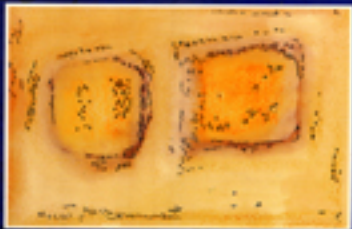


REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO



Sigilo Fiscal e Reserva de Jurisdição

Fernando Facury Scaff

I. Direito, Interpretação e Cultura

1. O Direito é um produto cultural de uma certa sociedade. Não é haurido do céu, ou revelado por sábios juristas que o tenham descoberto em prateleiras empoeiradas de bibliotecas medievais. Decorre de nossa história de vida¹.

A assertiva de que *o Direito é um produto cultural* nos leva a constatar que não existe *um* Direito, mas *Direitos*, fruto das diversas variações possíveis em um grupamento humano: econômicas, temporais, espaciais, psíquicas etc.².

Desta forma, não se há de falar na existência ontológica do Direito, mas de *um* Direito datado de conformidade com uma certa sociedade, em um dado período de tempo, de acordo com a *cultura* desse tempo.³

Daí que, as normas jurídicas, uma vez criadas, se desprezam de seus criadores, passando a ter vida própria, com funções e interpretações diversas daquelas originalmente idealizadas. Da vinculação inicialmente existente com o criador, passam a ter uma relação fundamental com o intérprete. E existem vários intérpretes para as normas jurídicas, tantos quantos as utilizem. Não se trata de uma função única e restrita aos bacharéis em Direito, mas a todos aqueles que vivem sob a incidência daquelas normas. Todavia, cabe ao Poder Judiciário a última palavra sobre sua interpretação, sendo que, no âmbito constitucional brasileiro, esta última palavra cabe ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, da ditadura do criador as normas passam à ditadura dos intérpretes. Muitas vezes, decorrem vários anos antes que o Poder Judiciário se pronuncie sobre determinado aspecto da interpretação então dominante. É particular-



Fernando Facury Scaff

é Advogado, Doutor em Direito pela USP, Professor das Universidades Federal do Pará (graduação e mestrado), Federal de Pernambuco (mestrado e doutorado) e da Amazônia (mestrado).

¹ "Las normas jurídicas depositadas en la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales, etc., son pedazos de vida humana objetivada, son objetivaciones de la vida humana, son objetos culturales." Recaséns Siches. Introducción al Estudio del Derecho, 12ª ed. México, Porrúa, 1997.

² Ver, entre outros, Eros Roberto Grau. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996, item 1.2. Também Óscar Correias, *Sociología del Derecho y Crítica Jurídica*, México, Fontamara, 1998, item 8. Faço observar que não estou convencido de que o Direito frui unicamente do modo econômico de produção, mas certamente ele é um dos seus componentes mais determinantes, dentre vários outros.

³ "A instrução é mera transmissão de conhecimentos, de técnicas, de habilidades. A educação, um trabalho de formação de personalidades. E, no caso, um trabalho de formação de cidadania, para o exercício de cidadania. A educação no pensamento grego é o que se chama cultura, cultura do corpo e cultura da alma." Fábio Konder Comparato. *Educação, Estado e Poder*. São Paulo, Brasiliense, 1987, p. 92.

mente conhecida a situação da norma constante do § 3º do art. 192 da Constituição de 1988, que estabeleceu teto de juros de 12% ao ano. No dia seguinte à promulgação da Constituição, 5 de outubro de 1988, circulou um parecer da Consultoria Geral da República argumentando que esta norma não era auto-aplicável, sendo necessária a edição de uma lei complementar e de uma lei ordinária para que sua eficácia surtisse efeito⁴. Os bancos oficiais, vinculados normativamente às orientações da Consultoria Geral da República⁵, não adotaram o patamar que a Constituição estabelecia, e, por conseguinte, os bancos privados também não. Logo, no mesmo dia de sua edição a *interpretação oficial* formulada pelo Poder Executivo fez com que esta norma constitucional deixasse de ter eficácia. Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta contra este parecer, porém somente foi julgada vários anos após, acatando o entendimento nele esposado⁶ - como não poderia deixar de ser face ao tempo decorrido e às situações econômicas consolidadas neste interregno.

Não se há de esquecer que este intérprete, seja "Juiz do Supremo, pobre a valer, operário explorado, doentes de uma doença incurável, sedentos de justiça ou capitães de cavalaria", conforme o irônico poema de Fernando Pessoa, dará àquela específica norma a interpretação consentânea com seu histórico de vida, como não poderia deixar de ser. Não busque soluções fundamentadas no Direito Romano em quem nunca o estu-

dou. Pode até ser que a solução encontrada seja a mesma, mas o caminho percorrido certamente será diferente.

2. Estas considerações nos levam à questão fundamental da interpretação, qual seja, interpretar e aplicar a norma para quê?

Entendo que a interpretação destes Princípios deva nos conduzir à interpretar as Regras que a eles são atinentes de tal forma a permitir que haja efetiva transformação do sistema político de oligárquico para democrático, cumprindo o que estabelece a Constituição Brasileira em seu artigo 1º, ao dizer que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito.

Uso da expressão *democrático* em razão da titularidade do poder supremo, nos moldes aristotélicos, conforme nos ensina Fábio Konder Comparato⁷, para quem "o fato de que a justificativa própria desses regimes, aos olhos dos detentores do poder, é a posse e a conservação da riqueza (oligarquia), ou a posse e a conservação da liberdade (democracia), bem mostra que a distinção meramente numérica é um acidente, e não a substância dos regimes políticos".

A interpretação jurídica, portanto, não deve ser utilizada em prol de mecanismos totalitários, que afastam o caráter democrático de uma sociedade. Deve-se resguardar a idéia de pluralismo político e de utilização de sua cultura, do multiculturalismo presente em várias sociedades, como a brasileira, a fim de permitir que a manifestação da von-

⁴ Parecer nº SR-70, da lavra do então Consultor Geral da República Saulo Ramos, datado do dia 06/10/88 e publicado no *DOU* de 07/10/88.

⁵ Decreto nº 92.889/86.

⁶ Refiro-me à ADIn nº 4, cuja liminar foi negada em 19/10-88, mas o julgamento de mérito somente se realizou em 07/03/91, tendo sido publicado o acórdão em 25/06/93.

⁷ Prefácio à obra *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, de Friedrich Müller. São Paulo, Max Limonad, 1998, especialmente pp. 21-2.

tade seja, o mais possível, determinada em prol da liberdade, do caráter democrático e plural em busca da Justiça.

Desta forma, a interpretação necessária para tornar o direito - qualquer direito, inclusive o tributário e o processual -, instrumento de transformação social, passa pelo direcionamento ético e democrático do exercício da interpretação jurídica. Somente assim poderemos realizar o almejado Estado Democrático previsto na Constituição.

É da exegese dos Princípios e de sua efetiva interpretação vinculada à Democracia, que se deve enfrentar a questão do sigilo fiscal, como adiante é feito.

II. Princípio do Sigilo na Comunicação de Dados Bancários

a) Porque este Princípio é uma cláusula pétrea?

3. Este Princípio foi consagrado na Constituição brasileira no art. 5º, inciso X, ao estabelecer que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

E no inciso XII do mesmo artigo é mencionado ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

No Brasil este Princípio se reveste da característica de cláusula pétrea da

Constituição como direito e garantia individual, por vários motivos.

4. Em primeiro lugar porque sua gênese encontra-se mencionada no capítulo dos direitos e garantias individuais, ao tratar do direito à intimidade e do sigilo das comunicações.

5. Em segundo lugar em razão do que dispõe a ADIn 939-DF⁸, que considerou como direitos e garantias individuais as limitações ao poder de tributar e, por conseguinte, como cláusula pétrea da Constituição. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, assentou na ADIn 939-DF, cujo relator foi o Ministro Sydney Sanches, que a norma do *caput* do art. 150 da Carta de 1988 não deve ser interpretada isoladamente de outros comandos normativos, e declarou inconstitucional parte da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, por ter instituído a cobrança do IPMF - Imposto Provisório⁹ sobre Movimentação Financeira violando o Princípio da Anterioridade e o da Imunidade.

Ficou então assente que uma Emenda Constitucional pode ser declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através de controle concentrado de constitucionalidade, quando violar cláusula pétrea da Carta. E, desta forma, interpretou que as cláusulas pétreas não seriam apenas aquelas constantes do art. 60, § 4º¹⁰, mas também aquelas decorrentes do sistema de proteção ao contribuinte. Ou, na dicção do *caput* do art. 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte...”.

Portanto, as garantias constitucionais do contribuinte não são apenas

⁸ RTJ 151/755.

⁹ Será mesmo possível existir uma exação provisória no Brasil? Esta, p. ex., sofreu mutação para CPMF.

¹⁰ Art. 60, § 4º, CF/88: “Não serão objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação de Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

aquelas referidas na Seção II (*Das Limitações do Poder de Tributar*), do Capítulo I (*Do Sistema Tributário Nacional*), do Título VI (*Da Tributação e do Orçamento*) da Constituição da República. Não se trata de uma garantia topológica, mas sistêmica. Ou, na dicção do eminente Ministro Relator Sydney Sanches, reportando ao seu voto no acórdão concessivo da medida cautelar: “Entre esses direitos e garantias individuais, estão pela extensão contida no § 2º do art. 5º, e pela especificação feita no art. 150, III, *b*, a garantia do contribuinte de que a União não criará, nem cobrará, tributos ‘no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou’. (...), parece, assim, a um primeiro exame, para efeito de medida cautelar, haver afrontado o disposto nos referidos § 2º do art. 5º, art. 150, III, *b* e § 4º do art. 60 da Constituição Federal.”¹¹

Foi então efetuada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a conjugação de que os “direitos e garantias individuais” previstos no art. 5º da Carta contemplam também os direitos do contribuinte insculpidos no art. 150 da CF/88, dentre eles o Princípio da Anterioridade, objeto do julgamento em apreço.

Mas não apenas este Princípio, e nem apenas os que se apresentam no âmbito constitucional, estão contemplados por esta interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal. A amplitude interpretativa estabelecida no referido julgamento, permite que o *caput* do art. 150 tenha alcance muito maior do que seu assento constitucional. Veja-se que a expressão abrange: “Sem prejuízo de

outras garantias asseguradas ao contribuinte...”, o que é mais amplo e alcança todo tipo de norma infraconstitucional e infralegal de proteção ao contribuinte, tal como o projeto de Código de Defesa do Contribuinte que se encontra em tramitação no Congresso Nacional.

Desta forma, as normas constitucionais que se referem à proteção do contribuinte se constituem em verdadeiro *Estatuto Mínimo* de proteção, que certamente será ampliado por outras normas infraconstitucionais.

Se até mesmo uma Emenda Constitucional foi declarada inconstitucional, por violação das cláusulas pétreas da Constituição, qualquer outra norma que o fizer também poderá sê-lo. A implementação de normas infraconstitucionais restritivas de direitos fundamentais será inconstitucional.

6. Em terceiro lugar, em razão de que o art. 145, § 1º da Carta de 1988 menciona que o poder de fiscalizar que possui a administração tributária deve ser utilizado “respeitados os direitos individuais e nos termos da lei...”¹² Desta forma, a função fiscalizatória tem seus limites nos direitos e garantias individuais, dentre os quais o do sigilo fiscal.

7. E por fim, em razão de que o sumo intérprete do sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, já assegurou em diversos julgamentos, o Princípio do Sigilo Fiscal possui sede constitucional, como um direito e garantia individual, conforme será demonstrado pelos arestos adiante transcritos.

8. Enfim, por todos estes motivos, estou seguro que o tema possui assento constitucional, e, mais ainda, se reveste

¹¹ RTJ 151/811.

¹² O texto integral, um pouco rebuscado, consta do art. 145, § 1º, da CF/88: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes.”

de um direito e garantia individual, constituindo-se em cláusula pétrea de nossa Carta¹³.

Ao se proteger o sigilo bancário se está protegendo a intimidade e a vida privada da pessoa, seja física, seja jurídica, com realce para esta em sua atividade negocial.

b) A leitura relativizada das cláusulas pétreas

9. A despeito de ser uma cláusula pétrea, este preceito pode e deve ser relativizado, a fim de que seu escopo não seja deturpado, através do encobrimento de atividades ilícitas. Sua quebra pode ser efetivada pelo Poder Judiciário, na forma do direito positivo atual. O Supremo Tribunal Federal assim já decidiu, em decisão unânime de sua composição plenária, tendo como relator o Ministro Octávio Gallotti: "Não tem caráter absoluto a garantia de sigilo bancário, cuja dispensa se acha regulada pelo § 1º do art. 38 da Lei 4.595/64, sendo facultada ao juiz a providência, em caso de relevante interesse público."

Outra decisão do STF traduz esta mesma idéia de maneira mais ampla. Há um excelente acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello¹⁴, em decisão Plenária do STF cuja longa ementa é de extrema importância e será comentada em outros passos deste trabalho. Por ora, e para os fins aqui relatados, vale transcrever a seguinte passagem da ementa:

"Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se

revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros."

Muito embora seja permitido relativizar as cláusulas pétreas, será que outro órgão poderá quebrar este sigilo, que não seja o Poder Judiciário? Entendo que não. A norma infraconstitucional não poderá atribuir a outro órgão a prerrogativa de quebra deste sigilo, uma vez que a Constituição menciona expressamente o "... por ordem judicial ..." ¹⁵.

Muito embora a decisão do STF no caso acima transcrito, e em muitos outros tenha mencionado expressamente a Lei 4.595/64, entendo que o impedimento decorre de imposição constitucional, e não apenas legislativa. Adiante, ao comentar a Lei Complementar 105/01 melhor abordarei a questão.

¹³ Correta a análise de Sacha Calmon e Misabel Derzi quando expõem que antes da CF/88 este assunto somente era tratado no âmbito infraconstitucional, muito embora pudesse, e deve-se, ser analisado sob o prisma constitucional. *Direito Tributário Aplicado*. Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 264.

¹⁴ MS 23.452-RJ, julg. 16/09/99. DJU 15/12/00, p. 20.

¹⁵ Inciso XII, do art. 5º, CF/88.

Desta forma, entendo competir apenas ao Poder Judiciário a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário do contribuinte, não podendo ser delegada tal atribuição a outro órgão, sob pena de violação a uma cláusula pétrea. É tal fato decorre da própria Constituição, e não de legislação infraconstitucional.

A questão sobre a possibilidade de autoridades não-judiciais poderem quebrar o sigilo bancário não é nova. Várias tentativas nesse sentido já foram realizadas, sem maior sucesso, seja em razão do estabelecimento de freios legislativos, seja em razão da jurisprudência.

b.1) A possibilidade de quebra do sigilo pelo Poder Legislativo

10. Entendo que a Constituição de 1988 não contempla textualmente a possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte do Poder Legislativo, pois, como acima referido, nela apenas está mencionada uma única hipótese de exceção ao Princípio, qual seja "por ordem judicial", na forma do inciso XII do art. 5º da Carta de 1988.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal reconhece ao Poder Legislativo, através de CPI's, o direito de quebrar o sigilo fiscal, independentemente de análise judicial. Existem diversas decisões neste sentido, embasadas no recentemente revogado art. 38 da Lei 4.595/64 ou em um "poder inerente às CPI's". Retorno ao excelente acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello atrás parcialmente transcrito¹⁶:

"A quebra do sigilo constitui poder inerente à competência Investigatória das Comissões Parlamentares de Inquérito.

- O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico (sigilo este que inci-

de sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV).

- As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamen-

¹⁶ MS 23.452-RJ, julg. 16/09/99. DJU 15/12/00, p. 20.

te fundamentado pela autoridade estatal.”

Assim sendo, o STF reconheceu que o Poder Legislativo, através de CPI's tem o poder “inerente à sua atividade investigatória” de quebrar o sigilo fiscal dos contribuintes, desde que plenamente justificado o ato.

b.2) A possibilidade de quebra do sigilo pelo Poder Executivo

11. Outra situação é a de quebra do sigilo fiscal pelo Poder Executivo.

O art. 197 do Código Tributário Nacional, menciona que: “mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros: II - os bancos, casas bancárias, caixas econômicas e demais instituições financeiras;”.

Muitas pessoas ficaram tentadas a ver nesta norma a possibilidade de o agente fiscal, através de processo administrativo-fiscal, quebrar o sigilo bancário do contribuinte. Contudo, o parágrafo único dessa mesma norma estabelece como exceção o respeito ao dever legal de manutenção do sigilo profissional, assim grafado: “A obrigação previs-

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

Daí a inocuidade para fins de fiscalização, de quebra do sigilo por parte do fisco.

12. Outra norma sobre sigilo bancário é o art. 38 da Lei 4.595/64, recentemente revogada pela contestável Lei Complementar 105/01, adiante comentada. Dispunha aquela norma que a quebra do sigilo bancário somente poderia ocorrer em razão de pedido do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, sob os requisitos que estabelecia.¹⁷

É bem verdade que o § 5º do art. 38 prescrevia que “Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente.”

Ora, quem seria esta autoridade competente? Entendo que os membros do Poder Judiciário, de conformidade com as regras de jurisdição e competên-

¹⁷ “As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. § 1º - As informações e esclarecimentos *ordenados pelo Poder Judiciário*, prestados pelo Banco Central da República do Brasil ou pelas instituições financeiras, e a exibição de livros e documentos em juízo, se revestirão do mesmo caráter sigiloso, só podendo ter a eles acesso as partes legítimas na causa, que deles não poderão servir-se para fins estranhos à mesma. § 2º - O Banco Central da República do Brasil e as instituições financeiras públicas prestarão informações ao Poder Legislativo, podendo, havendo relevantes motivos, solicitar sejam mantidos em reserva o sigilo. § 3º - As Comissões Parlamentares de Inquérito, no exercício da competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações que necessitarem das instituições financeiras, inclusive através do Banco Central da República do Brasil. § 4º - Os pedidos de informações a que se referem os §§ 2º e 3º deste artigo, deverão ser aprovados pelo Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal e, quando se tratar de Comissão Parlamentar de Inquérito, pela maioria absoluta de seus membros. § 5º - Os agentes fiscais tributários do Ministério da Fazenda e dos Estados somente poderão proceder a exames de documentos, livros e registros de contas de depósitos, quando houver processo instaurado e os mesmos forem considerados indispensáveis pela autoridade competente. § 6º - O disposto no parágrafo anterior se aplica igualmente à prestação de esclarecimentos e informes pelas instituições financeiras às autoridades fiscais, devendo sempre estas e os exames serem conservados em sigilo, não podendo ser utilizados senão reservadamente. § 7º - A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.”

cia que lhes forem atinentes, de conformidade com o mandamento nuclear da Constituição que lhes atribui com exclusividade este tipo de exceção. Não as autoridades do Poder Executivo, que sequer é mencionado em todo o artigo.

As decisões do STF neste sentido também são abundantes.

13. Recentemente o Ministério Público entendeu que teria o poder de quebrar o sigilo bancário, fruto do que estabelece o inciso VIII, do art. 129 da Carta de 1988¹⁸, bem como da Lei Complementar 75/93, que no art. 8º, IV, menciona que “para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas”.

Ocorre que não se pode ler estes preceitos de forma isolada, uma vez que o Direito não se interpreta por fatias, mas em conjunto com os demais dispositivos normativos. E o art. 6º, XVIII, “a”, da mesma Lei, ao traçar a competência do Ministério Público da União, estabelece que lhe cabe “*representar ao órgão judicial competente* para quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins”.

Desta forma, a pretensão do Ministério Público da União, de que possui competência para efetuar a quebra de sigilo bancário, não possui respaldo no sistema jurídico brasileiro atual. O próprio Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão. Ver, por todos, este

acórdão em que o Ministro Carlos Mário foi relator: “Constitucional. Ministério Público. Sigilo Bancário. Quebra. CF art. 129, VIII - I - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da CF não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa.”¹⁹

b.3) O núcleo das exceções

14. Duas constantes podem ser encontradas em todas as exceções acima referidas: a) o Poder Judiciário a todas chancelou, mesmo naquelas em que o direito constitucional não era textual, como no caso das CPI's, tendo sido declarada a existência de um “poder inerente ao seu caráter investigatório”; e b) todas partiram de provas robustas de ilícitos que justificassem a autorização de quebra do sigilo fiscal pelo Poder Judiciário.

É importante frisar que a solicitação para quebra do sigilo bancário deve ser analisada com muita cautela pelo Poder Judiciário, e que, se não tiverem sido expostas razões verdadeiramente robustas da necessidade de quebra do sigilo, este deverá ser negado. Existe farta jurisprudência neste sentido. Por todas, ver a seguinte ementa, relatada pelo Ministro Carlos Mário: “Constitucional. Penal. Processual Penal. Sigilo Bancário. Quebra. Lei 4.595/64, art. 38. I -

¹⁸ CF, art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: (...) VIII - realizar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.”

¹⁹ RECR 215301-CE. STF, 2ª Turma. unânime.

Inexistentes os elementos de prova mínimos de autoria do delito, em inquérito regularmente instaurado, indefere-se o pedido de requisição de informações que implica quebra do sigilo bancário.”²⁰

Enfim, há de se analisar o pleito pela ótica da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme assevera o próprio STF, em relato do Ministro Carlos Mário: “Constitucional. Sigilo bancário. Quebra. Administradora de Cartões de Crédito. CF, art. 5º, X. I - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie do direito à privacidade, que a Constituição protege, art. 5º, X, não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da *razoabilidade*. No caso, a questão foi posta pela recorrente, sob o ponto de vista puramente constitucional, certo, entretanto, que a disposição constitucional é garantidora do direito, estando as exceções na norma infraconstitucional.”²¹

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

III. A Novel Lei Complementar 105/01

a) *Razões de sua criação*

15. Quebrando toda a estrutura anterior, foi aprovada por unanimidade do Congresso Nacional e sancionada pelo

Presidente da República a Lei Complementar 105, de 10 de janeiro de 2001²², cujo art. 6º é assim grafado:

“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.”

Como pode ser verificado, este artigo quebra a estrutura anterior, acima exposta, e faz residir no Poder Executivo, mais especificamente “na autoridade administrativa competente”, o poder de quebrar o sigilo fiscal. O cerne do debate encontra-se na palavra “administrativa”, o que, por oposição, afasta a necessidade de prévia análise judicial.

O grande argumento da Receita Federal em prol da quebra do sigilo bancário é que o confronto dos dados entre o recolhimento de CPMF - Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, cujo fato imponible é a singela movimentação de dinheiro em contas correntes, e de Imposto sobre a Renda demonstrou a existência de pessoas que movimentam quantias fantásticas, mas que nada, ou quase nada, pagam a título de imposto sobre a renda.

²⁰ PETQO 577-DF. STF, Pleno, unânime.

²¹ RE 219780-PE. STF, 2ª Turma, unânime.

²² Esta Lei Complementar foi regulamentada pelo Decreto 3.724, da mesma data.

Ora, o argumento é absolutamente falacioso, pois visa dar destaque a uma situação específica, pontual, que pode - e deve - ser resolvida dentro da mais absoluta normalidade democrática, sem qualquer alteração da Constituição, ou de seu defraudamento. Bastaria que a Receita Federal solicitasse a quebra do sigilo bancário das pessoas que se encontram nessa situação ao Poder Judiciário. Caso os indícios de sonegação fossem realmente fortes, duvido da existência de um juiz que não restasse convencido da necessidade de quebrar o sigilo bancário e fiscal daquela pessoa. Aliás, este é o primado constitucional existente.

O que não está sendo dito é que os dados apresentados pela Receita Federal como absolutamente verdadeiros, a prova de contraditas, não possuem a solidez apregoada. Por outras palavras: o pressuposto da farta movimentação de CPMF não implicará necessariamente vasta quantidade de imposto sobre a renda a ser pago. Basta imaginar o serviço de cobrança de valores, que é usualmente efetuado por vários escritórios especializados. O valor cobrado dos inadimplentes é alto, mas o rendimento dos cobradores é baixo, pois grande parte do montante arrecadado pertence aos cedentes de crédito. Neste caso, haverá grande movimentação financeira (leia-se: alto valor de CPMF a pagar) porém pequeno rendimento (leia-se: baixo ou inexistente IR a pagar).

Outro aspecto a ser considerado é que existem diversas formas de apuração do IR. Uma delas é a que diz respeito ao *lucro presumido*, cujo terminologia mais correta seria *despesa presumida*. Nesta sistemática, a lei estabelece um percentual de despesas que seria presumidamente gasto pelo contribuin-

te pessoa jurídica, resultando, desta forma, em um valor menor de imposto a pagar. Por outras palavras, não se apura *na realidade* o montante de IR a pagar, deduzindo as despesas das receitas, mas a lei apenas *presume* o valor das despesas. Desta forma, a movimentação financeira da empresa pode vir a ser intensa, mas o imposto sobre a renda, ínfimo. E tudo com absoluto amparo legal.

O que a Receita Federal não alardeia com a mesma ênfase do que trombetaia contra o sigilo fiscal é que as hipóteses de incidência dos dois tributos são absolutamente diferentes. Renda pressupõe a existência de uma aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica acima de determinado patamar. Pressupõe a existência de dinheiro novo. Havendo renda, poderá haver imposto sobre a renda. Movimentação financeira não se traduz em um signo presuntivo de renda. Traduz apenas e tão-somente o que seu nome expressa: movimentação financeira. Caso um gerente financeiro despreparado e suicida decidisse passar o resto de seus dias movimentando dinheiro da conta bancária "a" para a conta bancária "b", haveria CPMF a cada movimentação, porém não haveria nenhuma renda, e, por conseguinte, nenhum imposto sobre a renda a pagar (excetuada a hipótese de usar os documentos que permitem este trânsito entre duas contas correntes do mesmo titular sem a incidência do tributo).

O fato é que a CPMF é um imposto absolutamente obtuso, pois não se reveste de nenhuma característica econômica, mas apenas de características físicas. É como se você fosse obrigado a pagar imposto toda vez que levasse seu cachorro para passear no parque. Troque, no exemplo citado, o cachorro por

dinheiro e o parque por conta corrente, e você verificará que se trata apenas e tão-somente de uma forma de arrecadar, sem que exista algum fato econômico que justifique sua cobrança.

Logo, o que não se diz, é que os pressupostos epistemológicos dos dois tributos são diversos, e que não servem para o papel que a Receita Federal pretende deles: colocar o sigilo fiscal nas mãos de autoridades administrativas e, mais uma vez, vilipendiar a Constituição Federal, deixando os contribuintes em situação fragilizada - tanto os bons contribuintes, quanto os sonegadores.

b) O Princípio da Reserva de Jurisdição e o STF

16. Qual a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito deste tema? Em incontáveis acórdãos o assunto foi tratado, vários dos quais acima transcritos. Mas resta uma dúvida: Será que existe *reserva de jurisdição* na presente situação ou se trata apenas de um direito de petição, vinculado ao Princípio de *inafastabilidade de controle jurisdicional*?

A diferença, entre diversas outras é que na *reserva de jurisdição*, o controle se dá antecipadamente, ou seja, o Judiciário dá a *primeira* palavra sobre o tema, enquanto que, na outra situação, do Princípio da inafastabilidade do controle, cabe ao Judiciário a *última* palavra.

Entendo que no presente caso a ida ao Judiciário trata-se de um *requisito*, ou seja, a análise judicial há de ser *prévia*, e não a *posteriori*. Trata-se de *reserva de jurisdição*, e não de garantia de exercício de recurso ao Poder Judiciário. É um *prius*, e não um *posteriori*.

A ementa da decisão do Plenário do STF relatada pelo Ministro Celso de

Mello, já parcialmente transcrita, muito bem aborda a questão²³:

“Postulado constitucional da reserva de jurisdição: um tema ainda pendente de definição pelo Supremo Tribunal Federal.

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’.

A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.”

Contudo, este primado de reserva de jurisdição ainda não foi caracterizado pelo STF no caso do sigilo fiscal, como grafado naquela própria decisão, cuja solução no caso concreto foi encontrada em razão de carência de justo motivo

²³ MS 23.452-RJ, julg. 16/09/99. DJU 15/12/00. p. 20.

para a quebra do sigilo, ensejando o deferimento do *writ*, *verbis*²⁴:

“O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal - Min. Celso de Mello (Relator), Min. Marco Aurélio, Min. Sepúlveda Pertence, Min. Néri da Silveira e Min. Carlos Velloso (Presidente) - não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do *writ* mandamental, a falta de motivação do ato impugnado.”

Já existem várias ADIN's argüindo a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar 105/01, sem que tenham obtido medida liminar. Aguarda-se a posição do STF a respeito do tema com a urgência necessária, a fim de não convalidar injustiças prementes que estão sendo cometidas. O exemplo supra citado, da ADIn nº 4 acerca da taxa de juros de 12% constitucionalmente estabelecida, apenas depõe contra o STF, não pelo conteúdo da decisão, mas por sua tardança.

IV. Conclusões

17. O Princípio do Sigilo Fiscal é uma cláusula pétrea de nossa Constituição, por ser considerado um direito e garantia individual.

Mesmo como tal, comporta restrições ao seu uso pleno, podendo ser violado através de pedidos fundamentados deferidos pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, este através dos mecanismos das CPI's - Comissões Parlamentares de Inquérito.

Entendo ser inconstitucional o art. 6º da Lei Complementar 105, de 10/01/01, pois cria a possibilidade de autoridades *administrativas* poderem quebrar o sigilo fiscal, contrariamente ao que determina a Carta da República.

O STF ainda não consolidou posição sobre ser o princípio do sigilo fiscal uma matéria vinculada à reserva de jurisdição, ou se deverá estar vinculada apenas ao Princípio da inafastabilidade de controle dos atos pelo Poder Judiciário. Entendo que se situa como reserva de jurisdição, somente sendo possível quebrá-lo por expressa autorização do Poder Judiciário, que se configura em um *prius* e não em um *a posteriori*.

²⁴ MS 23.452-RJ, julg. 16/09/99. DJU 15/12/00, p. 20.

REVISTA DIALÉTICA DE DIREITO TRIBUTÁRIO

ISSN 1413-7097

71

Diretor da Revista
Valdir de Oliveira Rocha

Diretora Financeira
Lídia Lobello de Oliveira Rocha

Projeto Gráfico inicial de *Escrituras*
Editora, com alterações procedidas por
Mars e Dialética

Capa (fundo)
Detalhe da obra
"100% Azul ou Quase",
de Marola Omartem

Ilustrações de faces dos autores
Fátima Lodo Andrade da Silva

Fotolito da Capa
Binho's

Impressão
Gráfica Palas Athena

(AGOSTO - 2001)



Marola Omartem
é o autor da obra
reproduzida em destaque
na capa desta edição.

A Editora mantém em estoque os
exemplares anteriores da
Revista Dialética de Direito Tributário,
inclusive exemplar com o
Índice Cumulativo dos nºs 1 a 63.
Complete sua coleção.

Os acórdãos estampados na íntegra
correspondem às cópias obtidas nas
Secretarias dos Tribunais ou se originam
de publicações oficiais de seus julgados.
Tiragem superior a 3.000 exemplares.
Distribuição em todo o País.



Uma publicação mensal de
Oliveira Rocha - Comércio e Serviços Ltda.
Rua Sena Madureira, 34
CEP 04021-000 - São Paulo - SP
Fone/fax (0xx11) 5084-4544