

III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

**DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO ECONÔMICO E
DO CONSUMIDOR**

A532

Anais do III Congresso de Direito do Vetor Norte [Recurso eletrônico on-line] organização Faculdade de Minas – Belo Horizonte;

Coordenadores: Fabrício Veiga da Costa, Rayssa Rodrigues Meneghetti e Raphael Moreira Maia – Belo Horizonte: FAMINAS, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-000-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tensões contemporâneas e consolidação da Democracia Brasileira.

1. Estado Democrático de Direito. 2. Direitos Fundamentais. 3. Direitos Humanos. I. III Congresso de Direito do Vetor Norte (1:2010 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



III CONGRESSO DE DIREITO DO VETOR NORTE

DIREITO TRIBUTÁRIO, DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR

Apresentação

O GT de DIREITO TRIBUTÁRIO, ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR, realizado no II Congresso do Vetor Norte – FAMINAS-BH, especificamente no dia 22 de outubro de 2019, trouxe relevantes e profícuos debates de temáticas que envolvem interesse direto da sociedade civil brasileira.

Inicialmente foram discutidos temas envolvendo relações de consumo, direitos dos consumidores perante fornecedores; possibilidade de inversão do ônus da prova; direito a indenização decorrente de condutas ilícitas praticadas pelos fornecedores; propaganda abusiva e enganosa, além de temas que envolvem tanto do direito individual quanto o direito coletivo do consumidor.

No âmbito do direito tributário, foram problematizadas questões atinentes ao ISSQN, ICMS, competência tributária, princípios que regem o direito tributário e, especialmente, o papel do Estado em vincular receitas para a implementação de políticas públicas essenciais à dignidade da coletividade, como é o caso da saúde e da educação.

Ao final, nos estudos propostos no contexto do direito econômico, foi debatido o papel do Estado na intervenção do domínio econômico, com o condão de atuar na erradicação de pobreza, combate à desigualdade regional, repressão à formação de carteis e estímulo da livre concorrência.

Hudson de Oliveira Cambraia

Nina Gabriela Borges Costa

João Salvador dos Reis Neto

**SIGILO DE DADOS: O DIREITO À PRIVACIDADE E A VIOLAÇÃO DAS
GARANTIAS INDIVIDUAIS DO CONTRIBUINTE NA ATIVIDADE
FISCALIZADORA DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA.**

**DATA CONFIDENTIALITY: THE RIGHT TO PRIVACY AND VIOLATION OF
INDIVIDUAL TAXPAYER GUARANTEES IN THE TAX ADMINISTRATION'S
SUPERVISORY ACTIVITY.**

**Flávia Maria Pires de Freitas Mendes
Mayara Rodrigues Reis
Rayssa Rodrigues Meneghetti ¹**

Resumo

RESUMO: Pagar tributos é um dever fundamental de todo cidadão, entretanto, muitas vezes é possível observar um desrespeito aos direitos dos contribuintes pelas autoridades fazendárias, que prejudicam a segurança jurídica da cidadania e a convicção no Direito como mecanismo de estruturação das relações sociais. Neste contexto, a presente pesquisa tem por escopo realizar uma análise do poder fiscalizatório que a Administração Tributária desempenha sobre os contribuintes, em observância aos dispositivos infraconstitucionais que concedem ao Fisco o acesso a dados sigilosos concernentes às movimentações bancárias dos contribuintes, dispensando autorização judicial.

Palavras-chave: Palavras-chave: administração tributária, Tributos, Direitos e garantias individuais, Sigilo de dados

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: paying taxes is a fundamental duty of every citizen, however, it is often possible to observe a disrespect to taxpayers' rights by the tax authorities, which undermines the legal certainty of citizenship and the conviction in law as a mechanism for structuring relations. Social In this context, this research aims to perform an analysis of the supervisory power that the Tax Administration plays over the taxpayers, in compliance with the infraconstitutional provisions that grant the Tax Authorities access to confidential data concerning the taxpayers' bank transactions, exempting the judicial authorization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: tax administration, Taxes, Individual rights and guarantees, Data confidentiality

¹ Professor Orientador

1 INTRODUÇÃO:

As autoridades da Administração Tributária julgam necessárias algumas ações autoritárias, e até mesmo discricionárias, perante a sonegação adotada por alguns contribuintes. Dessa forma, essas práticas seriam justificáveis como dispositivo de defesa do Erário. Assim, desde que o governante justifique intervir com propósito de atender ao interesse público, o que, não esporadicamente, se confunde com interesse particular, poderá agir relativamente aos sujeitos isento de preceitos morais ou legalmente constituídos, não observando os direitos e garantias individuais dos cidadãos.

O interesse da Fazenda Pública reiteradamente tem sido confundido com o interesse público em virtude da ambição arrecadadora que a Administração Tributária exerce seu poder fiscalizatório. Dessa maneira, os direitos e garantias individuais do contribuinte ficam em segundo plano, à medida que a ultrapassagem dos números de arrecadação passa a ser o objetivo da Administração Tributária.

Contrariamente, no Estado Democrático de Direito, o governante, bem como qualquer indivíduo, precisará obedecer a supremacia legal, haja vista que é a lei que determina e protege os direitos e garantias individuais que devem necessariamente ser observados pelo Estado, ao almejar logro de seus fins.

Tendo em vista que a garantia do sigilo de dados como fundamento constitucional é hipótese recente, pois fora inaugurado com a Constituição de 1988, com as mudanças surgiram inúmeros dilemas e discussões jurídicas.

Nesse sentido, o legislador pátrio ao normatizar o direito ao sigilo dos dados bancários, por intermédio de normas infraconstitucionais que respaldam o exercício fiscalizador do Estado, concedendo ao Poder Público a possibilidade de acesso aos dados protegidos pelos sigilos bancário e fiscal, não há dúvida da existência do desrespeito ao sigilo constitucionalmente protegido, acarretando a violação de diversas garantias constitucionais.

Sendo assim, o presente trabalho irá estudar tais dispositivos legais, considerando-se sua incompatibilidade frente ao ordenamento jurídico pátrio, por entrarem em confronto com o assegurado pela Constituição no que tange as garantias e aos direitos individuais do contribuinte. Esta comparação terá como parâmetro a Constituição, que dispõe sobre a validade de toda norma infraconstitucional no ordenamento jurídico contemporâneo.

2 LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ACERCA DO SIGILO DAS OPERAÇÕES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O Fisco, buscando dispor de mecanismos jurídicos capazes de lhe qualificar a fazer valer a atividade do poder fiscalizatório da Administração tributária sobre os contribuintes, facultou a esta “especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos e garantias individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”, conforme disposto na Constituição da República de 1988, nos termos do §1º artigo 145.

As leis complementares 104 e 105 de 2001, assim como demais legislações que as regulamentam, como o Decreto nº 4.489 de 28 de novembro de 2002 compõem consideráveis recursos para que a Administração Tributária possa indicar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes. Sendo assim, esse tópico tem por objetivo realizar uma análise destas legislações infraconstitucionais que regulam a matéria concernente aos sigilos bancário e fiscal, tendo em vista que a inviolabilidade do sigilo de dados (art. 5º, XII, da CRFB de 1988), integraliza a previsão ao direito à intimidade e vida privada (art. 5º, X, da CRFB de 1988), sendo ambas as hipóteses de defesa da privacidade embasadas pelo princípio da exclusividade, que aspira ser uma garantia ao indivíduo, como salienta Tercio Sampaio Ferraz:

A sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político. Aquilo que é exclusivo é o que passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos. No recôndito da privacidade se esconde, pois, a intimidade. A intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos. (FERRAZ, 1992, p.220)

Com relação a esta indispensabilidade de proteção à privacidade humana, não é possível abster-se de ponderar que as informações bancárias e fiscais, sejam as registradas nas próprias instituições financeiras, sejam as constantes na Receita Federal ou organismos similares do Poder Público, constituem parte da vida privada da pessoa física ou jurídica (MORAES, 2016, p.143).

De modo igual ao sigilo bancário, as informações concernentes ao sigilo fiscal somente poderão ser corrompidas em condição excepcional e nos estritos limites legais, pois as declarações prestadas para fins de imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso, e

somente razões excepcionais justificam a alternativa de acesso por terceiros, havendo necessidade de autorização judicial, devidamente motivada no interesse da Justiça.

Entretanto, as exceções previstas na Lei Complementar 105 de 2001, regulamentada pelo Poder Executivo, por meio do Decreto 4.489 de 2002, concedem às instituições financeiras autorização para o fornecimento de informações sigilosas diretamente à autoridade tributária, suprimindo os direitos e garantias constitucionais dos contribuintes. Esse Decreto estabelece que as instituições financeiras tem de fornecer à Secretaria da Receita Federal informações sobre as operações financeiras realizadas pelos usuários de seus serviços. Estas informações serão oferecidas, continuamente, em arquivos digitais, de acordo com as especificações definidas pela Secretaria da Receita Federal, e restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e com os montantes globais mensalmente movimentados, relativos a cada usuário, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos efetuados.

O dispositivo, objeto do presente estudo, determina a existência de um procedimento específico imprescindível para a requisição das informações. Sem a adequada instauração de processo administrativo ou procedimento fiscal em trâmite, é vedado à administração tributária o acesso às informações. Após a instauração, a autoridade tributária solicitará o extrato da conta bancária do contribuinte, e em caso de recusa por parte deste, os documentos bancários serão solicitados diretamente às respectivas instituições financeiras.

Ainda, ao dar nova redação ao disposto no artigo 198 do Código Tributário Nacional, a Lei Complementar 104 de 2001, especificamente no tocante ao texto elencado em seu inciso II do § 1º e em seu §3º, autoriza à Fazenda Pública a publicação de informações que dispõe, por simples solicitação de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública. Devendo ser comprovada a instauração regular do processo administrativo com a intenção de averiguar o sujeito passivo. Nesse sentido, pondera Hugo de Brito Machado:

A Lei Complementar n.º 104, de 10.1.2001, alterou a redação do *caput* do Art. 198 do CTN, e substituiu por três o seu parágrafo único, ampliando as exceções ao dever de sigilo fiscal. Na prática, pode-se dizer que já não existe o sigilo fiscal, pelo menos para impedir o que as autoridades da administração tributária mais gostam de fazer, que é utilizar a publicidade sensacionalista como forma de constranger o contribuinte. (MACHADO, 2007, p.276)

É evidente que essa alteração permite que a Administração Tributária transmita as informações pertencentes aos contribuintes com independência de autorização judicial, estendendo consideravelmente as exceções ao dever de sigilo fiscal.

3 DA INVIOABILIDADE CONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE E DO SIGILO DE DADOS

A vinculação a privacidade se estabelece à medida que os dados pessoais são documentos que contém informações sobre a vida privada de determinado indivíduo, como seria o caso de suas movimentações bancárias, declarações de imposto de renda, direitos tais não podem ser violados sem o consentimento do indivíduo, que tem a prerrogativa de decidir sobre a sua exibição e uso.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, inciso XII, da Carta de 1988, ser inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que estabelecer a lei para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, vale lembrar que essas reservas se encontram no rol de direitos e garantias individuais não passíveis de exclusão do texto constitucional, assim devem ser respeitadas, pois são direitos inerentes a todo cidadão.

A tutela do sigilo de dados representa dispositivo indispensável para o alcance do Estado de Direito, respeitando às prerrogativas do cidadão, disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que integra o sistema constitucional brasileiro, que consagra o respeito da vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência, dispondo em seu artigo 11, “ninguém poderá ser objeto de intervenções arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação”.

A relação fisco-contribuinte no que diz respeito a fiscalização está estabelecido nos artigos 194 a 200 do código tributário nacional (CTN), sendo assim o Estado tem direito de fiscalizar para receber corretamente valores, tais como impostos e taxas para custear investimentos em prol da coletividade, não há uma legislação específica que trate de assuntos como, os limites da atividade fiscalizadora do Estado, para evitar o abuso tanto por parte do FISCO quanto do contribuinte. O poder público, especialmente em sede de tributação, não pode agir excessivamente, pois a atividade estatal está condicionada pelo princípio da razoabilidade, que é essencialmente a limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar imoderadamente. A atividade legislativa está obrigatoriamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando respaldo teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos e prescrições arrazoáveis do poder público.

Ante o exposto não resta dúvida que, tanto a privacidade quanto a inviolabilidade de sigilo de dados, inseridas no art. 5º da Constituição, são fundamentos da própria cidadania, ao lado de outros direitos fundamentais expressos na carta magna. O sigilo, nesse sentido, tem a ver com a segurança do cidadão, princípio cujo conteúdo diz respeito à exclusão do arbítrio, sobretudo do Estado que só pode agir submetido à ordem normativa que o constitui.

Nestes termos, a cidadania que constitui a distinção entre o público e o privado, sob pena de perversão da soberania popular. As competências estabelecidas e atribuídas ao Estado devem, pois, estar submetidas ao reconhecimento do indivíduo como cidadão, cuja dignidade se incorpora em direitos fundamentais.

4 CONCLUSÃO:

Com base nos fundamentos expostos na presente pesquisa, conclui-se pela incompatibilidade das normas infraconstitucionais, ficando evidente a inconstitucionalidade do conteúdo elencado na Lei Complementar nº 105 de 2001, do Decreto 4.489 de 2002 que a regulamenta, assim como da matéria constante no inciso II do §1º do artigo e §3º acrescentados ao artigo 198 do CTN pela Lei Complementar nº 104/2001.

As referidas legislações violam os direitos constitucionais da privacidade e da intimidade, do sigilo de dados, do livre acesso ao judiciário, da igualdade, ampla defesa, haja vista que a competência para realizar a quebra do sigilo das operações financeiras é exclusiva do Poder Judiciário, e a outorga de competência concedido na legislação em estudo às autoridades fiscais do Poder Executivo constrange o artigo 2º da Constituição da República no que tange ao princípio da reserva de jurisdição, pois o artigo 6º da lei complementar 105 de 2001, atribui uma competência exclusiva do Poder Judiciário ao Poder Executivo. Dessa forma, a transgressão, pelo Poder Público, ainda que em sede de fiscalização tributária, das restrições e das garantias constitucionalmente estabelecidas em favor dos contribuintes (e de terceiros) culmina por gerar a ilicitude da prova eventualmente obtida no curso das diligências estatais, o que provoca, como direta consequência desse gesto de infidelidade às limitações impostas pela Lei Fundamental, a própria inadmissibilidade processual dos elementos probatórios assim coligidos.

REFERÊNCIAS

Antigo Tribunal Federal de Recursos, **AI no 49.479/SP**, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *Diário da Justiça*, 21out. 1986, p. 14.442; AI no 49.641/PR, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *Diário da Justiça*, 2 out. 1986, p.18.198.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**- Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm- acesso em 27 de Agosto de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 4.489 de 28 de Dezembro de 2002**- Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/LEIS/LCP/Lcp104.htm- acesso em 26 de Agosto de 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.172 de 25 de Outubro de 1966**- Código Tributário Nacional- Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm- acesso em 26 de Agosto de 2019.

BRASIL. **Lei Complementar 104 de 10 de janeiro de 2001**- Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/LEIS/LCP/Lcp104.htm- acesso em 26 de Agosto de 2019.

BRASIL. Lei Complementar 105 de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm- acesso em 26 de Agosto de 2019.

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

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 12^a ed. São Paulo; Saraiva

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28^a ed. São Paulo; Malheiros, 2007

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito constitucional**. – 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.

STF – 2a T. – **HC 93.050-6/RJ** – Rel. Min. Celso de Mello, decisão: 10-6-2008.

STJ – 3a T. – **Resp 1028315/BA** – Rel. Min. Nancy Andrighi, decisão: 14-6-2011. Conferir, ainda: TSE –Pleno – Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral 7875839-60/DF – Rel. Min. Marcelo Ribeiro, decisão: 3-2-2011; Antigo Tribunal Federal de Recursos, AI no 49.312/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, 29 maio 1986, p. 9.161; AI no 59.766/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, 25abr. 1989, p. 6.063