

## **DIREITO À PRIVACIDADE E SIGILO DE DADOS SOB A PERSPECTIVA DA JUSTIÇA FISCAL**

### **RIGHT TO PRIVACY AND CONFIDENTIALITY OF DATA IN THE PERSPECTIVE OF FISCAL JUSTICE**

*Artur Soares de Castro<sup>1</sup> e Bruno Brodbekier<sup>2</sup>*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Delimitação e Conteúdo Jurídico do Direito à Privacidade. 2.1 Origem do Direito à Privacidade. 2.2 Arcabouço Normativo do Direito à Privacidade. 2.3 Conceitos de Intimidade e Privacidade. 2.4 Características do Direito à Privacidade. 3 A Reserva de Jurisdição. 4 A Lei Complementar nº 105 e sua Regulamentação. 5 Os Princípios Colidentes. 6 Conclusão – O Sopesamento. 7 Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo se propõe a analisar a inviolabilidade do sigilo de dados sob a perspectiva da justiça fiscal, sobretudo no que diz respeito à possibilidade de acesso, pela Administração Tributária, de dados bancários dos contribuintes independentemente de autorização judicial, nos limites e na forma que a legislação determinar. Para tanto, inicialmente serão tecidas algumas considerações sobre o direito à privacidade, tendo em vista que a inviolabilidade do sigilo de dados corresponde, em última análise, a uma de suas facetas. Ato contínuo, serão analisadas as possibilidades de relativização da regra da inviolabilidade da privacidade pelo Poder Judiciário, inclusive no contexto do sigilo de dados. Em seguida, será abordado o regramento da Lei Complementar nº 105/2001, que cuida do sigilo das operações financeiras, especificamente perante o Fisco, a fim de analisar a constitucionalidade de seus dispositivos e a possibilidade de acesso aos dados bancários diretamente pelo Fisco. Finalmente, serão examinados os direitos e princípios colidentes no caso em estudo, para, finalmente, concluir pela possibilidade de acesso pela Administração Tributária de dados bancários dos contribuintes, nos limites e na forma da legislação vigente sobre o tema, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sigilo de Dados. Justiça Fiscal. Direito à Privacidade. Direitos Fundamentais. Direito Constitucional.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the inviolability of data from the perspective of tax fairness, particularly with regard to the possibility of access by the Tax Administration data bank of taxpayers regardless of legal authorization, within the limits and in a way that determine the law. To this end, initially will be woven considerations about the right to privacy, in order that the sanctity of confidential data corresponds, ultimately, to one of its facets. Immediately thereafter, will analyze the possibilities of relativization of the rule of the inviolability of privacy by the judiciary, including in the context of data privacy. Then, we shall discuss the legal discipline provided by the Complementary Law nº 105/2001, which maintains the confidentiality of financial transactions, specifically to the tax authorities in order to analyze the constitutionality of its provisions and the possibility of access to bank data directly from IRS. Finally, we will examine the conflicting rights and principles in our case, to finally conclude that Tax Administration is allowed to access data bank of taxpayers

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos pela Universidade Metodista de Piracicaba/SP – UNIMEP. Advogado da União responsável pela Procuradoria Seccional da União em Piracicaba/SP.

<sup>2</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais Difusos e Coletivos pela Universidade Metodista de Piracicaba/SP – UNIMEP. Procurador da Fazenda Nacional em Campinas/SP.

within the limits and in the form of legislation on the subject, without the need for prior judicial authorization.

**KEYWORDS:** Confidentiality of Data. Tax Justice. Right to Privacy. Fundamental Rights. Constitutional Law.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente estudo tem por objetivo analisar a proteção do sigilo de dados sob a perspectiva da justiça fiscal, com a finalidade de delimitar a proteção conferida pelo ordenamento jurídico ao instituto e averiguar quais os limites impostos à Administração Tributária no seu mister de fiscalizar e promover da maneira mais eficaz possível o controle da arrecadação dos tributos, sem que isso implique na violação de direitos dos contribuintes que assegurem a proteção de sua privacidade.

Para tanto, inicialmente será necessário um breve estudo do direito à privacidade, direito no qual, em última análise, se insere a inviolabilidade de dados, de modo a compreender as justificativas e o âmbito de proteção existente para que o sigilo reste devidamente assegurado pelo Estado, uma vez que eventuais violações à preservação incólume dos dados necessariamente será analisada na esfera protegida pela privacidade.

Após a identificação dos casos em que a regra da inviolabilidade da privacidade pode ser relativizada pelo Poder Judiciário, examinar-se-á o regramento específico da Lei Complementar nº 105/2001, que dispõe sobre o sigilo de operações de instituições financeiras, especificamente perante o Fisco, e toda discussão existente sobre sua constitucionalidade, sobretudo no que diz respeito à necessidade de intervenção judicial para acesso aos dados pela Administração Tributária.

Em seguida, uma vez estabelecidas as bases e premissas para uma compreensão do tema que se pretende enfrentar, serão tecidas algumas considerações sobre os direitos e princípios colidentes, para finalmente analisar se há possibilidade de a Administração Tributária ter acesso aos dados bancários dos contribuintes dentro dos limites impostos pela legislação atinente.

## **2. DELIMITAÇÃO E CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À PRIVACIDADE**

### **2.1 – ORIGEM DO DIREITO À PRIVACIDADE**

Para alguns, foi no Tribunal Civil do Sena, França, em 16 de junho de 1858, a primeira vez que a proteção do direito à privacidade foi judicialmente acolhida. No caso, a irmã de uma conhecida artista incumbiu dois artistas de desenhá-la no seu leito de moribunda, expondo o desenho e comercializando-o. O Tribunal, em proteção à esfera privada da

conhecida artista, distinta de sua esfera pública, determinou que fossem recolhidos os desenhos e as reproduções fotográficas.<sup>3</sup>

No entanto, menciona-se que foi em 1873 que o juiz americano Cooly identificou o *right to be alone*, como o direito de ser deixado tranquilo, em paz, de estar só<sup>4</sup>.

Em 1890, também nos Estados Unidos, os advogados Louis D. Brandeis – que depois veio a ser juiz da Suprema Corte – e Samuel D. Warren desenvolveram um conhecido artigo identificando o direito do homem de ser deixado a só, para preservar sua paz de espírito (*peace of mind*)<sup>5</sup>.

Pela sua influência no estudo dos direitos fundamentais, vale a pena citar, ainda como importante precedente histórico, o conhecido “caso do assassinato de soldados de Lebach” – Der Soldatenmord Von Lebach – 1969, do Tribunal Constitucional Alemão (TCF). Determinado canal televisivo alemão, ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*), preparou um documentário de grande repercussão sobre a morte brutal de quatro soldados alemães ocorrido em Lebach. O documentário exibiria o nome e a foto de todos os condenados pelo crime, inclusive com a representação do ocorrido, retratando a prévia relação existente entre os criminosos. Um dos condenados, que sairia da prisão pouco tempo após a apresentação do programa, recorreu à Justiça, buscando a proibição de exibição do programa. O TCF decidiu que o canal televisivo alemão, ZDF, não poderia transmitir o documentário se a imagem do terceiro acusado fosse divulgada ou houvesse menção do seu nome. Almejou o Tribunal Constitucional assim, harmonizar os direitos em conflito, o direito à informação e os direitos de personalidade – dentre os quais se inclui o direito à intimidade e privacidade –, com base no princípio da proporcionalidade, trazendo importante contribuição no estudo desses importantes direitos.

## 2.2 – ARCABOUÇO NORMATIVO DO DIREITO À PRIVACIDADE

O rol de direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º da Constituição da República, além do denominado direito à privacidade, tratou de assegurar outros direitos que guardam algum tipo de relação com esse específico direito. Para clarificar o assunto, antes de mais nada, importante identificar o principal dispositivo constitucional que trata do direito analisado, inserto no art. 5º da Constituição da República:

---

<sup>3</sup> COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só. Tutela penal da intimidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 13.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 103.

<sup>5</sup> COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só. Tutela penal da intimidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 14.

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;

Veja que a proteção refere-se à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas como invioláveis, conferindo amplitude à margem de proteção. No caso de sua violação, o dispositivo constitucional assegura indenização por danos materiais ou morais. Além do direito geral à privacidade e à intimidade<sup>6</sup>, a Constituição cuidou de enumerar, ainda no seu art. 5º, ao menos outros dois incisos (XI<sup>7</sup> e XII<sup>8</sup>) que tratam de direitos específicos ligados à privacidade, quais sejam, inviolabilidades de domicílio, do sigilo das correspondências e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas.<sup>9</sup>

Além da previsão na Constituição Federal de 1988, tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil é signatária também protegem a intimidade e a vida privada, dispositivos esses incorporados no ordenamento jurídico interno como verdadeiros direitos fundamentais, por força, inclusive, da cláusula aberta prevista no art. 5º, § 2º da Constituição da República.<sup>10</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, protege a intimidade e privacidade no seu artigo XII.<sup>11</sup> Do mesmo modo, o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, incorporado ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, também protege a

---

<sup>6</sup> Para evitar qualquer impropriedade terminológica que macule a apresentação, importante referir que embora os termos privacidade e intimidade tenham cada qual um significado específico – como será melhor tratado no momento oportuno –, ao longo do estudo as expressões serão utilizadas indistintamente, até porque a estrutura geral a ser esmiuçada correspondente aos institutos aplica-se a ambos sem distinção.

<sup>7</sup> “XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”

<sup>8</sup> “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;”

<sup>9</sup> No sentido de que as inviolabilidades específicas acima referidas buscam resguardar o direito geral à privacidade, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

“Ressaltou-se que a regra seria a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o que visa, em última análise, a resguardar também direito constitucional à intimidade (art. 5º, X). E, somente se justificaria a sua mitigação quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrassem a conveniência de sua violação para fins de promover a investigação criminal ou instrução processual penal.” (HC 96.056, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 28-6-2011, Segunda Turma, Informativo 633)

<sup>10</sup> “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Apontado o dispositivo constitucional como cláusula aberta para o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, ainda que não expressamente consignados na Constituição formal, o posicionamento, dentre outros, de I. W. SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 30, p. 97, abr/1999.

<sup>11</sup> “Artigo XII - Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

vida privada e a intimidade das pessoas no seu artigo 17.<sup>12</sup> Deve-se citar, por fim, a previsão de proteção no artigo 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>13</sup>, de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro após os trâmites internos exigidos para tal finalidade, por meio do Decreto nº 678/92.

Nota-se, portanto, a existência de proteção do direito à intimidade e da vida privada no âmbito internacional e nacional, caracterizando-os como verdadeiros direitos fundamentais.

### 2.3 – CONCEITOS DE INTIMIDADE E PRIVACIDADE

A questão da privacidade e da intimidade na era da tecnologia e da informação ganha especial relevo na medida em que os conceitos a ela atinentes adquirem novos contornos e especificidades, conferindo ao tema discussões atuais que demandam uma prudente percepção da realidade e das transformações verificadas na sociedade. O papel desenvolvido pela mídia e pelos meios de comunicação dão sinais evidentes da mudança acerca da concepção então existente sobre intimidade e vida privada. Novas situações – antes indiscutivelmente tidas por ofensivas a esses direitos – passam a ser consideradas normais e insuscetíveis de lesões a direitos individuais.

A própria abordagem do instituto parece estar modificada. Antes era o apenas o Estado o “vilão” dos direitos à privacidade. Na atualidade, o papel do Estado não é apenas o de se abster, o de exercer ações negativas para a proteção do direito à privacidade; deve-se, antes, criar mecanismos de proteção com a finalidade de resguardar o titular do direito contra lesões perpetradas por particulares<sup>14</sup>. O romance “*Big Brother*”, de George Orwell, de 1984, no qual todas as pessoas são acompanhadas por televisores, inclusive no âmbito de suas residências, evidencia essa mudança verificada na sociedade.

Dentre todos os direitos individuais expressos na Constituição, indubitavelmente, o

---

<sup>12</sup> “ARTIGO 17

1. Ninguém poderá ser objeto de ingerência arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

<sup>13</sup> “Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

<sup>14</sup> ALEXY denomina de direitos a proteção “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 450).

direito à intimidade e privacidade, juntamente com o direito à informação, podem ser considerados como um dos que mais sofreram modificações nos últimos anos, sobretudo pela ascensão da era tecnológica.

Exemplos recentes, no âmbito judicial ou dos veículos de informação, demonstram as inúmeras incertezas existentes sobre o círculo de proteção que deve ser englobado pelo direito à privacidade; a ideia exata sobre o instituto deixa de ser uma questão apenas da dogmática jurídica e passa a permear outros campos de conhecimento, tais como a filosofia, sociologia, ética, ciência da tecnologia, dentre outros.

Nesse campo, especial relevo assume o conhecimento proveniente do senso comum, vale dizer, a ideia que as pessoas exercem sobre o conceito de intimidade e privacidade e sua respectiva esfera de proteção. Uma decisão judicial ou o ajuizamento de uma demanda que deixem de considerar, para fins de delimitação do espaço individual inviolável, o senso comum, conferindo à privacidade um conteúdo destoante daquele comumente identificado em dado momento histórico, podem gerar discussões infundáveis e repercutir negativamente na sociedade.

Por outro lado, é preciso ter cautela para evitar que a mera aceitação do senso comum como um dos fatores para identificação do círculo de tutela venha a restringir de tal modo o âmbito de proteção do direito à privacidade que situações evidentemente afrontosas à sua intangibilidade deixem de assim ser consideradas.

Crucial, nesse ponto, para evitar equívocos hermenêuticos, que o intérprete considere os parâmetros gerais fornecidos pela dogmática jurídica para a compreensão e delimitação do instituto e os apliquem considerando os elementos fornecidos em cada caso concreto.

O constitucionalista espanhol ROYO esclarece sobre a dificuldade encontrada para uma conceituação fechada do instituto, ao tratar do direito à honra, à intimidade e à imagem:

Determinar el sentido de los conceptos utilizados por el constituyente en el apartado primero del artículo 18<sup>15</sup> no resulta nada fácil. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido y alcance tiene que ser determinado atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

Em la definición de tales conceptos el Tribunal Constitucional há seguido el critério que podríamos denominar del sentido común, acudiendo a lo que se suele entender por los ciudadanos cuando se utilizan términos y no dudando em acudir al

---

<sup>15</sup> “Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

Citando precedente do Tribunal Constitucional da Espanha (*sentencia* 223/1992) sobre a proteção da honra, o autor menciona que a definição de tais direitos “<<hay que buscarla em el *lenguaje de todos* , em el cual suele el Pueblo hablar a su vecino>> y de ahí que sea conveniente acudir al *Diccionario de la Real Academia* (edición 1992)”. O mesmo precedente informa que o conteúdo do direito à honra “es lábil y fluido, cambiante y, em definitiva, como hemos dicho em alguna ocasión, <<dependiente de las normas, valores, e ideas sociales vigente em cada momento>>.”

A despeito das dificuldades encontradas para se delimitar o círculo de proteção de conceitos vagos como privacidade e intimidade, cujo real conteúdo só pode ser encontrado em cotejo com as normas, valores e ideais sociais vigentes em um dado momento histórico, é perfeitamente possível, no campo da dogmática jurídica, lhe conferir e delimitar um conteúdo específico, com base nas previsões normativas sobre o tema, estudos doutrinários e jurisprudência que se debruçaram sobre o instituto.

Não é incomum encontrarmos na doutrina e na jurisprudência a utilização das expressões intimidade e vida privada indistintamente. Embora a utilização dos termos como sinônimos não traga qualquer prejuízo, a depender do contexto em que utilizado, até porque muitas vezes o limite entre ambos é tênue, verificam-se diferenciações no âmbito doutrinário dos dois conceitos.

Em monografia sobre o tema, intitulada “O direito de estar só”, o Professor Paulo José da Costa Junior tratou da tutela penal da intimidade, conquistando, por concurso, uma das cátedras de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Embora a monografia seja dirigida à área penal, os conceitos por ele delineados têm grande aceitação na doutrina de direito constitucional.

Aduz COSTA JUNIOR que pela esfera privada “estão comprendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público.”<sup>17</sup>

Em outra obra sobre o assunto, “Agressões à intimidade. O episódio Lady Di”, o

---

<sup>16</sup> ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. Cuarta edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1997, p. 294/295.

<sup>17</sup> O autor confere o seguinte contorno à intimidade: “Dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade. Fazem parte desse campo conversações ou acontecimento íntimos, dele estando excluídos não só o *quivis ex populo*, como muitos membros que chegam a integrar a esfera pessoal do titular do direito à intimidade. Vale dizer, da esfera de intimidade resta excluído não apenas o público em geral, como é óbvio, bem assim determinadas pessoas, que privam com o indivíduo num âmbito mais amplo” (COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só. Tutela penal da intimidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 36).

mesmo autor traz uma definição didática e precisa sobre a intimidade:

A intimidade é o direito de estar só. É o direito do indivíduo, querendo, de ser deixado em paz, sem o importúno da curiosidade ou da indiscrição.<sup>18</sup>

Segundo Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “o texto constitucional, ao empregar as expressões *intimidade* e *privacidade*, quis outorgar ao indivíduo duas diferentes formas de proteção.”<sup>19</sup>

Muito embora os estudos doutrinários e a própria jurisprudência utilizem os termos como correlatos, como visto, fato é que a intimidade corresponderia a uma esfera de proteção mais central, enquanto que a tutela da privacidade abrangeria uma esfera menos pessoal e mais ampla, incluindo no âmbito de sua proteção os relacionamentos pessoais em geral, as relações comerciais e profissionais<sup>20</sup>.

Desenvolvimento propício sobre o tema pode ser encontrado em precedente do Tribunal Constitucional Alemão, referente ao denominado “Caso Elfes”, em que restou constatada a existência de três esferas de proteção com intensidade de proteção decrescente.

As três esferas podem ser visualizadas em três círculos concêntricos dentro dos quais se desenvolve a personalidade humana: a esfera mais interior corresponderia ao âmbito de proteção mais íntimo, protegido de forma absoluta; a esfera privada ampliada incluiria o âmbito privado que não pertence à esfera mais interior; e a esfera social ou pública inclui tudo aquilo não compreendido na esfera privada ampliada.<sup>21</sup>

A esfera mais íntima estaria, em regra, absolutamente protegida, apenas autorizando eventual intervenção na liberdade do indivíduo se demonstradas razões que a autorizem, como a constatação de colisões com o direito de terceiros ou a disponibilidade pelo próprio indivíduo de aspectos de sua intimidade. Por outro lado, a esfera privada ampliada admitiria uma intervenção maior no seu círculo de proteção se cotejada com a esfera íntima, muito embora sua proteção seja bem mais ampla do que a verificada na esfera social.

Nota-se, desse modo, que quanto mais interior o círculo de proteção, mais reduzida será a possibilidade de intervenção do Estado ou de terceiros.

---

<sup>18</sup> COSTA JR., Paulo José da. **Agressões à intimidade. O episódio Lady Di**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 12.

<sup>19</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano

<sup>20</sup> Esclarecedora, nesse sentido, as lições de MENDES, COELHO e BRANCO: “O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

<sup>21</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 360/361.

## 2. 5 – CARACTERÍSTICAS DO DIREITO À PRIVACIDADE

TERCIO SAMPAIO apresenta o conteúdo do direito à privacidade:

A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por lhe dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de uma única e discricionária decisão.<sup>22</sup>

A doutrina ainda identifica no direito à privacidade uma verdadeira expressão dos denominados direitos de personalidade<sup>23</sup>, compreendidos, em termos latos, como “os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade.”<sup>24</sup>

O direito à privacidade também é caracterizado por ser um genuíno direito fundamental,<sup>25</sup> seja sob uma perspectiva meramente formal – em razão de sua expressa previsão no capítulo da Constituição da República que trata dos direitos fundamentais –, seja sob um prisma material, dadas as diversas características que o circundam, dentre as quais se pode mencionar o conteúdo e a importância do referido direito para a preservação da esfera privada ou íntima da pessoa; sua direta vinculação ao exercício de outros direitos fundamentais, como a própria dignidade da pessoa humana; seu conteúdo de direito de personalidade; sua inserção nos denominados direitos humanos, dentre outros. A

---

<sup>22</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, Vol. 1, p. 77, Out/1992, DTR\1992\428.

<sup>23</sup> Sobre a tutela da personalidade no ordenamento brasileiro, vale conferir os estudos de Gustavo Tepedino (**A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro In Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23/58). O estudo, com apoio na doutrina de Fabio de Mattia, refere que os direitos humanos, em princípio, são os mesmos da personalidade, com a diferença de que os direitos humanos são utilizados para a proteção do indivíduo perante as arbitrariedades do Estado; enquanto que os direitos da personalidade serviriam para designar os mesmos direitos sob o ângulo do direito privado. Sobre a relação dos direitos de personalidade com os direitos fundamentais, CANOTILHO refere que “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”, sendo “visível a separação entre direitos fundamentais e direitos de personalidade”; muito embora o autor mencione que “hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como <<direito à pessoa ser e à pessoa devir>>, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.” (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396).

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 24.

<sup>25</sup> Sobre a conceituação de direitos fundamentais, lapidar as considerações de SARLET, no sentido de que “os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF/199 (LGL 1988/3), que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. Revista de Direito do Consumidor, vol. 30, p. 97, abr/1999).

fundamentabilidade formal e material (substancial) como elementos necessários para a identificação dos direitos fundamentais também é defendida, dentre outros, por Roberto Alexy<sup>26</sup> e J.J. Gomes Canotilho<sup>27</sup>.

Deve-se referir, de igual modo, que o direito à privacidade poderia ser invocado como direito fundamental em razão da cláusula aberta prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição da República<sup>28</sup>, pois a proteção à intimidade ou privacidade, além de diretamente relacionado a outros princípios de estatura constitucional, está expressamente previsto em tratados internacionais sobre direitos humanos, como a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.<sup>29</sup>

Uma vez caracterizado o direito à privacidade como fundamental, convém identificar e sublinhar as funções por ele exercidas na ordem jurídica, levando-se em consideração a posição do indivíduo perante o Estado no exercício dos seus direitos. Atribui-se a Georg Jellinek o desenvolvimento da doutrina dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado, extraindo-se dessas situações direitos ou deveres preponderantes em determinada relação<sup>30</sup>. JELLINEK diferenciava quatro *status*: passivo, negativo, positivo e ativo.<sup>31</sup>

O direito a privacidade, na classificação proposta por JELLINEK, corresponderia preponderantemente ao *status* negativo, na medida em que se apresenta como um típico direito de defesa, ou seja, um dever de abstenção, de não-interferência do Estado na esfera jurídica individual.<sup>32</sup> Canotilho, sobre o tema, trata especificamente de quatro funções dos

---

<sup>26</sup> “O significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de dois fatores: da sua fundamentabilidade formal e da sua fundamentabilidade substancial.” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520)

<sup>27</sup> “A categoria de «fundamentalidade» (Alexy) aponta para a especial dignidade da proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 378)

<sup>28</sup> Canotilho considera que a “cláusula aberta” ou “princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais” decorre da própria ideia de fundamentabilidade material, já vista, de modo que o dispositivo da Constituição Federal de 1988 citado (art. 5º, § 2º) apenas reforça a adoção no ordenamento jurídico-constitucional de um sistema aberto e não taxativo de normas consagradoras de direitos fundamentais. (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379/380)

<sup>29</sup> Sobre o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro, o capítulo 4.3 da obra de I. W. Sarlet, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 78/140.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 254/275; QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 28/30; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 255.

<sup>32</sup> Sobre os direitos de defesa, dentre outros: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407/410 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255.

direitos fundamentais: de defesa ou de liberdade; de prestação social; de proteção perante terceiros; e de não discriminação.<sup>33</sup>

No entanto, como a divisão entre direitos a prestações e direitos de defesa no âmbito dos direitos fundamentais não deve ser considerada estanque<sup>34</sup>, haverá vertentes do direito à privacidade que corresponderá, em última análise, a verdadeiros direitos a prestações, como, por exemplo, a obrigação imposta ao Estado de adotar medidas legislativas e procedimentos que viabilizem a proteção da intimidade dos indivíduos perante terceiros e o próprio Estado.

Ganha destaque, aqui, as lições encampadas por Robert Alexy ao tratar do sistema de posições jurídicas fundamentais como base de sua teoria analítica, dividindo tais posições em (1) direitos a algo; (2) liberdades; e (3) competências.<sup>35</sup> Na classificação proposta por Alexy, o direito à privacidade também se caracterizaria preponderantemente como um direito a algo, na sua vertente de direitos a ações negativas, vale dizer, “os direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas (direitos de defesa)”<sup>36</sup>. Mas os denominados direitos a algo também possuem sua faceta de direito a ação estatal positiva, que se dividem, segundo o autor, em três grupos: (a) direitos a proteção; (b) direitos a organização e procedimento; e (3) direitos a prestações em sentido estrito.<sup>37</sup> Com a necessidade de proteção cada vez mais acentuada da privacidade entre particulares, fruto dos avanços ligados à tecnologia e à informação, ganha especial importância “os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros” (direitos a proteção)<sup>38</sup>, assim como a criação de procedimentos e organizações que visem assegurar instrumentos eficazes de proteção. Ou seja, verdadeiros direitos a prestações passam a permear a relação existente entre o indivíduo e o Estado na tutela do direito à privacidade.

Afinal, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também no âmbito da relação jurídica entre particulares, naquilo que a doutrina denomina de eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais.<sup>39</sup> No âmbito de proteção da privacidade e da intimidade, o reconhecimento da eficácia horizontal apresenta-se com especial importância na medida em

---

<sup>33</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407/410.

<sup>34</sup> Sobre o dualismo relativo entre os direitos a prestações e os direitos de defesa e o problema das distinções entre os grupos, a lição, dentre outros, de I. W. Sarlet, **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, Revista de Direito do Consumidor, vol. 30, p. 97, abr/1999.

<sup>35</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 193.

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 196.

<sup>37</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 444.

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 450.

<sup>39</sup> Sobre o tema, o capítulo 3.5.2.5 de I. W. Sarlet, **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 374/383.

que cada vez mais é comum a invasão da esfera privada por particulares, podendo-se citar, à guisa de exemplo, as agressões à intimidade praticadas por determinados setores da imprensa, *hackers*<sup>40</sup>, *paparazzis*<sup>41</sup>, dentre outros.

Do mesmo modo, evidente que um dos aspectos mais importantes que caracteriza o direito à privacidade é a liberdade do indivíduo em fazer ou deixar de fazer algo no âmbito da esfera de proteção, pois da existência de um círculo blindado contra a atuação estatal logicamente decorre um espaço de liberdade próprio infenso a intervenções. Ganha relevo, nesse ponto específico, a análise da teoria das esferas, tratada anteriormente, pois quanto mais interior a esfera de proteção, menor a possibilidade de intervenção do Estado ou de particulares. Por consequência, maior será a liberdade geral do indivíduo.

Verifica-se, assim, que seria pouco enriquecedor, para fins do presente estudo, referir apenas que o direito à privacidade caracteriza-se como um mero direito de defesa, pois sua configuração na ordem jurídica é bem mais complexa e exige do intérprete uma compreensão mais ampla desse importante direito fundamental. Correto, assim, é considerá-lo em sua acepção de direito fundamental completo, constituído, em última análise, pelos diversos feixes de posições que o caracterizam.<sup>42</sup> Embora algumas características sejam mais evidentes (o fato de ser um direito de defesa, por exemplo), para uma completa compreensão do instituto é necessário analisar todas as posições possíveis que demarcam o direito à privacidade.

Interessante questão diz respeito à possibilidade de renúncia do direito em questão. Nesse ponto, importante referir que “os direitos fundamentais não são suscetíveis de renúncia plena, mas podem ser objeto de autolimitações, que não esbarrem no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana”.<sup>43</sup> Em interessante precedente sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não ofende o direito à privacidade a veiculação de imagem de uma mulher que expôs o seio desnudo em local público de grande movimento, sem caráter pernicioso da veiculação, que apenas registrou o evento.<sup>44</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando acerca da relatividade

---

<sup>40</sup> Indivíduo hábil em enganar os mecanismos de segurança de sistemas de computação e conseguir acesso não autorizado aos recursos destes, ger. a partir de uma conexão remota em uma rede de computadores; violador de um sistema de computação. (Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI).

<sup>41</sup> Profissionais que se dedicam a tirar fotos indiscretas de pessoas conhecidas ou célebres. (Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI).

<sup>42</sup> Sobre a estrutura do denominado direito fundamental completo, R. Alexy, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 193.

<sup>43</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 381.

<sup>44</sup> STJ, Quarta Turma, Recurso Especial nº 595.600, DJ de 13-9-2004, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha.

do direito à privacidade, característica, aliás, de todos os princípios, conforme decisão no Agravo Regimental em Inquérito 897-DF, de relatoria do Min. Relator Celso de Mello.<sup>45</sup> No mesmo sentido, a Questão de Ordem em Petição 557 QO/DF; PET 1564 AgR/RJ; RMS 23.002/RJ.

Desse modo, considerando a relatividade do direito à privacidade e a existência de diversos outros direitos e princípios colidentes, o caso concreto é que determinará, após o devido sopesamento e com base na proporcionalidade, qual solução deverá prevalecer

Ganha especial relevo, aqui, a colisão de direitos entre a proteção constitucional do sigilo de dados e demais direitos e princípios que possibilitam o acesso, pela Administração Tributária, de dados financeiros dos contribuintes, por toda a discussão doutrinária e jurisprudencial que circunda a questão, tema que passará a ser esmiuçado adiante.

### **3. A ANÁLISE DA RESERVA DE JURISDIÇÃO**

Uma vez estabelecidos os contornos do sigilo de dados, enquanto projeção do direito fundamental à intimidade, passa-se a tratar da sua necessária convivência com o poder-dever de fiscalização da Administração Tributária, como instrumento de efetivação da Justiça Fiscal.

E neste desiderato, mostra-se essencial o estudo do tema da reserva de jurisdição, pois em nosso direito constitucional ainda se tem utilizado frequentemente a argumentação de que o Estado-Administração só poderia acessar dados bancários e financeiros dos contribuintes por meio de autorização judicial.

O tema, contudo, não é debatido da forma devida pela doutrina, em especial ao interpretar o art. 5º inciso XII da CF. São encontradas poucas referências à necessidade de intervenção judicial para o afastamento, ou abrandamento do sigilo de dados.

José Afonso da Silva<sup>46</sup> entende que a Constituição é clara ao estipular as hipóteses de indispensabilidade da atuação do Judiciário. No artigo 5º, inciso XII em particular, assevera que o constituinte reservou essa competência exclusiva apenas para o caso de interceptação telefônica, assim como o fez expressamente para os casos de violação de domicílio e decretação de prisão, fora das hipóteses de flagrante delito e transgressão militar.

---

<sup>45</sup> “O direito à inviolabilidade dessa franquia individual, a intimidade – que constitui um dos núcleos básicos em que se desenvolve, em nosso País, o regime das liberdades públicas – ostenta, no entanto, caráter meramente relativo. Não assume e nem se reveste de natureza absoluta. Cede, por isso mesmo, à exigências impostas pela preponderância axiológica e jurídico-social do interesse público.”

<sup>46</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário textual à Constituição*, Editora Malheiros, São Paulo: 7ª edição, 2010. Pg. 108 e 109.

Roque Antonio Carraza, ao contrário, tem opinião veemente pela necessidade de autorização judicial para quebra do sigilo bancário, o qual também poderia ser afastado por Comissão Parlamentar de Inquérito e pelo Ministério Público, cujas atribuições são previstas na constituição (artigo 58, §3º e 129, inciso VI, respectivamente).<sup>47</sup>

O argumento da inafastabilidade da autorização judicial tem sido utilizado, portanto, com maior frequência pelos Tribunais. Recentemente, a reserva de jurisdição foi o tema central do Recurso Extraordinário nº 389.808/PR, no qual o Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu, em votações apertadas, a constitucionalidade da Lei Complementar (LC) nº 105/2001.

A análise deste julgamento é extremamente relevante para o presente estudo, já que debateu-se exatamente a ponderação entre a projeção da intimidade dos contribuintes e as prerrogativas legais do Fisco na busca da Justiça Fiscal.

Uma pessoa jurídica pretendia evitar que o Banco Santander fornecesse à Delegacia da Receita Federal – com amparo na LC 105/01 – a entrega de extratos e demais documentos pertinentes à sua movimentação bancária. A Ação foi julgada improcedente na Justiça Federal do Paraná, cuja decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Além do recurso extraordinário, a empresa apresentou a Ação Cautelar nº 33, a fim de conferir efeito suspensivo ao apelo extremo. Inicialmente, o Relator Min. Marco Aurélio deferiu a liminar, em 05/07/2003, a qual somente foi cassada pelo Colegiado mais de sete anos depois, por 06 (seis) votos a 04 (quatro), na sessão do dia 24/11/2010.<sup>48</sup>

No entanto, no julgamento do mérito do Recurso Extraordinário, a situação se inverteu e o recurso foi deferido, em decisão desfavorável ao Fisco. O Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade do fornecimento de informações sobre a movimentação bancária de contribuintes, pelas instituições financeiras, diretamente ao Fisco por meio de procedimento administrativo, sem a prévia autorização judicial. Como já apontado, a reserva de jurisdição foi o principal fundamento para os 05 (cinco) votos que decidiram pela inconstitucionalidade da Lei Complementar, contra 04 (quatro) a favor da prerrogativa do Fisco<sup>49</sup>.

O voto do Min. Marco Aurélio conduziu a maioria do Tribunal, sob o argumento de que o direito ao sigilo de dados revela direito fundamental o qual só poderia ser afastado por ato de órgão equidistante, o Estado-Juiz, que não integra relação jurídico-tributária, o que o

---

<sup>47</sup> CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Editora Malheiros, São Paulo: 22ª edição, 2006. P. 472.

<sup>48</sup> STF, Tribunal Pleno, Ação Cautelar nº 33, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 24/11/2010, acórdão publicado no DJE em 03/12/2010.

<sup>49</sup> STF, Tribunal Pleno, Recurso Extraordinário 389.808/PR, Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 15/12/2010, acórdão publicado no DJE em 10/05/2011.

afastaria, portanto, do interesse envolvido, o qual, ainda que legítimo, representa a manifestação do Estado-Administração enquanto agente fiscal-arrecadador.

Seu voto está apoiado, portanto, em duas premissas. O primeiro, mais óbvio, trata da evidente supremacia da Constituição Federal e, por via de consequência, da necessária adequação da legislação ordinária aos direitos fundamentais. De outro lado, entende que o primado do Judiciário estaria sendo desrespeitado, pois se estaria transferindo a sua atuação para os órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, já que as mesmas atribuições devem ser conferidas às receitas estaduais e municipais, por coerência sistêmica.

O objetivo seria o resguardo do cidadão contra atos **extravagantes**, que possam de alguma forma alcançá-lo na dignidade. O voto faz referência ainda à necessidade de coibir-se a **devassa indiscriminada**, ou a **busca generalizada**, sob pena de ofensa à garantia constitucional da intimidade. (grifos nossos)

Como se demonstrará mais adiante, a minuciosa regulamentação legal evita, de forma eficaz, os indesejáveis efeitos vislumbrados pelo Relator. Este foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso Mello, desde o julgamento da ação cautelar.

Os dois primeiros proferiram votos mais simples, destacando que o entendimento não prejudicaria o Fisco, pois o Brasil contaria com dezesseis mil magistrados prontos para analisar e determinar a quebra do sigilo, caso necessário. Roque Antonio Carraza faz a mesma leitura, pois entende que o Judiciário tem se mostrado sensível aos pedidos de quebra de sigilo bancário sempre que há suspeita da ocorrência de ilícitos e também destaca a falta de imparcialidade do agente fiscal para realização desse *mister*.<sup>50</sup>

O Ministro Celso Melo, em um longo voto, assevera que a quebra do sigilo bancário seria uma medida excepcionalíssima, por ser revestida de extrema gravidade jurídica, o que exigiria prudência e cautela ao Poder Judiciário na determinação da ruptura da privacidade do contribuinte, para evitar abusos por parte do Fisco.

Chama a atenção o fato de que a maioria dos Ministros citam precedentes antigos do STF e artigos doutrinários elaborados antes da vigência da Lei Complementar nº 105/01. A regulamentação do acesso aos dados sigilosos é imprescindível para preservação da intimidade dos contribuinte, pelo que, não é possível fazer uma leitura dessas construções jurídicas antigas, que se encontram em descompasso com o panorama legal vigente.

---

<sup>50</sup> CARRAZA, Roque Antonio. *Ob. cit.*, p. 473.

Por fim, deve-se registrar que o julgamento foi decidido por uma mudança de entendimento do Min. Gilmar Mendes, que julgou favoravelmente ao Fisco na Ação Cautelar, mas reviu seu posicionamento ao se sensibilizar pela necessidade da apreciação judicial dos acessos aos dados sigilosos dos contribuintes. Com o voto do Ministro Gilmar, obteve-se o quinto voto que desempatou o julgamento.

A falta de consenso do STF sobre o tema fica ainda mais evidente se levarmos em consideração que, à época do julgamento, o Tribunal contava apenas com 10 (dez) Ministros, pois ainda não havia sido indicado o substituto para a vaga aberta com o falecimento do Min. Menezes Direito, sendo que apenas 09 (nove) ministros participaram da votação, pois o Ministro Joaquim Barbosa estava licenciado e havia votado a favor do Fisco no julgamento da ação cautelar.

A divergência ao entendimento vencedor foi inaugurada pelo Min. Dias Toffoli. Ele lembrou que os contribuintes já são obrigados a informar o seu patrimônio completo ao Fisco por determinação legal, não por ordem judicial e indaga: *se a Receita Federal já tem acesso à declaração total de nossos bens, que representa o conjunto maior do patrimônio, porque não poderia ter acesso o seu conjunto menor, qual seja a movimentação bancária?* (grifou-se)

Não seria razoável admitir que o Poder Judiciário deveria autorizar, em todos anos, os contribuintes a fornecerem os detalhes de sua vida financeira ao Fisco Federal. A afirmação pode causar espanto, mas o entendimento esposado pela maioria neste julgamento conduz a este tipo de conclusão. Não custa lembrar que a declaração anual avança em detalhes muito mais íntimos dos contribuintes do que os montantes movimentados em instituições financeiras, pois deve-se identificar seus dependentes, detalhar seus gastos com médicos e terapeutas, suas dívidas, dentre outras informações com nítido caráter privado.

Da mesma forma que ocorre com as pessoas físicas, as sociedades também devem apresentar anualmente a sua declaração de rendas, chamada de Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIPJ). Como o nome indica, o documento não se presta apenas à apuração do imposto de renda, mas também para fornecer ao Fisco o resultados da atividade econômica do contribuinte e a fotografia da sua situação patrimonial, com a informação do balanço apurado em 31 de dezembro de cada ano calendário. Dentre esses dados, encontram-se relações comerciais e até segredos industriais, os quais também merecem o controle sigiloso pelas autoridades tributárias.

Os exemplos das declarações de renda dos contribuintes são bastante ilustrativos, pois atualmente a imensa maioria dos tributos são constituídos pelo lançamento por homologação.

Esta espécie de lançamento é caracterizada pela concentração dos atos de constituição do crédito tributário nas mãos do contribuinte, que devem discriminar a atividade em suas declarações enviadas ao Fisco.

Os avanços tecnológicos e o dinamismo das relações econômicas afastaram a Administração Tributária do momento de ocorrência do fato gerador. O prévio exame do fato gerador pelo Fisco revelou-se anacrônico, além de representar um grande ônus operacional. Vejam que os tributos incidentes sobre a propriedade são os únicos que ainda são constituídos por lançamento de ofício, isto é, realizado pela autoridade tributária sem intervenção do contribuinte, como é o caso dos impostos incidente sobre imóveis e veículos automotores, bem como aqueles incidentes na transmissão da propriedade *inter vivos* ou *causa mortis*. Não por coincidência, estas são as expressões menos dinâmicas do patrimônio dos contribuintes.

Neste panorama, o cruzamento das informações bancárias e financeiras dos contribuintes revela-se uma necessidade inafastável, pois, do contrário, **as declarações ganhariam contornos de presunção absoluta.**

De outro lado, a própria sistemática do lançamento por homologação enfraquece o argumento de que haveria um acesso novo e ilegítimo do Fisco a dados privados dos contribuintes. **Quando este escritura suas receitas em observância às leis societárias e tributárias, os dados bancários obtidos junto às instituições financeiras não trazem qualquer informação nova para o Fisco.** A informação somente vai chegar em primeira mão às autoridades tributárias se o contribuinte investigado tenha sonegado algum dado o qual tinha obrigação de prestar.

Alguns números derivados das informações prestadas pelas instituições financeiras com base no art. 5º da LC 105/2001 ajudam a deixar o quadro ainda mais evidente. Para tanto, transcreve-se trecho do seguinte estudo elaborado pela Receita Federal do Brasil,<sup>51</sup> o qual traz um exemplo eloquente da pertinência do cruzamento dos dados bancários com as declarações enviadas pelos contribuintes:

“No quadro abaixo, consolidamos informações acerca das pessoas jurídicas que, no ano-calendário de 2009, tiveram movimentação financeira 10 vezes superior à receita total declarada:

Quantidade de Pessoas Jurídicas (1)	Movimentação Financeira em 2009 (2)	Receita Bruta Total (3)	Diferença
21.884	R\$ 1,036 trilhão	R\$ 15 bilhões	R\$ 1,021 trilhão

51 Nota Conjunta nº 143, de 09 de agosto de 2011, da Coordenação-Geral de Programação e Estudos (COPES) e da Coordenação-Geral de Relações Internacionais (CORIN) da Receita Federal do Brasil. O estudo tomou por base as Declarações de Informações sobre Movimentação Financeira – DIMOF e a receita bruta e os rendimentos informados nas seguintes declarações enviadas no ano de 2009: (i) Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ; (ii) Declaração Simplificada da Pessoa Jurídica – DSPJ; e (iii) Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física – DIRPF.

A diferença apurada em um ano, para 21.884 pessoas jurídicas totalizou R\$1.021.000.000.000 (um trilhão e vinte e um bilhões de reais).

O quadro seguinte resume a situação referente às pessoas físicas:

Quantidade de Pessoas Físicas (1)	Movimentação Financeira em 2009 (2)	Rendimento Total (3)	Diferença
50.619	R\$ 127,7 bilhões	R\$ 4,5 bilhões	R\$ 123,1 bilhões

A diferença apurada em um ano, para 50.619 pessoas físicas totalizou R\$123.100.000.000 (cento e vinte e três bilhões e cem milhões de reais).

Os 72.503 contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, que apresentam indícios relevantes de omissão de rendimentos e de receita só se tornaram visíveis à Receita Federal do Brasil em decorrência do meio de fiscalização instituído pela LC nº 105, de 2001.”

Todos esses exemplos demonstram que a pretendida autorização judicial iria se imiscuir na atividade diária da Administração Pública, em seu poder-dever de fiscalização. Será que o contingente de dezesseis mil magistrados seria capaz de analisar mais de setenta mil pedidos de acesso a dados sigilos, somente em 2009, como indica o quadro acima?

Neste sentido, parece-nos que não se trata de um desprestígio do Judiciário, mas, na verdade, este estaria assumindo uma função que não é sua. É evidente que os contribuintes sempre poderão recorrer ao Judiciário, caso haja abusos por parte das autoridades tributárias, seja durante o procedimento administrativo de constituição do crédito, seja em sua cobrança executiva, implementada pelo ajuizamento de execuções fiscais.

Todavia, o Poder Judiciário teria atuação apenas residual e não antecedente, ou ainda concomitante à atividade regular do Fisco, ao qual devem ser disponibilizados os meios para que cumpra com eficiência seu dever legal.

#### **4. A LEI COMPLEMENTAR Nº 105 E SUA REGULAMENTAÇÃO**

Por outro lado, o esmiuçamento da legislação que trata da matéria nos permitirá visualizar que o acesso do Fisco às informações bancárias não é feito em descompasso com os direitos fundamentais, ou ainda, é perfeitamente compatível com a preservação da intimidade do contribuinte.

Desde que o acesso aos dados sigilosos atenda aos requisitos previstos na lei, não há motivos para entender que a intimidade foi violada.

O art. 5º da LC nº 105/2001 determina que as instituições financeiras devem prestar informações sobre as operações bancárias dos contribuintes diretamente ao Fisco e os seus parágrafos já destacam o cuidado com a preservação da intimidade, ao vedar a inserção de

elementos que permitam identificar a **origem e natureza dos gastos**. Há ainda determinação expressa para conservação do sigilo dos dados trabalhados.<sup>52</sup>

A proibição da identificação dos gastos impede que as autoridades tributárias tenham conhecimento do que foi feito com o dinheiro, objeto da movimentação bancária. Não é possível deduzir se o mesmo é gasto em restaurantes, presentes, lazer, utilidade, necessidade. Importa apenas ao Fisco ter conhecimento do valor numérico despendido no intuito de aferir a **compatibilidade do informe de rendimento e bens oferecidos pelo próprio cidadão-contribuinte com as referidas movimentações financeiras**.

O Decreto nº 4.489/2002, por sua vez, regulamenta esse artigo legal e traz um bom exemplo de como as esferas mais íntimas da personalidade ficam resguardadas. Por exemplo, em todas as espécies de depósitos e investimentos, o informe deve-se restringir ao montante total movimentado. O mesmo ocorre com relação às operações com cartão de crédito – a informação deve-se limitar aos pagamentos efetuados pelo contribuinte, sem possibilidade de identificação, por exemplo, em quais estabelecimentos foram realizadas compras.<sup>53</sup>

O art. 6º da LC 105/2001, por sua vez, autoriza que os agentes fiscais requisitem informações bancárias, quando estiver instaurado processo administrativo fiscal, como ocorreu no caso submetido a julgamento pelo STF no RE 389.808, e **desde que o exame destas informações seja indispensável**.<sup>54</sup>

Não se pode deixar de registrar que as autoridades tributárias não têm discricionariedade para estabelecer a indispensabilidade das informações bancárias. O art. 3º do Decreto nº 3.724/2001, ao regulamentar o artigo legal, prevê um **elenco taxativo** de 11

---

<sup>52</sup> 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.

§ 2º As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

<sup>53</sup> Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se montante global mensalmente movimentado

I - nos depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança, o somatório dos lançamentos a crédito efetuados no mês;

VII - nas aplicações em fundos de investimento, o somatório dos lançamentos de aplicações realizados no mês, individualizado por fundo; (...)

XII - nas operações com cartão de crédito, o somatório dos pagamentos efetuados pelos titulares dos cartões e o somatório dos repasses efetuados aos estabelecimentos credenciados, no mês;

<sup>54</sup> 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.

(onze) hipóteses nas quais os exames de registros de instituições financeiras serão considerados indispensáveis, os quais tratam de casos graves de contribuintes omissos, que se colocam à margem de fiscalização, ou ainda quando há suspeitas de fraudes destinadas à sonegação tributária.<sup>55</sup>

Ademais, uma vez verificada e comprovada uma das onze hipóteses de indispensabilidade, e, apenas nesses casos, o Auditor Fiscal dará início ao procedimento de emissão da Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) para requisição às instituições financeiras das informações protegidas pelo sigilo bancário.

Além dos requisitos objetivos previstos no art. 3º, o Decreto prevê ainda maiores controles para a emissão da RMF. O procedimento prevê, em primeiro lugar, a necessidade de intimação para que o contribuinte apresente os dados de forma voluntária.<sup>56</sup> Caso mantenha-se inerte, o Auditor-Fiscal responsável pelo procedimento de fiscalização deverá submeter o pedido aos seus dois superiores hierárquicos, o Chefe da Fiscalização e o Delegado da Receita Federal do Brasil, pelo que o RMF contará com um triplo grau de análise de sua indispensabilidade.

Da mesma forma, preocupou-se em limitar o acesso da fiscalização a dados contábeis e há determinação expressa para que ao final do procedimento os dados sigilosos sejam devolvidos aos contribuintes, ou inutilizados.<sup>57</sup>

A análise da regulamentação legal não deixa dúvidas de que não se trata de uma devassa indiscriminada dos dados bancários dos contribuintes, como sugerem a corrente vencedora no RE 389.808/PR.

A nosso ver, a correta exegese está contida nos votos divergentes. Como destaca a Min. Ellen Gracie, a Lei Complementar estabeleceu requisitos que funcionam como salvaguarda a intromissões levianas e os dados, até então protegidos pelo sigilo bancário, prosseguem protegidos pelo sigilo fiscal. A ministra também fez questão de afastar a tese de

---

55 Estas são algumas das hipóteses previstas no art. 3º do referido Decreto: (i) subavaliação de valores de operação, inclusive de comércio exterior, (ii) omissão de rendimentos ou ganhos líquidos, decorrentes de aplicações financeiras de renda fixa ou variável; (iii) realização de gastos ou investimentos em valor superior à renda disponível; (iv)- remessa, a qualquer título, para o exterior, por intermédio de conta de não residente, de valores incompatíveis com as disponibilidades declaradas; e (v) presença de indício de que o titular de direito é interposta pessoa do titular de fato.

<sup>56</sup> Art. 4º Poderão requisitar as informações referidas no §5 do art. 2 as autoridades competentes para expedir o MPF.

§1º A requisição referida neste artigo será formalizada mediante documento denominado Requisição de Informações sobre Movimentação Financeira (RMF) (...);

§2º A RMF será precedida de intimação ao sujeito passivo para apresentação de informações sobre movimentação financeira, necessárias à execução do MPF.

<sup>57</sup> Art. 5º As informações requisitadas na forma do artigo anterior: (...)

§2º As informações não utilizadas no processo administrativo fiscal deverão, nos termos de ato da Secretaria da Receita Federal, ser entregues ao sujeito passivo, destruídas ou inutilizadas.

reserva de jurisdição encampada pela maioria e faz a mesma leitura do José Afonso citada acima<sup>58</sup>, ao entender que a Constituição prevê hipóteses *numerus clausus* de autorização judicial para os direitos fundamentais, dentre as quais não se encontra o sigilo de dados.

No mesmo sentido, o Min. Ayres Brito entende que o acesso não é proibido, mas a quebra do sigilo, ou o vazamento dessas informações. Nas palavras do Ministro, não se trata de “bisbilhotice”, isto é, atos extravagantes, ou buscas generalizadas como indicado pelo voto relator somente ocorreriam caso não existisse a minuciosa regulamentação legal.

A Min. Carmem Lúcia também entende que não se está autorizado por lei dar a público, mas apenas transferir o dado para outro órgão da Administração Pública para o cumprimento de suas finalidades.

É possível perceber a ideia central da forma de acesso e utilização de dados bancários sigilosos: há permissão ao acesso e proibição de sua divulgação. E neste diapasão é muito pertinente a ressalva do Min. Dias Toffoli: não se trata de “quebra de sigilo”, pois há apenas **transferência do dever do sigilo**.

Além de todo o cuidado no acesso e utilização de dados sigilosos dos contribuintes pelas autoridades tributárias, a legislação também é bastante protetiva ao resguardar o transbordamento dessas informações para terceiros, ou para finalidades diversas da prevista em lei.

As normas transcritas acima destacam a necessidade da conservação do sigilo e o art. 10 da LC 105/2001 prevê punição severa para utilização indevida dos dados sigilosos, estipulando pena de reclusão, de um a quatro anos, sem prejuízo, evidentemente, da responsabilidade civil, administrativa do agente público envolvido na divulgação dos dados.<sup>59</sup>

O art. 198 do Código Tributário Nacional (CTN) não permite outra conclusão ao vedar aos servidores da Fazenda Pública que divulguem informação sobre a situação econômica e financeira do contribuinte obtida em razão do ofício. O parágrafo 2º, por sua vez, destaca a necessidade da preservação do sigilo no intercâmbio de informação sigiloso entre as autoridades tributárias<sup>60</sup>.

Ressalte-se que a norma do CTN foi alterada pela Lei Complementar 104/2001, que ao lado da LC 105/2001 representam a criação de um arcabouço legal que permita a

---

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. *Ob. cit.* Pg. 108 e 109.

<sup>59</sup> Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

<sup>60</sup> Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

concessão ao Fisco de instrumentos eficazes de atingimento da capacidade contributiva dos contribuintes, sem descuidar do necessário respeito aos direitos fundamentais.

## 5. OS PRINCÍPIOS COLIDENTES

Por fim, uma breve análise dos princípios colidentes com o direito fundamental da intimidade é essencial para concluirmos pela legitimidade do franqueamento direto de dados bancários às autoridades fiscais.

O princípio da capacidade contributiva é o postulado mais evidente a ser protegido com a referida prerrogativa. A fim de situar o conflito de princípios, cabe registrar que também se trata de um direito fundamental de 1ª geração, pois a capacidade contributiva também tem origem liberal-burguesa e foi consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

“Art. 13 Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dívida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.”

A *ratio* do direito previsto na declaração do século XVIII permanece a mesma, qual seja, a justa distribuição do ônus da manutenção do Estado, como se verifica pelo seguinte lição de José Afonso da Silva:

“A cláusula contempla dois princípios – o da personalização e o da capacidade contributiva – que se co-implicam. Quando devidamente observados, visam a realizar o princípio mais elevado da Justiça Tributária.

Importância na medida que reafirma o princípio ou preceito da igualdade de posições dos cidadãos diante do dever tributário de prover às necessidades da coletividade, que implica em distribuição equânime dos ônus tributários.”<sup>61</sup>

Como indica o prof. José Afonso, a tão festejada Justiça Fiscal somente pode ser obtida com uma aplicação eficiente do princípio da capacidade contributiva. É evidente, da mesma forma, sua íntima ligação com o princípio da isonomia, já que é uma das formas de sua concretização.

O ilustre tributarista Roque Antonio Carraza já foi citado neste estudo com o intuito de oferecer um respeitado contraponto ao entendimento aqui defendido. Por este motivo, entendemos apropriado desenvolver um pouco mais os conceitos do autor sobre o princípio da capacidade contributiva, pois encontramos em sua análise do Sistema Tributário Constitucional posições que, paradoxalmente, reforçam a tese pelo acesso direto do Fisco aos dados bancários.

---

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário textual à Constituição*, Editora Malheiros, São Paulo 7ª edição, 2010. P. 658.

Alinhado com os ideais liberais que fundamentaram a criação do Estado Moderno, o tributarista lembra que o princípio *hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos* e da mesma forma está *intimamente ligado ao princípio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada Justiça Fiscal.*<sup>62</sup>

E parece-nos evidente que, no caso sob análise, todos esses fundamentos da República somente podem ser atingidos caso sejam conferidos métodos eficientes ao Fisco para evitar a sonegação de tributos. A conclusão de que a contribuição igualitária de todos diminui o ônus tributário individual pode até ser óbvia e por demais versada, mas ainda assim merece ser repetida.

Ao comentar o artigo 145 da CF, onde está consagrado o princípio da capacidade contributiva, Roque Antonio Carraza faz uma leitura que curiosamente legitima a prerrogativa fiscal ora defendida.

Cabe lembrar que o parágrafo 1º do art. 145 determina que a Administração Tributária deverá identificar o patrimônio, a renda e as atividades econômicas do contribuinte, **respeitados os direitos individuais e nos termos da lei.**

O autor entende que o parágrafo não trataria especificamente do princípio da capacidade contributiva, pois apenas autoriza à Fazenda Pública, observados os direitos individuais e a lei, a **avaliar os sinais exteriores de riqueza do contribuinte, do modo a detectar possíveis fraudes tributárias.**<sup>63</sup>

Ainda que o prof. Carraza entenda que a norma não se relaciona com o princípio em tela, o não se pode negar o fato que norma constitucional prevê importante poder-dever<sup>64</sup> do Estado-administração para investigar e prevenir fraudes tributárias. **E isto é importantíssimo, pois significa que a LC 105/2001 e legislação correlata tem fundamento direto neste artigo constitucional.**

Não é outro o entendimento do voto do Min. Dias Toffoli que inaugurou a divergência no julgamento do RE 398.808/PR. O Ministro cita diretamente o art. 145, §1º da CF para fundamentar a prerrogativa do Fisco e é acertada sua conclusão que a investigação do

---

<sup>62</sup> CARRAZA, Roque Antonio. *Ob Cit.* p. 87.

<sup>63</sup> *Ob. cit.* p. 86, nota de rodapé 43.

<sup>64</sup> O autor parece acompanhar a inconveniente redação da CF que fala que em “faculdade” da administração tributária. Não nos parece correto entender que a Administração, ao desempenhar atividade plenamente vinculada, tenha apenas uma faculdade de identificar os fatos geradores dos tributos, quais sejam, o patrimônio e rendimentos dos contribuintes. Trata-se, na verdade, de um poder-dever, conforme expressão consagrada pela doutrina administrativista.

patrimônio dos contribuintes respeitará os direitos individuais, **se for realizada nos termos da lei**. E demonstrou-se acima que o atual arcabouço legal realiza essa tarefa a contento.

Por esta razão, não podemos concordar com a interpretação oposta do art. 145, §1º CF atribuída pelo Min. Celso Mello, que utiliza o artigo como um dos seus fundamentos para inconstitucionalidade da LC 105/2001. Não há como negar a necessidade do respeito aos direitos individuais e a legislação analisada é exatamente cuidadosa na realização deste desiderato.

O princípio da capacidade contributiva é, de fato, o postulado mais evidente que se contrapõe ao direito fundamental à intimidade. Mas outros princípios constitucionais podem ser lembrados, como é o caso da eficiência da Administração, citada pelo Min Ayres Britto. Além da sua previsão genérica no *caput* do art. 37 da CF, os incisos XVIII e XXII particularizam o princípio no que tange à Administração Tributária. O primeiro determina que a administração fazendária e seus servidores terão precedência sobre os demais setores administrativos, enquanto o segundo estabelece que esta atividade estatal terá recursos prioritários, bem como **atuação integrada com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei**.

Resta evidente que para se atingir o fim de se exigir tributo respeitando-se os princípios da isonomia e da capacidade contributiva, imperioso se faz que o Fisco possua elementos capazes de identificar o patrimônio e a renda para agir de forma tempestiva e célere em relação aos sujeitos passivos que se valem de formas evasivas para negar sua contribuição ao financiamento do Estado, em claro prejuízo concorrencial àqueles que são ciosos de suas obrigações tributárias.

E o princípio da ordem econômica, esculpido no art. 170, inciso IV da CF também é um dos princípios que demandam a relativização da intimidade. Não são necessárias maiores digressões para destacar o quanto é nocivo para o princípio da livre concorrência a falta de uma administração tributária eficiente. As bem sucedidas operações de fiscalização têm mostrado a frequência com que histórias de sucesso empresarial e profissional estão apoiadas em uma vantagem concorrencial nefasta – o não pagamento dos tributos devidos.

## **6. CONCLUSÃO – O SOPESAMENTO**

Nos primeiros itens deste trabalho, delimitou-se os contornos do direito fundamental à intimidade, tarefa essencial para verificar a compatibilidade da sua convivência com as prerrogativas da administração tributária.

Nesta conclusão, é importante lembrar os diferentes graus de proteção à intimidade identificados pela doutrina constitucionalista. Entendemos que os dados bancários se enquadrariam na esfera menos pessoal e mais ampla, a qual inclui os relacionamentos pessoais em geral, as relações comerciais e profissionais, já que tratam de dados financeiros dos indivíduos.

Da mesma forma, pela teoria das esferas desenvolvida pelo tribunal Constitucional Alemão, essa expressão do direito fundamental à intimidade estaria inserida dentro da esfera privada ampliada.

Estas constatações são essenciais, pois os diferentes graus de proteção à intimidade permitem diversas formas de afetação do direito, indispensável na hipótese de conflitos entre direitos com assento constitucional. Caso estivéssemos tratando de esferas mais íntimas da personalidade humana, a análise da interferência do Estado ganharia um contorno absolutamente diferente.

Como se viu, há outros direitos fundamentais que se contrapõem ao direito fundamental da intimidade. Cientes da impossibilidade de uma análise completa do profundo tema da colisão de direitos fundamentais, esforço incondizente com o tamanho e a proposta do presente trabalho, mas a fim de dar uma solução à questão proposta a início, iremos adotar a lei do sopesamento desenvolvida pelo eminente professor Robert Alexy.

De acordo com as lições do festejado autor, o objetivo deste sopesamento é definir qual dos interesses, que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto.<sup>65</sup> E ressalta que seu uso ganha ainda maior relevância entre os chamados direitos de defesa, como é o caso sob análise: “*como salientado diversas vezes, sopesamentos não são incomuns no direito constitucional. No caso dos direitos de defesa são inevitáveis.*”<sup>66</sup>

Ainda de acordo com sua teoria, o art. 5º, inciso XII prevê apenas um direito *prima facie* à inviolabilidade dos dados, que pode ceder frente a outros princípios colidentes.

Como todo princípio, este exige que **seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes**. A exigência de capacitar o Fisco a exercer de forma satisfatória sua função constitucional seria um entrave jurídico a realização plena, ou talvez exacerbada do direito ao sigilo de dados, como projeção da intimidade. Neste sentido, o conteúdo definitivo do direito à preservação de dados sigilosos será formatado de forma a conviver com o acesso regulamentado das autoridades fiscais.

---

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. Ob. cit. p. 95.

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Editora Malheiros, São Paulo: 2ª edição, 2011. P. 465.

Dentre as questões de fato que se contrapõe à proteção absoluta do direito à intimidade, sobressaem os vultuosos números de sonegação apresentados neste trabalho, os quais fatalmente não poderiam ser identificados pelo Fisco sem a prerrogativa do acesso direto às informações bancárias dos contribuintes.

Ao que nos parece, a última decisão do STF sobre o tema pretendeu dar contornos absolutos ao direito à intimidade. O voto do Min. Celso Mello caminha para esta conclusão, ao falar em máxima excepcionalidade do acesso aos dados sigilosos, por ser medida de mais alta gravidade jurídica.

A necessidade do sopesamento também é encampada pela Min. Ellen Gracie, ao tratar da garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso XII: *“Mas por certo não têm um caráter absoluto, como nenhum direito ou princípio tem. Preservam contra a ingerência ou a exposição indevidas. Têm um caráter prima facie, que deve ser contrastado, nos casos concretos, com eventuais fatores invocados como justificadores do acesso ao que, a princípio, seria privado ou sigiloso.”*

A grande relevância das razões colidentes não deixa dúvida que o direito fundamental à intimidade deve ser repensado, de forma a adequá-lo não apenas ao atual contexto social e econômico, que trouxe novos dinamismos na relação Fisco-contribuinte, mas também diante de um novo cenário político-jurídico.

Pôde-se perceber que a exegese constitucional dos direitos fundamentais de defesa ainda guarda uma perspectiva moldada pelo nosso recente passado autoritário. Não podemos manter um pavor atávico contra qualquer ingerência do Estado em liberdades individuais, que necessariamente representariam uma agressão a ser administrada pelo Poder Judiciário, o qual jamais perderá sua nobre função como o último bastião do indivíduo contra arbitrariedades.

Felizmente, nossas instituições democráticas atingiram um grau de segurança que nos permitem repensar a relação do indivíduo e o Estado, a fim de lembrar que além de direitos, todos nós também temos deveres fundamentais, o que justifica que essa relação seja permeada por uma maior transparência pelos dois sujeitos envolvidos.

É preciso uma nova forma de entender a cidadania, em que o contribuinte/cidadão adquira maior responsabilidade no atingimento dos objetivos mais caros de nossa República, como a ética, a transparência no trato da coisa pública e a Justiça Fiscal, corolários de uma sociedade livre, justa e solidária, como está estampado em nossa Constituição.

## **7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.  
ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito**

**Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003

CALMON, Eliana. **Sigilo bancário** in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 33, p. 7, jul/2006.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só. Tutela penal da intimidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. **Agressões à intimidade. O episódio Lady Di**. São Paulo: Malheiros, 1997.

DELGADO, José Augusto. **O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro** in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 13, p. 13, jul/2001.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Direito à informação, proteção da intimidade e autoridades administrativas independentes** in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, colec. *Studia Iuridica*, nº 61, Univ. de Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, Vol. 1, p. 77, Out/1992, DTR\1992\428.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI**. Editora Nova Fronteira, 1999.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREGADOLLI, Luciana. **O direito à intimidade** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 19, p. 196, abr/1997, DTR\1997\13.

GARCIA, Clemente Garcia; GOMEZ, Andres Garcia. **Colision entre el derecho a la intimidad y el derecho a la informacion y opinion. Su proteccion jurídica**. Murcia: Camara Oficial de Comercio, Industria y Navegacion de Murcia e Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, 1994.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Sigilo Bancário – Compartilhamento – FEBRABAN -SERASA** in Soluções Práticas – Nery, vol. 1, p. 443, set/2010, DTR\2012\624.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes; HORVATH, Estevão. **Manual de Direito Financeiro**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Financeiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Direito à privacidade e os sigilos fiscal e bancário** in Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, jul./ago., 2003.

- ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. Cuarta edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, Revista de Direito do Consumidor, vol. 30, p. 97, abr/1999.
- \_\_\_\_\_. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais Sociais, “Mínimo Existencial” e Direito Privado: Breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares**. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71-109.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998
- \_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- WALD, Arnoldo. **Sigilo bancário e os direitos fundamentais** in Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 22, p. 15, jan/1998. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial.