

INCONSTITUCIONALIDADES DA LEI

COMPLEMENTAR N. 105/2001

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,

Professor Emérito das Universidades Mackenzie, Paulista e Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

Entendo ser o sigilo bancário cláusula pétrea ¹.

¹ *Canotilho ensina: “A Constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações subversivas do seu núcleo essencial através de cláusulas de irrevisibilidade e de um processo “agravado” das leis de revisão. Através destes mecanismos não se trata de defender o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado. A idéia de garantia da Constituição contra os próprios órgãos do Estado justifica a constitucionalização quer do procedimento e limites de revisão (cfr. Infra) quer das situações de necessidade constitucional (cfr. Infra)” (Direito Constitucional, Ed. Almedina, Coimbra, 1991, p. 971).*

Reza o inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal que:

“XII. é 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”,

determinando o artigo 5º , inciso X, que:

“X. são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Sobre o mesmo já escrevi:

“Desde a promulgação da Constituição Federal de 88 que a Fazenda vem sustentando que a expressão "sigilo de dados" não hospeda aquela de "sigilo bancário". Tércio Ferraz de Sampaio e outros juristas integrantes do Poder Público escreveram elaborados artigos procurando rebater as teses daqueles que entendem que o sigilo bancário é espécie do gênero sigilo de dados.

Ora, no momento em que o governo federal envia proposta de alteração do art. 145 da Constituição Federal ao Congresso Nacional, em que reconhece que sigilo bancário é sigilo de dados, reconhece, outrossim, que se trata de cláusula pétrea e que toda sua argumentação passada carece de validade, isto é, que o sigilo de dados está preservado, não podendo o fiscal ter acesso a esses dados sem autorização judicial.

Em outras palavras, ao tentar alterar "cláusula pétrea", não só confessou reconhecer a identidade entre os dados bancários e quaisquer outros, como, mais do que isto, afastou toda a defesa que, meticulosamente arquitetara, embora sem sucesso, em todos estes últimos anos, a Fazenda Nacional.

Pelos dois erros elementares, não poderia a proposta ser aceita, como aceita não foi pela CCJ da Câmara dos Deputados, tendo sido rejeitada por esmagadora maioria naquela Comissão, arquivando-se de vez a tentativa de quebra do sigilo bancário por mera manifestação ou requisição de qualquer agente fiscal e até mesmo do Ministério Público.

Neste quadro, em face da ampla discussão sobre a matéria que o tema tem suscitado, pouco há a acrescentar.

Sempre estive convencido de que a expressão "sigilo de dados" hospeda aquela de "sigilo bancário". Esta é espécie daquele gênero.

Por outro lado, nos direitos e garantias individuais, claramente, o constituinte assegurou a preservação da intimidade e privacidade das pessoas e a preservação do sigilo de dados.

Trata-se de cláusula imodificável, de acordo com expressa manifestação da Câmara dos Deputados, ao rejeitar o projeto governamental, e do S.T.F. ao inadmitir que o Ministério Público pudesse ter acesso aos dados bancários sem autorização judicial”².

Considero, pois, que nem por emenda constitucional é possível alterar o dispositivo.

Tem o Supremo Tribunal Federal, todavia, à luz do que dispõe a lei nº 4595/64 --recepcionada como complementar para efeitos do sistema financeiro, nos

² *Revista Dialética de Direito Tributário nº 1, publicação de Valdir de Oliveira Rocha, 1995, p. 20/21.*

termos do artigo 192 da Constituição Federal--, entendido que é possível a quebra do sigilo bancário por determinação judicial.

O Ministro Maurício Corrêa, em julgamento de recurso do qual foi relator, assim exterioriza a posição da Suprema Corte perante a questão:

*“A jurisprudência desta Corte, consolidada e cristalizada a partir do julgamento dos citados MS n° 1.047-SP e n° 1.959-DF, é rica em precedentes que nunca deixaram de entender que o sigilo bancário é um direito individual não absoluto, **podendo ser rompido somente em casos especiais onde há prevalência do interesse público e, mesmo assim, por determinação judicial.** Além dos dois citados, anoto os seguintes precedentes que, de alguma forma, abordam o tema: RHC n° 31.611, Rel. designado Min. AFRÂNIO COSTA, j. em 25/07/51,*

in DJU de 28/09/53, pág. 2.880 (apenso ao nº 222); MS nº 2.172, Rel. Min. NELSON HUNGRIA, j. em 10/07/53, in DJU de 05/01/54; RMS nº 2.574-MG, Rel. Min. VILLAS BOAS, j. em 08/07/57, in RTJ 2/429; RMS nº 9.057-MG, Rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, j. em 13/09/61, in RTJ 20/84; RMS nº 15.925-GB, Rel. Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA, j. em 20/05/66, in RTJ 37/373; AG nº 40.883-GB, Rel. Min. HERMES LIMA, j. em 10/11/67, in DJU de 06/03/68; RE nº 71.640-BA, Rel. Min. DJACI FALCÃO, j. em 17/09/71, in RTJ 59/571; RE nº 82.700-SP, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, j. em 11/11/75, in RTJ 76/655; MS nº 21.172-AM, Rel. Min. SOARES NUNÑOS, j. em 27/09/78, in DJU de 20/10/78; RE nº 94.608-SP, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, j. em 06/04/84, in RTJ 110/196; AG (AgRg) nº 115.469-1/SP, Rel. Min. RAFAEL MAYER, j. em 28/11/86, in DJU de 12/12/86; HC nº 66.284-MG, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, j. em 24/05/88, in RTJ 127/891; HC nº

67.913-SP, rel. p/o ac. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 16/10/90, in RTJ 134/309; PET n° 577 (Questão de Ordem)-SP, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 25/03/92, in RTJ 148/366; AGRINQ n° 897, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. em 23/11/94, in DJU de 24/10/95" (grifos meus) ³.

Pessoalmente, entendo que nem mesmo a autoridade judiciária poderia determinar a quebra do sigilo de dados, visto que a referência à autorização judicial do artigo 5º inciso X e XII diz respeito à comunicação telefônica e não ao sigilo de dados, muito embora Tércio Ferraz Sampaio tenha defendido, quando Procurador-Geral da Fazenda Nacional, exegese diversa do dispositivo, no sentido de que o acesso das autoridades a dados implicaria a obrigação de preservá-los perante terceiros.

³ Revista Dialética n° 1, p. 22 e seguintes.

Seria o que, de resto, o artigo 197 do CTN teria explicitado:

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

a) os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

b) os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

c) as empresas de administração de bens;

d) os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

e) os inventariantes;

f) os síndicos, comissários e liquidatários;

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

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

com o direito dos profissionais mencionados no § único do referido dispositivo, de manter o sigilo vinculado à sua profissão em relação a terceiros ⁴.

⁴ Celso Bastos lembra que: "Assim com o passar do tempo, o banqueiro veio a despertar uma confiança fruto da discrição com que manipulava as confidências, sua semelhança com o médico, com o advogado, com o sacerdote, todos merecedores de uma confiança especial, à qual se ligava a garantia de discrição. Carlos Alberto Hagstrom vislumbra aí o surgimento do segredo profissional. A verba ele: "Nasceu, assim, o segredo profissional, como "une application - mais particulièrement exigeante- de celui de la confidence". A garantia de discrição, traduzida na obrigação de segredo, surgiu, pois, para proteção de interesses privados, marcado, no entanto, pelo interesse social, coletivo, público. O interesse individual é assim protegido, porque coincidente com o interesse social" (in RDM 79/34-35, 1990).

O fato é que o segredo bancário assentou-se firmemente, como proteção a interesses privados, mas com aprovação social, uma vez que os banqueiros, já nos primórdios de sua atividade, eram levados a conhecer negócios, elementos patrimoniais e até mesmo segredos familiares. Muito forte era no passado, e continua sendo,

Sobre o artigo 197, manifestei-me em parecer acatado pelo Conselho Estadual da OAB, por diversos Conselhos Seccionais e pelo Conselho Federal, nos seguintes termos:

“O Estatuto de classe exige que o sigilo seja mantido, sob pena de grave violação à ética profissional. Ora, o § único do art. 197 do CTN em

hoje, o sentimento de confiança na discrição do banqueiro, sobretudo nos países mais desenvolvidos, social e economicamente, e mais estáveis politicamente.

Tal concepção é ressaltada por todos quantos se dedicam ao tema. Em sua conhecida monografia, Herion observa: "... il n'est guere douteux que, dans l'etat de nos habitudes sociales, le public s'attend à le voir conserver par le banquier et que, dans la plupart des cas, commerçants ou particuliers préféreraient renoncer au concours des banques... s'ils n'avaient la certitude que la discrétion coutumiére sera observée en ce qui concerne les comptes" (Tobert Henrion, Le Secret Professionnel, p. 31).

Parece certo que o sigilo bancário contempla a tutela de questões fundamentais da cidadania, como a proteção das áreas recônditas da personalidade, pressuposto para fruição de outros direitos humanos, como a liberdade, propriedade e a segurança etc" (Estudos e Pareceres - Direito Público, ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 59).

consonância com a Lei 4215/63, art. 87 inciso V, hospeda o direito e o dever do profissional em não ser obrigado a revelar a identidade de seus constituintes –ou das operações que lhe são pertinentes— a não ser no momento em que julgue adequado e necessário e de comum acordo com o mesmo. Assim também o artigo 154 do C.P.

Ora, não pode a Receita Federal exigir, contra a clareza dos arts. 197 § único do CTN e art. 87-V da Lei 4215/63, sejam desvendadas as contas bancárias, nem pode o advogado ofertar seus extratos, se requisitado, sob risco de infringir o Estatuto da classe e submeter-se a processo disciplinar.

Em verdade, não poucas vezes, o profissional deposita em sua conta bancária recursos de seus clientes, razão pela qual indicar ao Fisco Federal quem fez o depósito e justificar as circunstâncias, poderá representar formas de quebra do sigilo profissional.

Em face do exposto, sugiro à Seccional de São Paulo que se manifeste, pelo Jornal do Advogado, orientando os advogados paulistas a que escrevam aos bancos, em que mantêm suas contas bancárias, de que não devem atender qualquer solicitação da Receita Federal nesse sentido, por força do § único do art. 197 do CTN, assim como de que não podem prestar quaisquer esclarecimentos sobre sua movimentação bancária sempre que tais esclarecimentos envolvam a possibilidade de quebra do sigilo profissional, risco de submeter-se ao competente processo disciplinar.

Sugiro, por outro lado, sejam oficiados a Secretaria da Receita Federal em Brasília, Federação dos Bancos de São Paulo, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em Brasília e Procuradoria da República em São Paulo”.

Parece-me que tal entendimento esposado pela OAB no passado, ficou fortalecido pela clareza do inciso XII do art. 5º. Curvo-me, todavia, à manifestação da Suprema Corte, pois seria um preconceito aristocrático intolerável, próprio de acadêmicos que se consideram senhores da verdade absoluta, não acatar a jurisprudência pacífica da Mais Alta Corte do país que, por força do artigo 102 da Constituição Federal, é a guardiã da Constituição Federal. E como Hart dizia:

*“A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement **that the court was "wrong" has no consequences within the system:** no one's rights or duties are thereby altered. The decision may, of course, be deprived of legal effect by legislation, but the very fact that resort to this is necessary demonstrates the empty character, so far as the law is concerned, of the statement that the court's decision was wrong. Consideration of these facts*

*makes it seem pedantic to distinguish, in the case of a supreme tribunal's decisions, between their finality and infallibility. This leads to another form of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: **"The law (or the constitution) is what the court say it is"** (grifos meus) ⁵.*

À evidência, tal postura conformada pelo Pretório Excelso afasta a possibilidade de entender-se que teria o Fisco o direito de quebrar o sigilo bancário sem autorização judicial.

Foi apresentado o P.E.C. (n. 175), justificando a quebra do sigilo bancário e aprovada a lei complementar n. 105/2001, com idêntica autorização aos agentes fiscais da Receita.

⁵ *The concept of Law, Ed. Clarendon, Oxford University Press,*
15

Considero ambos inconstitucionais. O PEC 175, na versão de seu relator, por ferir o artigo 60, § 4º, inciso IV, da lei suprema, assim redigido:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

....

*h) os direitos e garantias individuais”*⁶.

1961, p. 138.

⁶ *Escrevi: "Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são eles apenas os que estão no artigo 5º, mas, como determina o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo texto constitucional e outros que decorrem de uma implicitude inequívoca.. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em textos constitucionais anteriores. Tem-se discutido se, de rigor, toda a Constituição não seria um feixe de direitos e garantias individuais, na medida em que o próprio Estado deve assegurá-lo e sua preservação, de rigor, é um direito e uma garantia individuais. Toda a Constituição não faz senão garantir direitos individuais, que decorrem, necessariamente, da existência do Poder Judiciário (assecuratório), Legislativo (produção de leis), Executivo (executá-las a favor do cidadão).*

Por esta teoria, a Constituição seria imodificável, visto que direta ou indiretamente tudo estaria voltado aos direitos e garantias individuais.

Tal formulação, todavia, peca pela própria conformação do artigo, visto que se os organismos produtores, executores e assecuratórios do Direito representassem forma indireta de permanência dos direitos e garantias individuais, à evidência, todo o resto do artigo 60 seria desnecessário em face da imodificabilidade da lei suprema. O conflito fala por si só para eliminar a procedência dos argumentos dos que assim pensam.

Em posição diversa, entendo que os direitos e garantias individuais são aqueles direitos fundamentais plasmados no texto constitucional --e apenas nele-- afastando-se, de um lado, da implicitude dos direitos não expressos ou de veiculação infraconstitucional, assim como restringindo, por outro lado, aqueles direitos que são assim considerados pelo próprio texto e exclusivamente por ele.

Assim sendo, o artigo 150 faz expressa menção a direitos e garantias individuais, como tais conformados no capítulo do sistema tributário. Tal conformação, à evidência, oferta, por este prisma a certeza de que está ela no elenco complementar do artigo 150 e, por outro, que é tido pelo constituinte como fundamental.

Por tal perfil, apenas os direitos e garantias individuais expressamente expostos no artigo da Constituição, seriam cláusulas pétreas.

O Supremo Tribunal Federal parece ter hospedado tal exegese no momento em que não acatou como cláusula pétrea, o direito individual do contribuinte a estar assegurado por um sistema tributário inelástico, com a válvula de escape decorrente da competência residual da União, visto que não era expressa a cláusula.

Na ocasião, a E.C. nº 3/93, entretanto, foi tisonada por aqueles que defendiam que os direitos individuais não seriam cláusulas pétreas, pois o S.T.F. acatou as cláusulas expressas.

É de se lembrar que a inviolabilidade do sigilo está consagrada no mais relevante artigo da Constituição Federal, inteiramente dedicado aos direitos individuais e coletivos, que é o art. 5º. A doutrina costuma considerá-lo o “artigo da cidadania”.

Assegurou, pois, o Pretório Excelso, os contribuintes, ao reconhecer a prevalência do explícito princípio da anterioridade, ou seja, o direito de não ser tributado no mesmo exercício, apesar de a exigência ser decorrente de emenda constitucional. Não estendeu, todavia, esse reconhecimento ao princípio implícito de não ser incidido por nenhum outro tributo que não aquele da competência residual, por decorrente do princípio do "sistema fechado e inelástico".

Tal sinalização do S.T.F., à nitidez, facilitou a conformação mais nítida dos limites da petrificação normativa no concernente aos direitos e garantias individuais.

Como se percebe, a Suprema Corte sinalizou os limites das garantias e direitos individuais, estabelecendo que a Constituição Federal, para cada direito, assegurou o exercício de uma tutela, isto é, há uma garantia para cada direito elencado na lei maior.

Desta forma, direitos e garantias individuais explícitos, no texto supremo, são imodificáveis por emenda" (Comentários à Constituição do Brasil, 4º vol., tomo I, Ed. Saraiva, 2a.ed., 1999, p. 413/416).

A Lei Complementar n. 105/2001, com muito mais razão, mostra-se ilegítima, pois se nem emenda constitucional pode alterar o resguardo do sigilo de dados, à nitidez, muito menos a lei complementar poderia fazê-lo, razão pela qual tenho para mim que os dois exteriorizam manifesta inconstitucionalidade.

Parece-me, pois, que o direito do contribuinte de ter seu sigilo bancário preservado, não poderá ser retirado --enquanto não houver uma ruptura institucional, o que ninguém deseja-- podendo ser quebrado, apenas, por autorização judicial ⁷.

⁷ “SIGILO BANCÁRIO – Quebra. Indispensabilidade. Legalidade da medida. Se é certo que o ordenamento jurídico consagra a obrigação de as instituições financeiras não revelarem a terceiros, sem motivo justificado, informações pertinentes à sua clientela, não é menos exato que essa regra não se mostra absoluta, comportando, ao reverso, exceções previstas na Lei n° 4595/64, dada a preeminência do interesse público sobre o interesse particular, incumbindo à autoridade judiciária zelar pelo sigilo das informações (TRT – 12ª. Região; MS n° 01166/99 – Florianópolis –

Por fim, não parece bom outorgar ao agente fiscal o direito de fazê-lo. Nas três esferas de poder, em contato com as autoridades fazendárias (União, Estado de São Paulo e Município de São Paulo) tenho sempre encontrado agentes fiscais dedicados à elaboração de propostas para a edição de leis, de atos administrativos e de formulação de política tributária, além de ofertarem a exegese oficial dos textos da legislação, -- pessoas de grande cultura e de reconhecida idoneidade--, não tendo jamais, em 41 anos de profissão, deparado com alguém menos íntegro.

A crítica, que se faz, todavia, ao nível moral da fiscalização, não é contra estes agentes fiscais, que respeito, mesmo nas divergências que, muitas vezes, são profundas. A crítica que se faz recai sobre aqueles que são encarregados de fiscalizar diretamente

empresas e pessoas físicas e quanto a estes –falo por terceiros e não por mim— tenho ouvido dos órgãos de classe críticas contundentes.

Não é, pois, conveniente que se outorgue exatamente a estes servidores públicos o direito de quebra do sigilo bancário, visto que se têm indícios fortes de ilícitos tributários, podem obter a quebra mediante autorização judicial, e se não têm, não há porque permitir vasculhem a intimidade de pessoas, cuja privacidade é assegurada pela Constituição em verdadeiras “fishing explorations”.

Sobre ser inconstitucional qualquer medida desta natureza, não beneficiaria as justas relações entre fisco e contribuinte ⁸.

AASP n° 2137, 13 a 19/12/99, p. 1225.

⁸ *A última versão do PEC 175-A de 1995 datada de 10/3/2000 e subscrita pelo Deputado Mussa Demes tem a seguinte dicção no art. 145, § 5º: “A lei complementar estabelecerá a forma e os critérios a serem observados e indicará as autoridades tributárias que poderão requisitar, às instituições financeiras, informações sobre as operações dos contribuintes”.*

É de se lembrar, para encerrar, que o que a nova lei pretendeu foi afastar o Poder Judiciário deste exame preliminar, outorgando, exclusivamente, à Receita o direito de quebrar o sigilo independente da participação do Poder Judiciário.

Em outras palavras, não criou, a L.C. 105/2001, nada de novo --pois manteve a possibilidade de quebra do sigilo bancário do sonegador, que, repito, sempre houve— por negar ao Poder Judiciário a competência de ser o árbitro entre a sonegação e o arbítrio fiscal.

Por essa razão, o vice-presidente do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da Superior Tribunal de Justiça e o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, percebendo que a lei não é contra o sonegador —que

nunca teve proteção do Judiciário— mas contra o Poder Judiciário, encarregado de preservar as garantias constitucionais, manifestaram-se no sentido de ser a referida lei de manifesta inconstitucionalidade. É que os direitos fundamentais do contribuinte (art. 5º incisos X e XII) não podem ser violados, cabendo ao Poder Técnico, que é o guardião da lei, preservar os direitos do Estado e aqueles da sociedade, como têm feito tantas vezes, ao atalhar tentativas de quebra de sigilo, por parte da Receita Federal mal fundamentadas.

Não é demais lembrar que todos os que se manifestaram até hoje, são, como o Secretário da Receita Federal, contrários à sonegação, inclusive eu, já tendo, em sucessivas oportunidades, inclusive junto ao próprio Secretário da Receita --que prezo e respeito-- apresentado sugestões de melhoria do sistema tributário, muitas vezes com sua concordância.

O problema, todavia, não é este. A sonegação deve ser combatida e pode ser combatida com os instrumentos legais antes existentes. O que não se pode é pisotear direitos fundamentais do contribuinte, alijando o Poder Judiciário do exame desta questão, o que de resto, o inciso XXXV do art. 5º da C.F. proíbe.

Parece-me, pois, que a questão é, pois, meramente jurídica. A lei complementar afasta direitos fundamentais dos contribuintes (art. 5º incisos X, XII e XXXV) e não objetiva proteger o sonegador de quebra do sigilo –proteção que nunca teve— mas impedir o Poder Judiciário de exercer a função de Poder Neutro, que defende o Fisco contra o sonegador e o bom contribuinte contra o Fisco.

Só posso entender tal medida como repressão envidada pelo Poder Executivo a um Poder, que, por ter que preservar a Constituição, muitas vezes, tem se tornado um poder incômodo ao Governo, que, infelizmente, nos últimos tempos, não tem primado pelo respeito a direitos fundamentais da sociedade.

SP., /01/2001.