda a necessidade social, tudo por meio de razoabilidade interpretativa.

Nesse linear, colaciona mais um importante julgado favorável a corrente da constitucionalidade emanado pelo relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, membro do Tribunal Regional Federal da 5ª Região administrativa:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. ABERTURA. DESCOMPASSO ENTRE A DECLARAÇÃO PRESTADA PELO CONTRIBUINTE AO FISCO E A MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA DO IMPETRANTE. INFORMAÇÕES PRESTADAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À RECEITA FEDERAL RELATIVAS À CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO OU TRASSMISSÃO DE VALORES E DE CRÉDITOS E

DIREITOS DE NATUREZA FINANCEIRA. ART. 11, DA LEI Nº 9.311/96, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 10.174/2001. POSSIBILIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO COM SUCEDÂNEO NA LEI COMPLR Nº 105/2001 E NO DECRETO Nº 3.724/2001. RESPEITO AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO

(...) 3. **Do art. 5o, X e XII, da CF/88 não é possível extrair a existência de um direito constitucional ao sigilo bancário. No respeitante ao inciso X, é de se considerar que a proteção constitucional à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) dirige-se à liberdade individual de ser, estar e agir, alcançando a esfera exclusiva da pessoa, ou seja, o campo da personalidade que concentra informações de interesse unicamente do seu titular ou de um grupo de convivência estreita. As informações abarcadas pelo direito à privacidade são, assim, destituídas de repercussão social.** (TRF-5 - AC: 466584 CE 0000531-73.2008.4.05.8102, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 14/05/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 10/07/2009 - Página: 432 - Nº: 130 - Ano: 2009) (grifo nosso)

Por isso, verifica-se que o entendimento dos Tribunais encontra-se bem próximo ao entendimento dos doutrinadores supra citados, haja vista que a interpretação do direito à privacidade não abarca, a vida patrimonial do contribuinte, mas sim sua subjetividade essencial.

Nesse sentido, elucida a mesma ementa do acórdão do Tribunal Regional da 5ª Região administrativa o seguinte, in verbis:

As informações bancárias, por outro lado, a par de se referirem à propriedade e não à liberdade, não são compatíveis com a idéia de privacidade, na medida em que dizem respeito a distintas esferas de interesse: a do cliente da instituição financeira (pois são, de certo modo, manifestação do seu patrimônio material), a da própria instituição financeira (vinculadas que estão à captação de poupança) e a da coletividade (tendo em conta que são unidades composicionais do sistema bancário e econômico). Quanto ao inciso XII, garante ele a inviolabilidade do sigilo de comunicação dos dados e não a inacessibilidade aos próprios dados (segundo a melhor doutrina, os dados referidos na CF/88 são os dados informáticos: elementos de informação armazenados ou transmitidos por meios automáticos). Outra não poderia ser a conclusão, sob pena de inviabilizar qualquer tipo de investigação pautada na colheita de dados. 4. Ainda que se considere que o sigilo bancário encontra sede no Texto Constitucional - como espécie, seja do direito à privacidade, seja do direito à inviolabilidade do sigilo de dados -, não há como se admitir seja ele um direito absoluto. Sendo, o ordenamento jurídico, um conjunto coeso de normas amparadoras de diversos bens, no âmbito do qual não se tolera incongruidades, sob pena de esfacelamento da própria idéia de direito, devem ser afastadas as concepções absolutistas. "A determinação do âmbito de proteção de um direito pressupõe necessariamente a equação com outros bens, havendo possibilidade de o núcleo de certos direitos, liberdades e garantias poder vir a ser relativizado em face da

necessidade de defesa destes outros bens" (Canotilho). Assim, privacidade e sigilo de dados são passíveis de relativização, quando forem invocados de forma a ameaçar ou macular outros bens constitucionalmente protegidos. No caso, impor-se-á o sopeso de bens e interesses. 5. O sigilo bancário não se superpõe ao interesse público, considerado mesmo o princípio - imanente à ordem jurídica - da prevalência do interesse público sobre o interesse privado. Significa dizer que a proteção outorgada, pelo ordenamento jurídico, ao sigilo bancário não pode ser manipulada como impediente à concretização do interesse coletivo ou como instrumento destinado ao encobrimento de comportamentos ilícitos. 6. **A legislação em exame - art. 11, da Lei nº 9.311/96, com a redação dada pela Lei nº 10.174/2001, a LC nº 105/2001 e o Decreto nº 3.724/2001 - não contém excessos, bem como não extrapola os limites constitucionalmente fixados. Muito ao contrário, apreende-se a concretização de disposição explícita da Constituição Federal (parágrafo 1o, art. 145) e constata-se a preocupação do legislador com a particularização do procedimento e a definição dos elementos informativos a que deve ter acesso a Administração Tributária.** 7. O alcance, pelo Fisco, das informações bancárias dos contribuintes prescinde de autorização judicial. A permissão para o acesso aos valores globais referentes à CPMF encontra-se na Lei nº 9.311/96. De outro lado, a possibilidade de utilização desses dados pela Receita Federal, para fins de instauração de procedimento administrativo, destinado a verificar a existência de crédito tributário, está assente na Lei nº 10.174/2001 e presumido mesmo no parágrafo 1o, do art. 145, da CF/88. Nenhuma lógica ou utilidade teria admitir à Administração Tributária o acesso às informações bancárias do contribuinte - ou, como diz o Texto Constitucional, identificar "o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes" -, se tais elementos informativos não pudessem ser destinados à efetivação das funções que a eles são associadas (demonstração da capacidade econômica do contribuinte e promoção da igualdade tributária). 8. **A Lei nº 10.174/2001 não ocasiona lesão ao contribuinte, fixa procedimento técnico. Não há, na sua aplicação, presunção de culpa do contribuinte quanto à eventual não recolhimento de tributos. Tanto que o Fisco, uma vez conhecidas as informações bancárias, promove o chamamento do contribuinte para que ele possa esclarecer a Administração, como aconteceu, in casu.** 9. Não houve enxovalho à intimidade ou à vida privada. Apresentam-se apenas valores globais. Não são indicadas preferências pessoais, opções de compras, relacionamentos íntimos. Demais disso, aos referidos dados não se dá publicidade. As informações em comento, embora não amparadas pelo sigilo bancário, estão albergadas pelo sigilo fiscal. A lei cuidou de impor - inclusive com descumprimento apenado - o resguardo de tais informações contra a indiscrição de terceiros. 10. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade foram atendidos, mormente porque, diante da incongruência entre declaração fiscal e movimentação financeira, o Fisco chamou o contribuinte a se explicar, sem ter adotado até então qualquer outra medida de quebra do segredo bancário. 11. Pelo não provimento da apelação.

(TRF-5 - AC: 466584 CE 0000531-73.2008.4.05.8102, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 14/05/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 10/07/2009 - Página: 432 - Nº: 130 - Ano: 2009) (grifo nosso)

Ante ao exposto não resta dúvidas de que o movimento judicial nacional sobre o caso mostra-se assente e decido pela constitucionalidade, com os fundamentos calcados na característica não absoluta de direitos e no dever da administração pública em utilizar mecanismos que acentuem uma atividade direcionada ao atendimento da supremacia do interesse público e que efetivem uma justiça fiscal distributiva e isonômica. E mesmo estando o Supremo Tribunal Federal, até o momento, manifestando-se em sua maioria pela inconstitucionalidade, o que se espera dos doutos Ministros é que não se distanciem dos inúmeros e bem fundamentados argumentos elencados pelos juristas investidos no respeitável exercício judicante pelo Brasil afora, nos mais respeitados tribunais do país.

CONCLUSÃO

Pelos argumentos expostos na presente monografia, verifica-se que a atuação direta das autoridades administrativas na transferência do sigilo bancário mostra-se atenta à vontade do legislador constituinte, uma vez que não viola as garantias fundamentais do contribuinte/administrado consubstanciadas no artigo 5.º, inciso X, pois não interfere na esfera do “ser” do contribuinte, ou seja, não informações relativas à sua personalidade e privacidade, mas apenas na esfera do “ter”: na vida patrimonial das pessoas, base para apuração das rendas do estado, conquistadas a título de obrigação tributária.

Outrossim, ressalta-se que a exigência da observância da reserva de jurisdição insculpida no artigo 5.º, inciso XII, se mostra contrária à intenção da constituição federal, em especial a vontade inserta no artigo 145, §1º da Constituição da República, haja vista que tal dispositivo fundamenta o direito da Fazenda Pública utilizar de métodos e procedimentos que, nos termos da lei, atendam as necessidades do respectivo órgão e, por consequência, ao interesse público, bem como aos mandamentos constitucionais atinentes ao direito tributário prescritos pela carta magna brasileira, quais sejam, o princípio da justiça distributiva e da pessoalidade na contribuição do ônus de pagar impostos, obrigação indesejada pela sociedade, mas necessária à manutenção do estado democrático de direito e da estrutura a ele atrelada, vinculando a observância da reserva de jurisdição a um liame lesivo à teoria da separação dos poderes, bem como um conteúdo lesivo aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Por fim, frisa-se que os dispositivos insertos na Lei Complementar n.º 105/2001, artigos 5.º e 6.º, respeitam princípio de grande valor constitucional, conforme teoria dos valores implícitos da Constituição, qual seja, a supremacia do interesse público sobre o particular, sem esquecer-se de mostrar perfeito alinhamento dos atos fiscalizatórios com as características dos atos administrativos, em geral. E, apesar de o Egrégio Supremo tribunal Federal estar, em sua maioria de membros se manifestando pela inconstitucionalidade, acredita-se deparar com irrazoável entendimento sistemático dos doutos ministros, por desrespeitar a vontade do constituinte em contemplar os princípios constitucionais da capacidade contributiva, da justiça fiscal, inclinando a utilização da legis não em prol da vontade geral, mas da vontade do particular

Assim sendo, mal grado a tese de inconstitucionalidade parcial da Lei complementar 105/2001 esteja ganhando forma concreta no julgamento do *leading case* Recurso Extraordinário

n.º 601.314 em tramite perante o Supremo Tribunal Federal, há de se ressaltar que os tribunais *aquo* espalhados pelo país tem, acertadamente, permitido a atividade fiscalizatória direta sob o fundamento de que tal exercício alinha-se com o desejo da constituição e do legislador em utilizar de aparatos para contemplar os objetivos da República Federativa do Brasil, delineadas no artigo 3º do referido diploma, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria, com total enfoque no desenvolvimento nacional, observando, assim, a necessidade atual de se fazer uma interpretação sistemática da fonte ápice do direito brasileiro na busca da justiça social tributária de forma razoável juridicamente.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ALENCAR BRASIL, Cynthia Facundo. A relativização do sigilo bancário através da Lei Complementar n.º 105/2001 pela Receita Federal. Disponível em: <
http://www.esaf.fazenda.gov.br/a_esaf/biblioteca/arquivos_monografias/arquivo.2013-04-17.2127071142> acesso em 06 de outubro de 2015.

ARAÚJO, Edimir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERNARDI, Renato. **A inviolabilidade do sigilo de dados**. 1ª ed. São Paulo: Editora Fiúza, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Constituição Federal**(1988). **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Decreto Lei** n.º 3.724/2001.

_____. **Decreto Lei** n.º 4.489/2002.

_____. **IN RFB** 811/2008.

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15765>>
Acessado em: 15/07/2015.

_____. **Memorial** para a Fazenda Nacional no Leading Case **RE n.º 601.314 RG**.

[http://sistemas.tecnologia.pgfn/wiki/index.php/Arquivo:Acl - memo - sigilo bancario - RE 601314.doc](http://sistemas.tecnologia.pgfn/wiki/index.php/Arquivo:Acl_-_memo_-_sigilo_bancario_-_RE_601314.doc)> Acessado em: dez de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n.º Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 25/11/2009, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Acessado em 13/10/2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n.º389.808. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJe-086 DIVULG 09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00218. Acessado em 16/10/2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região Administrativa. **AC: 1462 MG** 2004.01.99.001462-7, Relator: JUIZ FEDERAL GRIGÓRIO CARLOS DOS SANTOS, Data de Julgamento: 18/12/2012, 5ª TURMA SUPLEMENTAR, Data de Publicação: e-DJF1 p.420 de

20/02/2013. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23055046/apelacao-civel-ac-1462-mg-20040199001462-7-trf1>>. Acesso em de outubro de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região Administrativa. AMS: 22591 98.02.22059-0, Relator: Desembargadora Federal VALERIA ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 25/06/2002, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJU - Data::02/04/2003 - Página::158 TRF2. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/830000/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-22591-980222059-0>> . Acesso em: sete de outubro de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região Administrativa. AC: 466584 CE 0000531-73.2008.4.05.8102, Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, Data de Julgamento: 14/05/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 10/07/2009 - Página: 432 - Nº: 130 - Ano: 2009. TRF5. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8328210/apelacao-civel-ac-466584-ce-0000531-7320084058102>>. Acesso em: sete de outubro de 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2015.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Silvia. **Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Campos Elísios Editora Atlas S.A., 2003.

FERREIRA MENDES, Gilmar, MARTÍRES COELHO, Inocêncio; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Re. E atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. IOLANDO LOUREÇO e IVAN RICHARD, Entulho autoritário, 2013 <Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-03/ha-30-anos-poder-votava-aos-civis-no-brasil>>. Acesso em: dezesseis de agosto de 2015

Jéssica Ramos Farineli. Censura e Direitos Fundamentais. <http://www.infoescola.com/direito/censura-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 18/10/2015

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed ver. E atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16ª ed. Re., atual e ampl. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

LOURENÇO, Iolando e RICHARD, Ivan **.A ditadura militar e a constituição cidadã**. Disponível em : <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-10-04/marco-entre-ditadura-e-democracia-constituicao-de-1988-completa-25-anos>>. Acesso em: 10 de nov. 2014.

MEIRELLES, HELY LOPES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8ª. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Editora Método, 2013.

RABELLO PINHO, Rodrigo Cesar. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

Jéssica Ramos Farineli. Censura e Direitos Fundamentais.

<http://www.infoescola.com/direito/censura-direitos-fundamentais/>>. Acesso em: 18/10/2015